



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

RENE ERICK SAMPAR

**A SEPARAÇÃO DE PODERES NO SÉCULO XXI:
DIREITO E PODER NO ESTADO PARA ALÉM DA MODERNIDADE**

Florianópolis (SC)

2020

RENE ERICK SAMPAR

A SEPARAÇÃO DE PODERES NO SÉCULO XXI:
DIREITO E PODER NO ESTADO PARA ALÉM DA MODERNIDADE

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis (SC)

2020

RENE ERICK SAMPAR

**A SEPARAÇÃO DE PODERES NO SÉCULO XXI:
DIREITO E PODER NO ESTADO PARA ALÉM DA MODERNIDADE**

O presente trabalho em nível de Doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. CLÁUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. FRANCISCO QUINTANILHA VERAS NETO
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. FLÁVIO PANSIERI
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. ZULMAR FACHIN
Universidade Estadual de Londrina

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Doutor em Direito.

Prof^a. Dr^a. NORMA SUELI PADILHA
Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI
Orientador de Tese

Florianópolis (SC)
2020

**Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.**

SAMPAR, Rene Erick

A Separação de Poderes no Século XXI : direito e poder no Estado para além da modernidade / Rene Erick Sampar ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, 2020.

245 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Constituição. 3. Modernidade e pós modernidade . 4. Poderes do Estado. 5. Democracia. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

AGRADECIMENTOS

Uma tese de doutorado marca o encerramento de um ciclo e o limiar de outro. O fim representa a longa trajetória no percurso do ensino superior, com todos os seus percalços e descobertas. E também um início, isto é, momento em que a academia lhe respalda como pesquisador e te coloca em marcha.

É preciso pensar o mundo! Tendo por base a minha formação e lócus de vida, é instigante poder integrar o círculo de pesquisadores que contribuem para o fortalecimento da democracia e da cidadania! Não obstante, tal desiderato é resultado de um processo de pesquisa que cultiva a tolerância, o respeito e a espera. Sim, ter calma na pesquisa significa reunir conceitos e leituras que cultivamos ao longo dos anos, no afã de construir este mosaico – por vezes, verdadeira miscelânea ou caos organizado – que convencionamos denominar de tese.

É preciso pontuar que parte considerável destas análises foram realizadas em meio ao isolamento causado pela pandemia do Covid-19, situação que deixará uma marca em todos nós. Por certo, foram vários meses angustiantes e muito cansativos. Jamais valorizei tanto o ambiente universitário, para troca de conhecimento; as bibliotecas, para estudar e consultar livros de difícil acesso; os cafés, para uma boa discussão entre amigos. Enfim, da vida que estávamos acostumados a levar até o fatídico março de 2020.

Do ponto de vista pessoal, indicou também um período de algumas renúncias. Neste contexto mundial, e diante de tais desafios, apenas duas hipóteses se abriam diante de mim: dobrar-me ao cadafalso da lamúria ou lutar. Segui no caminho da luta. Por esta razão, a presente tese é um marco na minha vida: representa confiança, muita dedicação e superação.

Apesar do isolamento, engana-se quem presume ser uma tese mero fruto de seu subscritor. Sozinhos, não conseguiríamos coisa alguma. É preciso agradecer, muito, e sempre! Gostaria de expressar profunda gratidão com todos os professores que passaram por minha vida. Minha formação é pública: sonho com o dia em que a educação pública seja valorizada em todos os seus níveis, a

ponto de a enxergarmos como o principal instrumento de transformação de histórias, do qual sou testemunha em minha própria vida.

Agradeço à minha família, por todo o seu esforço para que eu pudesse trilhar caminhos mais fáceis do que os seus, e que me munuiu com os valores do trabalho e da honestidade. E a Júlia, meu amor, pelo apoio incondicional, paciência ante ao recorrente assunto de tese, e compreensão com as ausências (nas madrugadas de estudo, nas viagens, e mesmo nos infinitos momentos de presença corpórea, porém ausência de pensamento). A melhor companheira de discussões que a vida me deu!

Agradeço ao professor Luiz Henrique Cademartori, que de orientador se tornou amigo. Obrigado pela generosidade e por todo o conhecimento transmitido ao longo destes três anos de doutorado. Sempre disponível para as incontáveis dúvidas que tive neste percurso!

Agradeço aos membros que compuseram todas as bancas de avaliação. Ao professor Cláudio Ladeira, amigo dos tempos de UEL, e que contribuiu decisivamente ao texto e no apoio para finalizá-lo (!). Ao professor Delamar Volpato, que vem iluminando meu caminhar desde a defesa do projeto, pelos textos que escreveu, mas também pelas sugestões de livros e artigos. E ao professor Francisco Quintanilhas, que sugeriu diversas leituras para enriquecer a tese.

Ainda acerca de banca, agradeço também ao professor Flávio Pansieri, dileto amigo que me oportunizou inúmeras aventuras pelo mundo da pesquisa e que tanto me incentivou, seja para prestar o doutorado na UFSC, seja para entregar a tese! Da mesma forma, agradeço ao professor Zulmar Fachin, amigo que tem me acompanhado desde a graduação na UEL (cujo trabalho de conclusão de curso, curiosamente, versou sobre separação de poderes), e se tornou parceiro de livro, artigos e muitas histórias.

As pesquisas desta tese foram em muito enriquecidas pela oportunidade que recebi do professor e amigo Marco Olivetti, que me recepcionou em Roma para os meses de estudos doutorais. Sua gentileza e generosidade ficarão marcadas em minha memória.

À professora Maria Cristina Muller, orientadora do mestrado, mas cujos ensinamentos me guiam até estes dias. Arendt, de maneira inevitável, sempre está presente em meu olhar!

Aos professores que trouxeram luz em momentos de total apagão epistêmico – em especial Bianco Zalmora Garcia, Clodomiro Bannwart, Elve Miguel Cenci, Francisco Monteiro Rocha Júnior, Gilberto Giacoia, Ilton Norberto Robl Filho, Luciano Bernart, Marco Aurélio Marrafon, Mark Tushnet e Sandro Kozikoski, presentes do projeto ao partejar do texto final.

À família ABDConst – Academia Brasileira de Direito Constitucional, especialmente pelos queridos Luis Henrique Braga Madalena e Vânia de Aguiar, companheiros de projetos e eventos nacionais, internacionais e intergalácticos (meta para 2021!).

Aos Ministros, servidores da Escola Judiciária Eleitoral e demais amigos do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, por todo o suporte e muito aprendizado ao longo deste árduo processo.

Aos amigos de UEL, especialmente Natália, Marcão, Klein, Vitor e Willis, companheiros nesta jornada desde o início do século.

Aos amigos do escritório Pansieri Campos Advogados, que tanto auxiliaram nesta senda, seja pelas discussões e também pelo agradável convívio.

Aos diletos amigos londrinenses, Bruna Ponciano, Bruno Merroti, Henrique Morita, Maurício Ogawa e Yagho Prenzler, pela força e apoio.

Também agradeço a Gilberto Pedriali e Marina D'Amico Pedriali, pelo seu exemplo de integridade e amizade confortável, que de primeiros padrões se tornaram grandes amigos.

Aos amigos de doutorado e funcionários do PPGD, pelo engrandecedor convívio e gentileza de sempre, que fazem da UFSC esta grande e plural universidade em nosso país.

A Francisco Prado Rosa (*in memoriam*), querido amigo, que ficaria muito feliz com esta conquista. E a Nilza Botini Feliciano (*in memoriam*), tia tão amada, que se foi em decorrência do COVID, no dia em que finalizei esta tese.

E a Deus, pela virtude da vida.

Detesto i fanatici, con tutta l'anima.

Norberto Bobbio

RESUMO

A presente tese objetivou o estudo deste elementar princípio da Constituição liberal em paralelo ao cenário que se abre para este século. Para atingir o desiderato objetivado, a tese dialoga pelo cotejo entre poder e direito, haja vista a sua relação ser referencial ao tipo de sociedade e momento histórico em análise, tendo em vista a construção e afirmação da *rule of law* – e, por conseguinte, da separação de poderes – na ambição de lhe enaltecer como métrica das relações sociais. Assim, a pesquisa inicia com o construção do Estado em suas raízes pré-modernas, tendo por base o apogeu e o arrefecer de dois vetores que sustentavam as relações públicas e privadas no período medieval: a força da fé e o feudalismo. O pensamento republicano na sociedade liberal possibilitou a conversão da teoria da separação de poderes em princípio, condição *sine qua non* para a constituição do Estado moderno. Não obstante, a tese esmiúça a origem, formações clássicas e sentidos possíveis para este princípio na extensão temporal que se estende do século XVII ao XX. Neste momento, a pesquisa erigiu o que se denominou de “Estado para além da modernidade”, arquétipo que se localiza na fronteira conflituosa entre modernidade e pós-modernidade. A proposta visou localizar os efeitos desta relação ao Estado e às três funções que, por meio das suas instituições, agem na sociedade. Refratário de uma suposta pós-modernidade em nível político e jurídico, mas sem perder de vista as suas críticas, acolheu-se a morte da Constituição metanarrativa, haurida em âmbito normativo, como a hipótese de pesquisa que marca o Estado para além da modernidade, retomando-se a análise da separação de poderes por este prisma, no qual as récitas modernas já não encontram vazão em nosso constitucionalismo contemporâneo. A partir de então, retomando-se a relação entre poder e direito, mas ainda no bojo da modernidade, a pesquisa obteve, como resultado, que a dinâmica entre as três funções não é marcada pela harmonia, como se pretende esperar, mas por disputas hegemônicas no interior da estrutura estatal. Da mesma forma, tangencia-se que a teoria da tripartição, um dogma indelével no constitucionalismo moderno, pode não servir aos préstimos almejados nos ordenamentos jurídicos da atualidade. E ainda, sob o pálio de um realismo urgente, e deixando de lado os fatores anódinos da metanarrativa em âmbito constitucional, que a atuação dos poderes precisa se respaldar nas exigências de nosso tempo. Com efeito, a tese realiza leitura da influência de vetores específicos para cada função – o Executivo pela métrica da eficiência, o Legislativo pela responsabilidade e o Judiciário pela tônica da pluralidade –, marcas e exigências de cada uma das funções para a realidade que vivenciamos, em prol do fortalecimento da Constituição republicana, documento normativo paradigmático à construção social que ambicionamos. A

pesquisa foi erigida tendo por base o método dedutivo e histórico, valendo-se da revisão bibliográfica nacional e estrangeira aplicável à matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Modernidade e pós-modernidade. Liberalismo. Republicanismo. Poderes do Estado.

ABSTRACT

The present thesis intended to study this elementary principle of the liberal Constitution in parallel to the scenario unclosed for this century. In order to achieve the intended aim, the thesis dialogues by comparing power and law, inasmuch as their relationship is referential to the type of society and historical moment under analysis, considering the construction and affirmation of the *rule of law* – and, therefore, of the separation of powers – in ambition to praise it as a metric of social relations. Thus, the research begins with the construction of the State in its premodern roots, based on the apogee and the decrease of two vectors that supported public and private relations in the Middle Age: the strength of faith and feudalism. The Republican thinking in liberal society enabled the conversion of the theory of the separation of powers in principle, a *sine qua non* condition for the constitution of the modern State. Nevertheless, the thesis describes in detail the origin, classical formations and possible meanings for this principle in the temporal extension from the 17th to the 20th century. At this time, the research edified what was called the “State beyond modernity”, an archetype that is located on the conflicting frontier between modernity and postmodernity. The proposal aimed to find the effects of this relationship to the State and to the three functions that, through its institutions, act in society. Ovenproof to an alleged post-modernity at the political and legal level, but without losing sight of its criticisms, embraced the death of the metanarrative Constitution, established in the normative bounds, as the line of research that has an impact on the State beyond modernity, claiming back the analysis of the separation of powers through this prism, in which modern representations no longer find a way out in our contemporary constitutionalism. From then on, resuming the relationship between power and law, but still in the core of modernity, the research obtained, as a result, that the dynamics between the three functions is not labeled by harmony, as expected, but by hegemonic disputes within the state structure. Likewise, it appears that the tripartite theory, an indelible tenet in modern constitutionalism, may not serve the desired utility in the current legal systems. And yet, under the canopy of an urgent realism, and leaving aside the anodyne factors of the metanarrative at the constitutional ambit, the performance of the powers must be supported by the demands of our time. In effect, the thesis get across the influence of specific vectors for each function – the Executive by the efficiency metrics, the Legislative by responsibility and the Judiciary by the emphasis of plurality –, marks and requirements of each of the functions for the reality that we experience, for the sake of the strengthening of the Republican Constitution, a normative document that is paradigmatic to the social construction we aspire to. The research was developed based on the deductive and

historical method, making use of the national and international bibliographic review applicable to the subject.

KEYWORDS: Constitution. Modern and postmodern Liberalism. Republicanism. State branch.

RIASSUNTO

La presente tesi aveva lo scopo di studiare questo principio elementare della Costituzione liberale in parallelo allo scenario che si apre per questo secolo. Al fine di raggiungere l'obiettivo prefissato, la tesi dialoga mettendo a confronto potere e diritto, dato che il loro rapporto fa riferimento alla tipologia di società e momento storico in esame, in vista della costruzione e dell'affermazione dello Stato di diritto - e, quindi, della separazione dei poteri - nell'ambizione di esaltarli come metrica delle relazioni sociali. La ricerca inizia così con la costruzione dello Stato nelle sue radici premoderne, basate sul periodo di massimo splendore e sul raffreddamento di due vettori che hanno sostenuto le relazioni pubbliche e private nel periodo medievale: la forza della fede ed il feudalesimo. Il pensiero repubblicano nella società liberale ha permesso di convertire la teoria della separazione dei poteri in linea di principio, una condizione sine qua non per la costituzione dello Stato moderno. Tuttavia, la tesi scompone l'origine, le formazioni classiche ed i possibili significati di questo principio nell'estensione temporale che si estende dal XVII al XX secolo. In questo momento, la ricerca ha eretto quello che è stato chiamato lo "Stato oltre la modernità", un archetipo che si trova sulla frontiera conflittuale tra modernità e postmodernità. La proposta mirava a localizzare gli effetti di questo rapporto sullo Stato e sulle tre funzioni che, attraverso le sue istituzioni, agiscono nella società. Refrattaria a una presunta post modernità sul piano politico e giuridico, ma senza perdere di vista le sue critiche, la morte della Costituzione metanarrativa, tratta dall'ambito normativo, è stata accettata come l'ipotesi di ricerca che segna lo Stato oltre la modernità, riprendendo l'analisi della separazione dei poteri in quest'ottica, in cui le ricette moderne non trovano più sbocco nel nostro costituzionalismo contemporaneo. Da quel momento in poi, riprendendo il rapporto tra potere e diritto, ma sempre nel pieno della modernità, la ricerca ha ottenuto, di conseguenza, che la dinamica tra le tre funzioni non è segnata dall'armonia, come previsto, ma dalle controversie egemonico all'interno della struttura statale. Allo stesso modo, sembra che la teoria della tripartizione, un dogma indelebile nel costituzionalismo moderno, possa non servire i servizi desiderati negli attuali sistemi giuridici. Eppure, sotto la copertura di un realismo urgente, e lasciando da parte i fattori anodini della metanarrativa a livello costituzionale, che l'esercizio dei poteri deve essere sostenuto dalle esigenze del nostro tempo. In effetti, la tesi legge l'influenza dei vettori specifici per ciascuna funzione - l'Esecutivo dalla metrica dell'efficienza, il Legislativo dalla responsabilità ed il Giudiziario dall'enfasi della pluralità -, i segni e le esigenze di ciascuna delle funzioni per la realtà che sperimentiamo, a favore del rafforzamento della Costituzione repubblicana, documento normativo paradigmatico della costruzione sociale a cui aspiriamo. La

ricerca è stata sviluppata sulla base del metodo deduttivo e storico, avvalendosi della rivista bibliografica nazionale ed estera applicabile alla materia.

PAROLE CHIAVE: Costituzione. Modernità e post modernità. Liberalismo. Republicanesimo. Poteri statali.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	I
CAPÍTULO 1. PODER E DIREITO: PREMISSAS DO ESTADO MODERNO	
1.1. CRÍTICA AO PASSADO E O FIM DE UMA ERA: A DESSACRALIZAÇÃO DO MUNDO EUROPEU	3
1.1.1. Autoridade, secularização e reforma	3
1.1.2. A vitória da ciência	21
1.2. FEUDALISMO E UNIDADE DO PODER: A FORMAÇÃO DO ESTADO PELA ÓTICA POLÍTICA	30
1.3. MODERNIDADE E A EBULIÇÃO DOS SÉCULOS XVII E XVIII: DOS DÉSPOTAS ESCLARECIDOS AOS REVOLUCIONÁRIOS DA LIBERDADE ...	36
CAPÍTULO 2. A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO FUNDAMENTO DO ESTADO REPUBLICANO E DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL	
2.1. ESTADO, DIREITO E PODER.....	53
2.2. ILUMINISMO, REPUBLICANISMO E O PENSAMENTO LIBERAL	70
2.3. SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO MODERNO.....	87
2.3.1. O legado inglês	87
2.3.2. Revolução dos Estados Unidos e a matriz constitucionalista	97
CAPÍTULO 3. ESTADO E MODERNIDADE	
3.1. ECLIPSE ESTATAL E DE SEUS PARADIGMAS FUNDANTES?.....	108
3.2. CRÍTICA PÓS-MODERNA E MODERNIDADE TARDIA	119
3.3. A METÁFORA DO PÊNDBULO DA MODERNIDADE	134
3.4. A MORTE DA CONSTITUIÇÃO METANARRATIVA E O ESTADO PARA ALÉM DA MODERNIDADE	145
CAPÍTULO 4. CONSTITUIÇÃO E NOVOS VIÉSES DA SEPARAÇÃO DE PODERES	
4.1. DIREITO E PODER: SEPARAÇÃO DE PODERES, METARRELATOS E O CONSTITUCIONALISMO	159
4.2. ESTARIA A TRIPARTIÇÃO DE PODERES SUPERADA?	171
4.3. O PANORAMA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E PERSPECTIVAS PARA O SÉCULO XXI.....	186
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	204
REFERÊNCIAS.....	212

INTRODUÇÃO

Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789.

Ideias e atos. Estas são as elementares potências que originaram o Estado. Trata-se de uma miscelânea de diversas reflexões e formas de pensamento que conduziram à sua instituição e afirmação. Contudo, se ideias não encontrarem o fecundo solo do agir humano, permanecerão apenas como propósitos vivos nas mentes e nos corações. É a ação que materializa o imaterial. A etimologia de agir é “iniciar” ou “conferir movimento”. Para Hannah Arendt (2010, p. 222), a ação humana é responsável por desencadear a novidade no mundo. É certo, todavia, que o peso da realidade pode muitas vezes abater o que foi imaginado e se converter em criatura distinta de sua matriz original. Trata-se do alto preço cobrado pelo agir.

Neste medida, quais ideias teriam conduzido a criação do Estado? Mais que um projeto pensado com indizível lucidez, a sua construção se deu por ideologias e ações, como também pela força da causalidade. Por este motivo, não se pode precisar o nascimento do Estado ou afirmar quais são seus propósitos. Cada contexto adaptou as ideias gerais para cumprir com suas aspirações. Com efeito, eventualidade e peculiaridade impediriam a compreensão do fenômeno estatal? Não propriamente. A historiografia, a filosofia política, a ciência política e o direito, principais ramos interessados no exame do Estado e suas instituições, estabelecem diretrizes fundamentais que serviram de paradigma inicial para o arquétipo estatal.

Com efeito, a circunstância estatal é o elemento que serve de amparo à presente pesquisa. Assim, o contexto temático desta tese, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa

Catarina, envolve o Estado moderno, porém mais especificamente a separação de poderes. O problema encetado nesta pesquisa indaga as variantes deste princípio constitucional de seu surgimento até o momento presente, tendo em vista a realidade aqui convencionada de Estado para além da modernidade, modelo analítico que é resultante da Constituição pós-metanarrativa.

A tese perfilha na defesa da separação de poderes como pilastra do Estado republicano e da Constituição liberal. Ou seja, ela é parte do que caracterizamos como mais rudimentar em nosso arquétipo institucional. Neste sentido, a despeito de se reconhecer a razoabilidade nos discursos que lançam o paradigma tripartite em um estágio de corrosão, por não mais corresponder aos anseios e necessidades da esfera pública na atualidade, é forçoso reconhecer a manutenção e fortalecimento da essência de tal princípio, no que diz respeito às relações recíprocas estabelecidas entre as funções tidas por elementares.

A leitura que se faz da separação de poderes tem por base uma análise inicial histórica – localizando as noções fundantes da teoria – e jurídica – quando de sua conversão em princípio constitucional – no afã de se perfazer também a sua atualização. Em outras palavras, pretende-se enunciar o que se espera e quais as influências das mencionadas funções diante das transformações operadas no contexto global, regional e de nosso contexto brasileiro, em si, ante as perspectivas social e política.

O elemento que perpassa a pesquisa de modo integral e lhe confere sentido é a relação pendular entre poder e direito. A leitura de poder aqui realizada diz respeito ao produto da relação entre as pessoas. Poder, desta forma, não é algo externo, mas brota da pluralidade, do agir humano. A função do direito, neste sentido, é o de estabelecer fronteiras para disciplinar tal agir: deixado a seu turno, o poder plural não atingiria os objetivos republicanos e liberais que foram alçados à condição de guia do Estado moderno e de suas instituições. Por tal razão, a sua sintaxe fundamental, desde então, é a jurídica, como observado por Max Weber, em notável leitura de nossa sociedade ocidental.

Poder e direito, neste sentido, tangenciam-se de maneira mútua e constante. O agir plural, por sua vez, denota duas reflexões possíveis e necessárias. A primeira é de que o direito não existe por si, mas depende da legitimidade de todos os que lhe conferem vivacidade. A análise que perpassa a força normativa da

Constituição, famosa alegoria de Konrad Hesse, por exemplo, aponta para o vínculo que deve existir entre a norma e o povo que ela pretende regular, sob pena de quedar em ineficácia. A despeito das instituições exigirem o preço da lei, que pode chegar ao limite da restrição à liberdade, sabemos que o agir em conjunto é vigoroso a ponto de derrubar Bastilhas, chefes de governo e sistemas inteiros.

Como segunda reflexão, aponte-se ser preciso levar em conta que, sendo movido pelo agir humano, nenhum sistema se mantém incólume aos seus malogros. Daí a conseqüente importância atribuída às instituições, seja para possibilitar a aplicação das normas, seja para o cultivo das linhas mestras constitucionais – de modo a ampliar a durabilidade das decisões fundamentais que servem de salvaguarda dos grupos com menor capacidade de influência política – , mas também permitir que a própria norma legal e constitucional tenham plasticidade – evitando-se, assim, rupturas aos cambiantes momentos de estresse às instituições no bojo da sociedade plural. O Estado de direito, neste sentido, é realidade e promessa, é artifício humano que pretende canalizar o poder de nosso agir, mas também artifice de uma condição social que possibilite a convivência mútua e coletiva. E a separação de poderes é instrumento elementar para a segmentação da dinâmica Estado-sociedade.

Um detalhe digno de menção e se mostra fundamental no escopo deste trabalho, último antes de adentrar propriamente no caminho que conduziu à resolução do problema de pesquisa: ao considerar o oceano de incertezas que nos cerca, é a dúvida o fio condutor deste módico periscópio que representa uma tese – e porque não a própria vida, tendo em conta o recalcitrante tempo que não cessa de jogar contra nós. Mais do que as certezas eventuais e temporárias, as sempre constantes perguntas são o motor da história e de nossas buscas pessoais. Por isso, tal qual a alavanca de Arquimedes, uma boa pergunta move o mundo. Esta tese buscou estabelecer algumas delas, no condão de obter algumas respostas como pontos de apoio, ainda que transitórias e certamente insuficientes no afã de mover a nossa realidade rumo aos padrões que consideramos suficientes para uma visão republicana de Estado.

Pelo exposto, a pesquisa se valerá de argumentos históricos e filosóficos no ensejo de construir a juridicidade estatal. A passagem do medieval para o moderno terá como enfoques o enfraquecimento do feudalismo e a secularização da ordem pública, capítulos de uma história tida como elementar para a compreensão do movimento que permitiu o fortalecimento da esfera política e jurídica, e que culminou na estrutura estatal do século XVII e seguintes. Assim, tem-se como objetivo introdutório da tese, em se tratando do primeiro capítulo, mostrar a trajetória que resultou no Estado. Frise-se a importância deste capítulo exordial para mostrar a dinâmica existente entre poder e direito, corolários que nos auxiliam na compreensão da soberania estatal e divisão das funções como método jurídico de contingenciamento do poder nas relações recíprocas entre as funções essenciais – legislar, administrar e julgar.

Com efeito, o momento posterior será o de fincar os pressupostos do Estado moderno que guardam relação com o tema de pesquisa. Para tanto, no capítulo segundo, enunciamos a diferença existente entre poder e violência, essencial para se compreender a teoria de Montesquieu em sua completude – incluindo a sua tão conhecida teoria tripartite. Por conseguinte, é preciso entender as causas que levaram à teoria da separação de poderes e o contexto que permitiu lhe lançar como matriz sobre o qual o Estado se perfaz, plasmado na análise que congrega o iluminismo – o espírito da época –, o republicanismo – cujo enfoque é a construção de um modelo que guarneça o povo da não-dominação, pelo papel que os cidadãos exercem na produção das leis e seu respectivo exercício – e o liberalismo – que visava, em especial, a garantia das liberdades fundamentais e a tutela da segurança jurídica.

Em tal ambiente a pesquisa desfaz a trama que constitui a separação de poderes, que tem local de nascimento: a Inglaterra. Sendo à época a principal potência ocidental e pátria das liberdades, por ter servido de esteio à sua observância desde ao menos o século XIII, a teoria aqui em comento surge como mote para a despersonalização do poder, mas, em especial, para manter o controle sobre ímpetus absolutistas, de modo a enaltecer a figura do Parlamento, que à época era convocado pelo monarca apenas periodicamente. É desta fonte histórica que Montesquieu se vale para escrever *O Espírito das Leis*.

Mas o contexto europeu, francês em especial, não emancipou o Poder Judiciário como uma função em si, em especial pela pródiga relação entre nobreza e magistratura, desgastada no contexto pós-1789. Basta ver a nomenclatura utilizada por Montesquieu na arquitetura institucional dos poderes – Poder Legislativo, Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e Poder Executivo daqueles que dependem do direito civil. Foi apenas por influência do direito estadunidense que a função judicial adquiriu notoriedade, juntando-se às outras duas como métrica essencial do constitucionalismo no ocidente – somado à necessidade de instauração de uma Suprema Corte à ser vigilante do ordenamento.

Em seguida, ao construir o arquétipo da modernidade estatal, a pesquisa se vinculará em sua demolição circunstancial. Isto significa que o capítulo terceiro trata dos temas de cariz pós-moderno, não se pretendendo, com isso, assumir a hercúlea – e, por certo, impensável – tarefa de analisar todos os pensadores que se vinculam a esta forma de pensar. Em outras palavras, pretende-se localizar o Estado entre a modernidade e a pós-modernidade, oscilação esta que serve de instrumental para a leitura de algumas “crises” de nosso tempo, lançando defesa à rigidez moderna de seus fundamentos. Deste modo, ao perfilhar o caminho de manutenção dos ideais modernos, expõe-se o pêndulo da modernidade como reforço às convicções que ainda se mantêm – ou não foram cumpridos –, de modo a deflacionar uma ideia de superação de tal paradigma rumo ao que seria um momento *pós*.

De tal contexto surge a ideia do que se convencionou, aqui, como o Estado para além da modernidade, uma matriz analítica, com raízes modernas, mas que aceita a morte da Constituição metanarrativa como elemento factual resultante da erosão do pensamento liberal-iluminista, gestado há três séculos, mas que permaneceu vivo entre nós até então. Em outras palavras, trata-se de um parâmetro pelo qual se reconhece o moderno e o pós-moderno em plena tensão institucional, no afã de se buscar erigir compreensões acerca de nossa realidade com base neste choque de ideais, seja para entender parte do que se vive hoje, mas também olhar o horizonte das próximas décadas no intuito de se pensar as mudanças sofridas no Estado ante o fim das grandes récitas.

Assim, o quarto capítulo se destina a estabelecer um paralelo entre o Estado para além da modernidade e a separação de poderes. Ao trazer a Constituição à realidade, a tese localiza três resultados. O primeiro deles é o de que a suposta harmonia existente entre os três poderes não se justifica. Isto em razão de o Poder Executivo, por suas prerrogativas, sempre deter maior preponderância, especialmente em regimes presidenciais. Além disso, Legislativo e Judiciário se sucederam, em diferentes momentos da história, como *ágoras* nos quais as grandes decisões da sociedade foram ou são tomadas. Deste modo, há, em verdade, disputas hegemônicas entre as funções.

Ato contínuo, a tese se volta ao exame da crítica à tripartição de funções. Estaria arcaica a teoria de Montesquieu para os préstimos contemporâneos? Ou seja, o parâmetro de divisão dos poderes do Estado em três ramos – Legislativo, Executivo e Judiciário – deveria ser revisto, de modo a colmatar outras funções tidas por essenciais? O objetivo aqui, de condão especulativo, é estabelecer críticas e duas visões distintas sobre as razões que justificariam esta alteração – que seria histórica, haja vista este se tratar de um dogma para o constitucionalismo – e caminhos possíveis a se trilhar, tendo por base as leituras de Bruce Ackerman e Luigi Ferrajoli.

Por fim, como resposta conclusiva à crise dos metarrelatos, que marca o fim de uma visão cândida de que o texto constitucional, capitaneado por um sujeito triunfante, seria o baluarte condutor da sociedade à sua emancipação, enunciam-se três tônicas que devem servir de vetor ao influenciar cada um dos poderes do Estado. Neste sentido, o Executivo é imbuído a trilhar o caminho da eficiência – no qual governo se converte em governança –, o Legislativo da responsabilidade – no aspecto de controle cada vez mais arguto do Executivo, e ainda responsabilidade de seus próprios membros em seus atos – e o Judiciário da pluralidade – em razão da necessidade de legitimação democrática para as decisões sociais mais estratégicas, do ponto de vista político e moral, que deixaram de ocorrer nas Casas Legislativas em direção às Cortes.

A construção da tese se valeu do método dedutivo – isto é, um processo de raciocínio que parte de premissas tidas por verdadeiras no intuito de se obter uma conclusão necessária e evidente – com o auxílio do método histórico – aquele que busca identificar um instituto pela sua construção ao longo do tempo,

demonstrando as suas transformações e escolhas realizadas no passado que, podem ou não, ter influenciado as decisões do presente*–, tendo se valido de levantamento bibliográfico em livros e artigos especializados, nacionais e estrangeiros – foram consultados textos nos idiomas espanhol, inglês e italiano, dispondo-se da tradução do próprio autor no corpo da tese e a indicação do texto original no rodapé.

* As descrições dos métodos dedutivos e históricos se basearam na obra: MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPÍTULO 1

PODER E DIREITO: PREMISSAS DO ESTADO MODERNO

A palavra Estado, utilizada para exprimir uma sociedade política, é utilizada, ao menos desde 1513 por Nicolau Maquiavel, quando afirmou, em seu famoso livro *O Príncipe* que “todos os Estados, os domínios todos que já houve e que ainda há sobre os homens, foram, e são, repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 2011, p. 05). Se o Estado na atualidade experimenta uma tensão sem precedentes em seus elementos constitutivos, como dizem alguns, a ponto de ser ventilado o seu fim, é certo ponderar que há séculos ele ainda mantém em si o protagonismo das questões jurídicas, políticas e sociais.

Certo também que se tornara presente apenas pela ocorrência do rompimento de algumas amarras que mantinham a Europa atada à Idade Média, tais como o feudalismo e o poder temporal do papa. É preciso lembrar que dentre as inúmeras forças de atração da hegemonia política no medievo, a religião, que ditava a vida dos cidadãos e servia de polo de influência do poder político, e a divisão política e administrativa do feudalismo, foram os maiores desafios à consecução da estrutura moderna do Estado.

À medida que novas formas de pensar se impuseram a estas duas realidades e, paulatinamente, foram retirando a rigidez de sua legitimidade, a noção moderna do Estado ganhou vigor suficiente para se afirmar sobre os escombros de um mundo desejoso por novas modalidades de relações individuais, político-jurídicas e sociais. A adoção de seus princípios se tornou inevitável. Com efeito, a sua noção mais fundamental é expressada por Martin Van Creveld (2004, p. 596), reunindo: 1) poder unitário e soberano, hierarquicamente superior a todos os demais; 2) pessoa jurídica de direito público com jurisdição sobre um território determinado e as pessoas que ali se encontram; 3) e instituição abstrata, isto é, que sobrevive à passagem de seus agentes.

Qual fator desencadeou a instituição que denominamos Estado, surgido nas condições acima especificadas? “No princípio era a força. Cada um por si”.

Com estas palavras, Luís Roberto Barroso (2016, p. 27) inicia o seu livro *Curso de Direito Constitucional*, descrevendo o processo, que ele denomina civilizatório, de criação das leis e formação das instituições. Podemos adaptar esta frase para “no princípio era o poder”. Afinal, ele se originou dos mais primevos encontros entre humanos. O direito é posterior: sua função é regular as relações surgidas daí por diante. Quando a sociedade se tornou complexa e a burocracia teve seu apogeu, o direito se tornou a linguagem comum do Estado, em tradicional avaliação de Max Weber.

A relação entre o poder e o direito acompanha qualquer constituição social humana, pois ambos surgem e são necessários em contextos coletivos. Sem a presença de outros, pode haver vitalidade física ou regras individuais, mas não há poder ou direito, manifestos apenas na pluralidade. Um detalhe compreendido pelos pensadores da modernidade é que sua relação pendular deve ser mantida em rigoroso equilíbrio: quando falha o direito, o poder por si só tem o potencial de ser instrumento de barbáries; por outro lado, o direito sem o poder enclausura a vida em uma rede de burocracia e controle. É a relação entre legitimidade e legalidade, indicada pelo filósofo Giorgio Agamben¹.

Mas não seria justo ou honesto, do ponto de vista intelectual, dizer que até o Estado moderno, verificou-se o completo domínio e aplicação do poder em detrimento do direito. Se ele nasce a partir das revoluções liberais, especialmente a francesa, é porque suas estruturas se apoiaram no ombro de gigantes de outrora. Mas quais as causas e interesses para seu surgimento, e ainda, o que motivou seu levante e suposto atrofiamento ante o pensamento pós-moderno? Com efeito, baseado nos pressupostos de que o Estado é produto da modernidade europeia e da impossibilidade de delimitar precisamente seu

¹ Em *Mistério do Mal*, livro em que analisa a renúncia de Bento XVI ao trono de São Pedro, o filósofo italiano apresenta interessante relação entre estes conceitos e que guarda alguma relação com o dito. Em suas palavras: “[...] entendemos que legitimidade e legalidade são duas partes de uma única máquina política que não só nunca devem ser reduzidas uma à outra, mas devem permanecer sempre, de alguma forma, operantes para que a máquina funcione. Se a Igreja reivindica um poder espiritual ao qual o poder temporal do Império ou dos Estados deveria ficar subordinado, como aconteceu na Europa medieval, ou se, como se deu nos Estados totalitários do século XX, a legitimidade pretende prescindir da legalidade, então a máquina política gira no vazio, com êxitos frequentemente letais; se, por outro lado, como aconteceu nas democracias modernas, o princípio legitimador da soberania popular se reduz ao momento eleitoral e se restringe a regras procedimentais prefixadas juridicamente, a legitimidade corre o risco de desaparecer na legalidade e a máquina política fica igualmente paralisada” (AGAMBEN, 2015, p. 12).

nascimento, trataremos dos paradigmas que foram tensionados com a sua formação e buscaremos construir os seus elementos mais essenciais, no afã de se contrastar com a suposta pós-modernidade.

Este movimento tem o condão de localizar o Estado, neste início de século, de modo a analisar a sua espinha dorsal, ou seja, a separação de poderes, o núcleo da relação entre poder e direito. Como indicado na introdução, reforça-se que utilizaremos esta nomenclatura que se tornou célebre, a despeito de ela indicar, na modernidade, as relações recíprocas perpetradas entre as funções estatais.

Além disso, para fins de recorte temático da presente pesquisa, seguiremos a linha adotada por Nicola Matteucci e Martin Van Creveld, ao reconhecerem que a palavra Estado: 1) permite utilização somente para a instituição social, jurídica e política surgida na modernidade; 2) seu nascimento tem como berço a Europa. Para Creveld, é possível a identificação de governos na antiguidade e medievo, mas o Estado tem seu apogeu, do ponto de vista político, apenas com os movimentos que eclodiram nas revoluções dos séculos XVII e XVIII, notadamente ocorridas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França.

E por falar em modernidade, na perspectiva que interessa à análise do Estado enquanto instituição, constitui-se por diversas formas de pensar que gravitam no ideal de um modo de viver que: 1) paulatinamente constrange a autoridade da Igreja Católica para as coisas mundanas; 2) opõe-se ao arranjo político feudal de fragmentação do poder privado entre diversos centros de hegemonia distintos. É a luta em face da igreja e do feudalismo que defendemos anteriormente.

1.1. CRÍTICA AO PASSADO E O FIM DE UMA ERA: A DESSACRALIZAÇÃO DO MUNDO EUROPEU

1.1.1. Autoridade, secularização e reforma

O conjunto de novas ideias e atos que culminaram no Estado moderno adquiriram vigor com a perda de autoridade dos soberanos e sua progressiva

secularização. A consequência fundamental foi encontrar nova fonte para o poder político, lastreado, a partir de então, fundamentalmente no direito. O Estado de Direito, no qual a lei ditada pelos representantes do povo é o instrumento elementar de sua organização, é o arquétipo do qual brota a legitimidade para todos aqueles que agem em seu nome. O caminho para a sua afirmação, no entanto, não é melífluo ou tampouco instantâneo: trata-se de um processo iniciado há vários séculos, cercado por especificidades de cada país, de cada povo.

Embora tenha sido manancial de legitimidade de seus próprios atos pelo direito, é certo que os Estados na modernidade não foram capazes de gestar a sua própria autoridade. E os últimos séculos são o retrato de considerável “crise” em tal aspecto, tendo se espreado para relações outrora intocadas, como a autoridade de pais sobre seus filhos e professores sobre seus alunos. As causas da retração de autoridade que sofreram os monarcas ao longo dos séculos XV a XVII deve-se, em uma visão direta, ao avanço científico que paulatinamente retirou da política o elemento do sagrado. Estaria na secularização a causa da crise de autoridade no mundo moderno?

Para a filósofa Hannah Arendt, a resposta seria positiva: a perda de autoridade teria se dado *também* pela secularização; não obstante, a ideia herdada de que a manutenção da autoridade se vincula ao exercício da obediência, que pode admitir o uso da coerção para atingir tal desiderato, foi outro fator determinante para o seu desaparecimento em nossos dias. Os monarcas europeus, em fins da Idade Média, experienciaram os últimos resquícios do que foi a autoridade, algo inexistente modernidade adentro. Quais os argumentos que levaram Arendt a tirar tal conclusão? Segundo ela, a autoridade não pode ser analisada apenas por si, mas retira sua força vital da união de outros dois elementos: tradição e religião. É preciso, portanto, compreender a conexão existente nesta tríade romana – autoridade, tradição e religião – de modo a vislumbrar o apogeu e as causas do escoamento da autoridade em fins da Idade Média.

A fundação de Roma era tida como algo sagrado, irrepetível, e que deveria ser recordado e mantido por todos. Com efeito, a tradição, palavra oriunda de *traditio*, que significa “transmitir” ou “entregar”, destina-se a passar

adiante determinados costumes e histórias: com um fio delicado e coerente, ela tece uma teia que preserva e conecta novas gerações com os valores de seu passado. Em Roma, “o passado era santificado através da tradição”, momento em que tradição e religião se fundiam.

A tradição preservava o passado legando de uma geração a outra o testemunho dos antepassados que inicialmente presenciaram e criaram a sagrada fundação e, depois, a engrandeceram por sua autoridade no transcurso dos séculos. Enquanto essa tradição fosse ininterrupta, a autoridade estaria inata; e agir sem autoridade e tradição, sem padrões e modelos aceitos e consagrados pelo tempo, sem o préstimo da sabedoria dos pais fundadores, era inconcebível (ARENDDT, 2011, p. 166).

Aqui é necessária uma explicação em paralelo. Giorgio Agamben (2007, p. 65-66) nos lembra que o estabelecimento de qualquer religião ocorre pela subtração de coisas, lugares, animais ou pessoas do seu uso trivial ou comum para uma esfera apartada. Este fato é comprovado pela etimologia da palavra sagrado: simboliza algo que foi separado ou que adquiriu especial finalidade. O sagrado exige que parte do mundo orbite somente em si: isto significa que haverá uma autoridade (individual ou grupo) que determina o que seja a verdade. Dela, por conseguinte, extrai-se o erro. Assim, diz o filósofo italiano que não há, portanto, religião sem tal separação, que ocorre mediante o sacrifício, realizado através de rituais minuciosos. O sacrifício, como o batismo cristão, é, deste modo, o dispositivo que transforma o profano em sagrado, ou seja, que o retira do mundo comum e o aparta à esta esfera.

Com efeito, do ponto de vista prático, a fundação de Roma ser considerada sagrada demonstra que este fato em si fora marcado na memória coletiva como um acontecimento sem precedentes², e, por meio da tradição, deveria ser lembrado para sempre, de geração em geração. É neste contexto, de forte preservação sacra da fundação, que se inseria a autoridade. A etimologia de *auctoritas* deriva de *augere*, cujo significado denota “aumentar” ou “ampliar”. Assim, enquanto a tradição lançava luz ao passado e seus heróis, e a

² O sagrado, deste modo, sem o seu caráter puramente eclesiástico, funciona como um dispositivo de isolamento de fatos e objetos que não devem ser esquecidos ante o transcurso do tempo.

religião os enaltecia, a função política da autoridade era “ampliar” a fundação de Roma, isto é, lembrar às gerações vindouras os pressupostos constituintes e valores éticos fundamentais que serviam de guia desde o surgimento da Cidade Eterna. As decisões políticas tomadas em qualquer tempo precisavam dialogar e conectar-se ao passado. Assim, a função dos detentores da autoridade – que poderia estar investida em pessoas, como os anciãos e os *patres*, ou em uma instituição, como o Senado – era aumentar a fundação romana, preservando o testemunho de todos aqueles que “presenciaram e criaram a sagrada fundação e, depois, engrandeceram-na por sua autoridade no transcurso dos séculos” (ARENDDT, 2011a, p. 130-131).

O funcionamento desta tríade, contudo, não previa qualquer imposição coercitiva, pois se trata de espécie de obediência voluntária, que não retira a liberdade de seus súditos, mas era conquistada pelo transcurso do tempo. O âmago da autoridade, deste modo, estava no respeito e obediência a um fato passado que foi transmitido pelas gerações³. Na visão da filósofa, o Senado romano, instituição com autoridade por excelência, não detinha qualquer poder, mas acrescia às decisões políticas a aquiescência sem o qual não teriam o vigor almejado. Autoridade e poder (como domínio), neste caso, seriam incompatíveis.

No infecundo solo político romano dos séculos IV e V, próximo à queda do império no ocidente, o cristianismo vicejaria como a força que se manteria preponderante no contexto ocidental por mais de um milênio. O catolicismo assumiu o espírito deixado pelos romanos após a queda do império, inaugurando a sua fundação na sagrada figura de Jesus Cristo e sua morte de cruz para salvação da humanidade⁴. Para Arendt, a tríplice de fundação romana estava, desde o século V, reinventada com a Igreja: estando a fundação em Cristo, a tradição lembraria para sempre de sua vida e morte e a autoridade teria por função aumentar, para todas as gerações, a sacralidade deste fato.

³ Nas palavras de Celso Lafer (2003, p. 65), a autoridade “envolve obediência, e, no entanto, exclui coerção, pois quando ocorre o emprego da força, da violência, não existe autoridade”.

⁴ A igreja tornou sagrada a vida de Jesus Cristo, instituindo os sacramentos da vida cristã (batismo, crisma, eucaristia, penitência, unção dos enfermos, ordem, matrimônio), buscando, com isso, imitar os passos daquele que fundou a sua crença e permitir que todo cristão pudesse trilhar em sua própria vida os caminhos de seu mestre, do nascimento para Deus até o cumprimento de sua via sacra.

Desta maneira, autoridade e poder estariam distanciados: a autoridade permanecia com o báculo episcopal e o poder era conferido aos príncipes do mundo. Esta é a conhecida doutrina das duas espadas⁵. No entanto, o cânone do inferno, utilizado como meio eficaz para estimular a crença na salvação, atribuiu demasiado poder temporal nas mãos dos sacerdotes, fazendo com que a instituição deixasse a pregação cristã de seus altares para atuar no combate às heresias. O efeito, como já é conhecido, foi a desidratação da autoridade pelo poder da espada cristã, golpe agravado com o processo de secularização do Estado⁶, nos idos do século XVI.

Quando o fio da tradição se desfaz, não servindo de guia para iluminar o passado, e quando a religião se separa do político, a autoridade se perde para sempre, não mais encontrando respaldo em local algum. Ainda que esta explicação de Hannah Arendt possa soar acadêmica demais, fato é que a autoridade, ao demandar a obediência voluntária, necessita de um elemento transcendental para encontrar guarida, realidade que se chocou com dois substratos da modernidade: a secularização, já apontada, e a revolução científica, que paulatinamente retirou terreno sobre o qual a religião atuava. Trataremos destes dois domínios que eclodem na formulação da laicidade em âmbito público, uma das grandes causas dos iluministas.

O termo secularização representa um processo de ofensiva desencadeado por diversos setores (intelectuais, imperadores e religiosos) contra a predominância da Igreja Católica, especialmente ao longo dos séculos XVI a XVIII. Com efeito, ao menos dois aspectos são verificáveis no curso deste processo. O primeiro é a formação do Estado laico, correspondente a delimitação entre público e privado e manutenção da religião no contexto pessoal. Conforme lembra Valério Zanone (1998, p. 673):

O Estado leigo não apenas salvaguarda a autonomia do poder civil de toda forma de controle exercido pelo poder religioso, mas,

⁵ Valério Zanone (1998, p. 671) aponta que vigorou, desde o século V, a teoria das duas espadas, na qual uma mesma mão não pode empunhar as espadas da autoridade e do poder simultaneamente. Trata-se de uma metáfora criada por Gelásio I. Com efeito, Igreja e império permaneceram por alguns séculos exercendo papéis distintos.

⁶ A conclusão da filósofa se perfaz em suspeita: como nossa vida ocidental foi praticamente criada pelo modo de ser cristão, a crise de autoridade de nossos dias (familiar, política, etc) poderia estar relacionada ao mesmos elos da tríade romana (tradição, autoridade e religião)?

ao mesmo tempo, defende a autonomia das Igrejas em suas relações com o poder temporal, que não tem o direito de impor aos cidadãos profissão alguma de ortodoxia confessional. A reivindicação da laicidade do Estado não interessa, apenas, às correntes laicistas mas, também, às confissões religiosas minoritárias que encontram, no Estado leigo, as garantias para o exercício da liberdade religiosa.

O segundo objetivo foi a dessacralização operada em face do catolicismo, que era o guia absoluto das realidades vivenciadas (cultura, artes, arquitetura, comportamentos, valores e instituições). Refratários da predominância de apenas uma religião, outras crenças e até mesmo o ateísmo puderam florescer. Assim, secularização não é sinônimo de caça às religiões, mas sua contenção de modo que não se espraie a todos os domínios da vida. Como um dique, ela pretende alijar o discurso religioso para a esfera privada, tornando autônomas as decisões políticas, sociais e culturais.

A secularização é fruto da compreensão da religião na modernidade ocidental. Se nas sociedades tradicionais (medievais) a referência era o religioso, ou seja, a religião tinha a pretensão de reger a vida de todas as pessoas, na modernidade, essa pretensão ficará a cargo da ciência (PANASIEWICZ, 2012, p. 9-10).

Assim, é preciso considerar que devoções a crenças religiosas e místicas são a forma mais elementar de explicação do mundo pelo pensamento humano. Todo fenômeno incompreensível à razão de nossos ancestrais – e até mesmo em nossos dias – tendia a ser legado como algo sobrenatural, gerando uma série de crenças. É o que nos diz Thomas Hobbes, em seu famoso livro *Leviatã*, no qual os deuses, segundo os grandes poetas do passado, foram criados pelo medo dos homens. Em suas palavras: “é nestas quatro coisas, a crença nos fantasmas, a ignorância das causas segundas, a devoção pelo que se teme e a aceitação das coisas acidentais como prognósticos, que consiste a semente natural da *religião*” (HOBBS, 1997, p. 98 e 100). Religiosidades, mitologias e crenças mágicas acompanham a construção dos países, fazendo parte de

nossas vidas, conforme Ernst Cassirer⁷ nos lembra. A total predominância da religião sobre o pensamento racional, filosófico e científico se estendeu por vários milênios, a despeito de as crenças sofrerem abalos cíclicos em suas explicações.

Sabendo, portanto, que a metafísica é parte constituinte de nosso ser e das sociedades, as teorias que enaltecem a secularização ou laicização⁸ não propõem o fim das religiões, mas, como afirmado outrora, lutaram (e ainda lutam) pela divisão e fortalecimento das fronteiras entre o público e privado, ao enunciar que o poder das igrejas é meramente espiritual, não devendo ter efeito direto nas decisões estatais. Indiretamente, as igrejas, assim como qualquer outro grupo, podem usar sua influência para produzir pautas políticas e defenderem seus interesses, desde que respeitadas as regras de deliberação. Os pressupostos que conduziram à formação desta ideologia são observáveis no transcurso de alguns séculos de história europeia. Em outras palavras, inúmeros foram os fatores decisivos para o declínio do poder político da igreja e “libertação” da esfera pública de sua influência.

Para os préstimos desta pesquisa, dois são fundamentais. O primeiro deles é o humanismo pré-renascentista (surgido em meados do século XIV, com Francesco Petrarca, na Itália), movimento com dimensões filosóficas e artísticas que tinha no ser humano o foco de sua compreensão e estudo. Assim, retirado o absoluto interesse nas coisas divinas e a crença de que sua vontade a todos animaria, restaram pessoas e o mundo como objeto de interesse e dissecação (literalmente, pela ciência). Era, portanto, em alguma medida, um movimento de retorno à epistemologia de Aristóteles, de conhecimento do mundo e de seus elementos constituintes. Neste sentido, o foco foi alterado, paulatinamente, do teocentrismo ao antropocentrismo, como ocorreu na pintura e escultura (Leonardo da Vinci, Michelangelo Buonarroti, Raffaello Sanzio e Sandro

⁷ A referência aqui é ao livro *O mito do Estado*, do autor supramencionado.

⁸ Zanone (1998, p. 673) aponta também que o verbo laicizar tem origem latina, enquanto secularizar tem sua raiz na língua inglesa. Do ponto de vista do direito canônico, laicismo se opõe a clericalismo, no sentido de que pode haver influência de igrejas no poder político, desde que inexistindo privilégios. Secularização, por sua vez, originou-se da ideia de retorno ao mundo secular, no qual recomendou-se que a religião se mantivesse fora da política. Estes conceitos adquiriram significado aproximado com seu uso comum no século XVIII, indicando separação entre poder político e religioso.

Botticelli) e também na literatura (Francesco Petrarca, Michel de Montaigne, Thomas More⁹ e Dante Alighieri).

Nicola Abbagnano (2007, p. 519), em seu *Dicionário de Filosofia*, aponta quatro bases fundamentais que guiaram o humanismo entre os séculos XIV e XVI. São elas:

1. Totalidade do humano, como ser formado de alma e de corpo, destinado a viver no mundo terreno e, portanto, dominá-lo. Ao retirar o foco do paraíso e distanciar o humano do metafísico, surgiram questões e discussões que permaneceram envoltas no segredo ou até mesmo eram tidas por profanas de áreas como o direito, a medicina e a ética (como o reconhecimento da liberdade e da igualdade das pessoas, a possibilidade da busca pelo prazer e também o fortalecimento da ação em detrimento à contemplação do mundo).
2. Historicidade do humano, cujo passado lhe serve como elemento de identificação e também de negação, permitindo este referencial para a busca de novos caminhos. Abbagnano aponta o papel da filologia aos textos da antiguidade, algo muito valorizado no período medieval. Contudo, os humanistas procuraram transcender a reprodução e conservação dos códices de outrora, ao buscar sua compreensão sem o cabedal da fé. O propósito, assim, não era preservar os textos, mas resgatar o seu sentido e significado.
3. Valor propriamente humano, pela valorização das disciplinas formativas – *humanitas*, na época de Cícero, significava educação do homem, noção semelhante ao de *paideia* para os gregos, que indicava as boas artes. A valorização das disciplinas formativas de humanidades retirava o seu papel meramente instrumental e as colocava como fins.

⁹ A força do humanismo espalhou-se pela Europa, conduzindo a uma revolução na formação de leigos. Van Creveld (2004, p. 99) expõe que os governantes dependiam largamente dos clérigos, pela inexistência de educação de qualidade para além da metafísica cristã. A partir do século XV, esta situação passou a ser alterada. Thomas More, por exemplo, foi o primeiro secretário leigo da Inglaterra, nos idos dos anos 1520.

4. Naturalidade humana, que localizava a natureza como o lócus de vida de todas as pessoas. Ao voltar o interesse para o mundano, revigorou-se o fascínio aristotélico pelo conhecimento da natureza, cuja observação e investigação constituem a base da ciência moderna.

Ao analisar tais vetores humanistas, é preciso lembrar que, do ponto de vista político, a Igreja romana possuía enorme poder ao se declarar como única intérprete da vontade divina e via necessária para o seu atingimento. Ernst Böckenförde (2012, p. 457-458), jurista alemão que foi membro do Tribunal Constitucional em seu país, compulsando a história e influência política do catolicismo no contexto europeu, indicou cinco atitudes tomadas pelo clero, ao longo dos séculos, responsáveis por fortalecer o anseio pelo cisma, que veio a ocorrer na reforma protestante:

1. O distanciamento da missão evangelizadora da igreja, tornando-a balcão de negócios para aquisição de indulgências e serviços relacionados à fé (religiosos, eclesiásticos e devocionais).
2. A acumulação de poder político na alta hierarquia eclesiástica, culminando, como vimos anteriormente, na progressiva mitigação de sua autoridade (que se enfraquece na medida em que se mistura com aspectos de poder).
3. A mentalidade gananciosa do clero por participar de praticamente todos os assuntos mundanos, cuja expansão desenfreada transformou a igreja numa espécie de pedágio, hábil a intervir em quase todos os assuntos da vida.
4. Somado ao anterior, Böckenförde lembra a relativização do voto de pobreza sacerdotal pela vida de luxo mantida por parte do clero, possibilitada pela maciça fiscalização da sociedade revertida em cobranças e tributos.
5. E, por fim, mas não menos importante, a decadência moral do clero, a começar de alguns papas e prelados.

Tendo em vista o anseio por um cisma político em face do poder temporal da igreja, a reforma protestante é apenas o apogeu de um movimento que se iniciara no século XIV. Marsílio de Pádua, em 1324, publicou seu *Defensor pacis*, no qual, ao buscar resolver o conflito entre o papa e o monarca, argumentou que a paz seria atingida quando a comunidade política pudesse criar suas próprias leis e aplicá-las visando o bem comum.

Marsílio, logo no limiar de seu texto, identificou a necessária diferença que se deveria fazer da aplicação da palavra *reino* nos pontos de vista político e teológico. Ao proclamar que, semelhante a um clavígero¹⁰, o padre não deveria ter poder temporal, mas o verdadeiro juiz seria Cristo que conhecia os corações a ponto de julgar os pecados, o pensador procurou circunscrever os campos de atuação da igreja no que toca ao reino celeste, tendo demonstrado, pelos preceitos bíblicos, que o reino imanente deveria ser conduzido pela lei humana, único caminho possível para se consolidar a paz entre todos. A paz, segundo ele, seria o verdadeiro desejo cristão para o mundo.

A legislação temporal, deste modo, possuía papel de destaque na organização política e jurídica ansiada. O significado atribuído a palavra lei para Marsílio de Pádua, dentre muitos possíveis, avizinha-se da noção moderna adotada pelos pensadores do Estado de Direito:

A lei é um enunciado ou princípio que procede duma certa prudência e da inteligência política, quer dizer, ela é um ordem referente ao justo e ao útil, e ainda aos seus contrários, através da prudência política, detentora do poder coercivo, isto é, trata-se de um preceito estatuído para ser observado, o qual se deve respeitar, ou ainda a lei é uma ordem promulgada através de determinado preceito (PÁDUA, 1997, p. 117).

Com base nesta premissa, o objetivo precípua da lei civil seria concorrer para o justo e bem comum na cidade. O objetivo secundário seria proporcionar alguma segurança e estabilidade governamental, em especial quando os príncipes exercessem o poder graças à sucessão hereditária, isto é, serviria de freio para a eventual inaptidão do soberano, argumento que, como veremos

¹⁰ Clavígero era aquele que portava as chaves, isto é, cumpria uma sentença para encarcerar ou dar liberdade a um condenado.

adiante, foi utilizado em grande medida pelos liberais dos séculos XVII e XVIII. Com efeito, Marsílio não olvidou em apontar que a legislação vigente serve como parâmetro aos julgadores. Ao final, a soma de lei e julgamento seria “um olho constituído por inúmeros olhos”, já que segundo suas lições, nenhuma sentença deveria ser proferida com base no alvedrio de apenas uma pessoa (PÁDUA, 1997, p. 124).

Vê-se, portanto, que Marsílio de Pádua tinha na lei um instrumento de paz social. O legislador seria, em sua visão, o poder supremo, e a lei seria o instrumento racional isento de paixão para guiar as escolhas coletivas. Deste modo, ainda no século XIV, o autor já se opunha a teoria da *Plenitudo Potestatis* (plenitude do poder), em que o vigário de Cristo teria, igualmente, a prerrogativa de coordenar os assuntos terrenos. A *Plenitudo Potestatis*, neste sentido, fora analisada por Marsílio de Pádua (1997, p. 527-536) em oito vertentes distintas:

1. Espécie de poder hiperbólico de “se fazerem livremente todos os atos possíveis ou tudo aquilo que se desejar”.
2. Capacidade de fazer algo a uma pessoa ou objeto sob o controle de terceiros.
3. Poder de jurisdição coerciva universal.
4. Poder de jurisdição coerciva sobre todo o clero.
5. Autoridade dos padres de absolver ou condenar os pecadores, excomungá-los, de lhes lançar interditos ou lhes reconciliar com a Igreja.
6. Poder de imposição das ordens sacras a qualquer pessoa, de ministrar os sacramentos ou proibir sua execução.
7. Poder de interpretar as Sagradas Escrituras.
8. Tudo aquilo que circunda o cuidado pastoral das almas.

Nesta medida, as duas primeiras espécies pertenceriam apenas às divindades, não sendo acessíveis ao espírito humano por se tratarem de capacidades sobre-humanas. No caso da terceira e quarta acepções, o poder de jurisdição deveria vincular-se à legislação humana, não sendo, portanto, um espaço de atuação teológica. Com relação às quatro últimas possíveis noções

de *Plenitudo Potestatis*, cuja natureza são mais próximas da teologia que da política, o autor pontua que sequer naquela seara os bispos e os presbíteros poderiam atuar de livre e espontânea vontade, pois deveriam seguir: 1) os dizeres do direito canônico e das Sagradas Escrituras, do ponto de vista religioso; 2) e no que fosse necessário da lei civil vigente naquela comunidade determinada.

Desta feita, Marsílio defendeu, sempre com base nas Sagradas Escrituras, que não haveria de existir o instituto da *Plenitudo Potestatis*. E o que justificaria a sua existência? Segundo ele, o Bispo de Roma se valeu da oitava noção (trabalhos pastorais) para alegar que todas as ovelhas estariam sob o poder dos sucessores de Pedro, o Apóstolo que recebera de Jesus as chaves do reino dos céus. Ato contínuo, aconselhou bispos, presbíteros e depois os leigos a aceitarem suas exortações, sempre sob a alegação de buscar o melhor para o rebanho cristão. Aqui Marsílio refere que o dispositivo do inferno auxiliou em demasia a manutenção da *Plenitudo* ante o receio dos fiéis, lembrando se tratar de tempos em que o estudo da Bíblia – para não dizer geral, praticamente – era restrito ao clero.

Ao final, no período em que escreve *Defensor Pacis*, aponta que o Bispo de Roma já se arvorava das seis últimas noções apontadas acima, tendo convicção da força vinculante de seus editos e decretos sob o conjunto de fiéis e para além deles, seja no âmbito religioso ou civil. Com efeito, a *Plenitudo Potestatis* foi utilizada como um estratagema pela Igreja para que seus tentáculos pudessem atingir a todos e exercer influência e controle sobre suas vidas, tendo estabelecido controle direto ou indireto sobre a lei civil e, por consequência, nos julgamentos. Por tal razão, o autor advogava ser necessário reestabelecer o equilíbrio na divisão das competências entre imanente e transcendente.

Veja-se, deste modo, que a reforma protestante, em si, não fora uma atitude isolada no tempo e no espaço, mas seu desejo já estava presente há muito tempo entre os príncipes. Este evento, em si, nasceu das entranhas do próprio clero. Seu início é bem delimitado: aponta-se, tradicionalmente, a data de 31 de outubro de 1517, tendo como local a igreja de Wittenberg, na Alemanha, e seu precursor, o monge Martin Lutero. Suas noventa e cinco teses

desmascaravam a cobiça de bispos e sacerdotes, com a conivência dos papas, pelo uso desvirtuado da batina especialmente no que toca a venda de indulgências, clamor que tão logo encontrou inúmeros sectários. Conforme análise de Flávio Pansieri (2018, p. 105), Lutero esvaziou o poder político episcopal ao reconhecer que o mundo é povoado por pessoas com diversas formas de agir e pensar, ambiente fértil à disputas, sendo papel da lei refrear impulsos e conduzir o povo a um caminho de paz. Imbuídos deste novo paradigma, a “doutrina protestante separatista, seja ela luterana, zuingliana, calvinista, anglicana ou presbiteriana, incorreu na renúncia de seus adeptos ao poder secular papal”.

O movimento reformista abalou a divisão de poderes entre os povos. Ao emancipar a consciência dos indivíduos e derrubar a concepção que vinculava o encontro com Deus pela via da necessária tradição católica, os reformadores colocaram em xeque a hegemonia da igreja na interpretação da Bíblia e possibilitaram o acesso direto aos textos sagrados e sacramentos. Tendo relativizado os dogmas teológicos, separando novamente o poder espiritual do temporal, este movimento acabou por fortalecer as monarquias locais, mostrando-se decisivo para a constituição dos Estados nacionais. A Inglaterra, por exemplo, já em 1534, aprovava o *Act of Supremacy*, que anulava o poder do Papa sobre os cristãos ingleses, declarando a monarquia *as the head of the Church of England*.

Nesta toada, Van Creveld (2004, p. 92-96) refere como efeitos diretos da reforma protestante a renúncia ao catolicismo e o conseqüente confisco de suas propriedades (imóveis e terras), que representavam, em diversos países, cerca de trinta por cento de todo o território. Na verdade, o processo de limitação aos poderes do clero já estava em curso em distintas localidades europeias antes mesmo de 1517. Variadas eram as suas modalidades, como: 1) estabelecer tributação real sobre os bens da igreja; 2) limitar a sua jurisdição ou eliminação do recurso à jurisdição papal como fuga dos processos reais (França e Inglaterra); 3) retirar funções que outrora eram de competência eclesiástica, como a elaboração e execução de testamentos (Inglaterra); 4) e ainda atrelar ao crivo direto do rei os principais privilégios que os sacerdotes dispunham (que,

no caso francês, chegavam a seiscentos). Assim, a reforma foi apenas o estopim de uma crise que os monarcas tanto ansiavam por iniciar.

O reconhecimento da não-existência de único intérprete do Deus cristão, por outro lado, permitiu o paulatino relacionamento tolerante entre as religiões. Não que esta conquista tenha se dado de modo pacífico. Contudo, é certo afirmar que o humanismo, plasmado na reforma, produziu dois efeitos: 1) a necessidade de se buscar a tolerância, que é anteparo e pressuposto da liberdade religiosa; 2) a salvaguarda das liberdades pessoais de crença fundamentou o Estado liberal moderno. Ao longo desta senda que introduziu o processo de abertura para o diálogo em prol da constituição de uma esfera pública minimamente secularizada, diversos autores (como Thomas More, Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, John Milton e John Locke) construíram teorias a seu favor, cada qual a seu modo e com base nas suas referências. Como em um mosaico, e fortalecidas pelo contexto histórico, todas confluíram para a afirmação da secularização estatal.

Na mesma linha, como efeito da debandada em face do catolicismo, contudo de maneira mais contundente e sob o olhar instrumental da religião, Maquiavel valorizava a fé apenas na medida de utilidade à ação política do príncipe. Em outras palavras, o temor de Deus, que é a força sob o qual a religião se impõe entre as pessoas, deveria ser usado pelo bem da coletividade, como ocorria em Roma, quando os exércitos aguardavam o crivo religioso para agir com maior violência ou prudência. Portanto, o olhar do pensador florentino para a religião está menos como um valor em si e mais em seu uso como instrumento de pacificação social não violento.

No contexto geral de sua obra, cuja motivação era tornar a Itália uma poderosa nação unificada, tendo em vista a realidade fragmentada de seu país, somado ao uso político da religião, Maquiavel tinha no catolicismo uma das principais causas para o insucesso italiano em aglutinar forças comparáveis aos tempos do Império Romano. Conforme ele deixa claro na obra conhecida como *Discorsi*, traduzida para o português como *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*:

É, portanto, à igreja e aos sacerdotes que os italianos devem estar vivendo sem religião e sem moral; e lhes devemos uma obrigação ainda maior, que é a fonte de nossa ruína: a igreja tem promovido incessantemente a divisão neste malfadado país – e ainda a promove. Com efeito, só há união e felicidade nos Estados sujeitos a um governo único e a um só príncipe, como a França e a Espanha. A razão por que a Itália não se encontra na mesma situação daqueles dois países, não possuindo um governo único, monárquico ou republicano, é exclusivamente a igreja, a qual, tendo possuído e saboreado o poder temporal, não tem contudo a força suficiente, nem a coragem bastante, para se apossar do resto do país, tornando-se dele soberana. (MAQUIAVEL, 1994, p. 62).

No século seguinte, mantendo críticas e solução semelhantes às de Maquiavel, Thomas Hobbes (1588-1679) afirmava a necessidade de a religião ser conduzida pelo soberano. Para melhor compreensão desta perspectiva, em linhas gerais, o pensador inglês via no seio da sociedade o conflito potencial entre todos, em razão do desejo comum por bens semelhantes e, por conseguinte, escassos. O resultado dessa fórmula seria a notória conclusão da luta de todos contra todos e a impossibilidade de construção de uma sociedade organizada¹¹. Assim, Hobbes fundamenta uma teoria de formação da sociedade: para o poder público ter êxito em sua afirmação, é necessário que seja forte o suficiente para lutar contra todos os demais.

A constituição de tal poder estaria no decurso entre o estado de natureza, situação que predomina a insegurança e a guerra, e a celebração do contrato social para formação do soberano ante a outorga de parte da liberdade de cada cidadão. Hobbes acreditava, portanto, que a liberdade ilimitada conduziria à guerra: a transição para a vida em sociedade demandaria o aceite da liberdade civil, que se caracteriza pela contenção dos comportamentos ante a legalidade

¹¹ O estado de guerra ocorre pelos homens serem lobos que vicejam entre si. A consequência de tal guerra é o desaparecimento da sociedade em todos os seus níveis: nenhum desenvolvimento industrial é possível, pois incerto e inseguro é seu futuro; com efeito, não haverá cultivo da terra, navegação, construções úteis e/ou aquisição de mercadorias importadas e maquinários para lhes erigir. Na instalação de tamanho caos pela guerra de todos contra todos, os últimos bens destinados à extinção são o conhecimento, o tempo, as artes e as letras. Esta condição mundana de destruição se refletirá em dado momento na vida de todos, que será “solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta” (HOBBS, 1997, p. 109).

que garante a toda sociedade. O governo hobbesiano, portanto, é uma monarquia absoluta.

Em pensamento semelhante ao de Maquiavel, Hobbes coloca a religião no espectro de poderes do soberano, por se tratar de instrumento para a organização e pacificação social. Nesta toada, embora acusado de ateísmo, Hobbes consome dezenas de páginas de sua obra *Leviatã* para tratar do fenômeno religioso. O leitor atento perceberá que ele não rejeita a fé, mas sim critica a instituição católica, ao se arvorar na condição de caminho necessário para a salvação.

A este respeito, leciona Renato Janine Ribeiro (1984, p. 40):

[...] o hobbista sucedeu ao maquiavélico – na galeria que mais tarde incluiria o niilista – num imaginário corrente que associa uma filosofia à perversão, mostrando a que vilanias leva a razão desassistida da autoridade religiosa, o pensamento sem a Igreja; designando-se como ateu um pensamento que é leigo não por rejeitar Deus, mas por libertar-se da instituição eclesiástica.

Contemporâneo de Hobbes, John Milton é conhecido no meio literário pelo clássico livro *Paraíso Perdido*. No que toca ao direito, Milton também é célebre por sua defesa em prol da liberdade de expressão e imprensa, sendo apontado como um dos primeiros e mais célebres pensadores liberais. Em 1644, fez publicar um panfleto intitulado *Areopagitica: a speech of Mister John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*. *Areopagitica* faz referência a Areopagus, a mais antiga e tradicional Corte ateniense, que servia de vigilante à cidade-Estado. Composta pela aristocracia, sofreu algumas reformas no período da democracia por ter se oposto às decisões da Assembleia. A referência de Milton, portanto, deveu-se à censura que em dados momentos o Areópago exerceu sobre a população e seus representantes¹².

A mordaz crítica do jurista teve como alvo a norma editada pelo Parlamento britânico em 14 de junho de 1643, que permitia ao Estado controlar a impressão em todas as suas fases (do autor à gráfica), sob a alegação de se

¹² Cf.: ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Areopagitica*: pamphlet by Milton. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/Areopagitica>>. Acesso em: 17/09/2019.

evitar publicações contrárias à lei da época, especificamente “para suprimir os grandes e recentes abusos e frequentes desordens na impressão de falsidades, falsificações, escândalos, sedições, difamações e publicações não licenciadas, panfletos e livros com o condão de difamar a religião e o governo”¹³.

Milton, a seu turno, questionou duramente o uso da censura prévia na Inglaterra como *modus operandi* dos governantes para o controle da divulgação de informações e opiniões gerais, tornando-se marco referencial para a história inglesa e ocidental. É neste discurso que ele cunhou a famosa frase “dai-me liberdade para saber, para me pronunciar, e para argumentar livremente de acordo com a consciência, acima de todas as liberdades”¹⁴.

Por fim, outro notável pensador que analisou a relação entre religião e política foi John Locke. Contratualista como Hobbes, conhecido pelo livro *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, foi em *Carta Acerca da Tolerância* (1689) que o filósofo opôs defesa veemente acerca da necessária separação entre Estado (que cuida das questões terrenas) e Igreja (cuja função precípua é a salvação de almas).

Para ele, “não cabe ao magistrado civil o cuidado das almas” (LOCKE, 1973, p. 11). Com isso, Locke afirmava a cisão definitiva entre tais âmbitos e o fim de qualquer intervenção eclesiástica no governo. Seu principal argumento era que diversas arbitrariedades foram perpetradas quando dos soberanos provinham ordens punitivas tendo por base violações a preceitos religiosos. Mas é fundamental concluir que Locke não lutava contra a fé, ao contrário, defendia a sua salvaguarda pelo Estado. Não havendo religião oficial, portanto, o dever de tolerância para com o outro é princípio elementar que brota da moderna relação entre religião e Estado.

¹³ Tradução nossa. No original: *for suppressing the great late abuses and frequent disorders in Printing many false, forged, scandalous, seditious, libellous, and unlicensed Papers, Pamphlets, and Books to the great defamation of Religion and Government*. Cf.: The John Milton Reading Room. Areopagitica: a speech of Mister John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England. Disponível em: <https://www.dartmouth.edu/~milton/reading_room/areopagitica/text.html>. Acesso em: 31/03/2020.

¹⁴ Tradução nossa. No original: *give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties*. Cf.: The John Milton Reading Room. Areopagitica: a speech of Mister John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England. Disponível em: <https://www.dartmouth.edu/~milton/reading_room/areopagitica/text.html>. Acesso em: 31/03/2020.

A este respeito, quatro são as modalidades de tolerância apresentadas pelo pensador inglês em sua *Carta*:

1. A tolerância do indivíduo com a igreja, ou seja, nenhuma igreja deveria ser obrigada a aceitar um apóstata.
2. A tolerância mútua entre pessoas, que está na base da liberdade religiosa, em razão de nenhum indivíduo dispor da prerrogativa de prejudicar a outrem em seus bens e posses por professar determinada religião ou culto.
3. A tolerância entre os próprios religiosos investidos deveria ser a regra. Locke, com tal visão, proclamou que as igrejas deveriam ser baluarte da paz e da boa vontade para com todos, inclusive com aqueles que professem doutrinas distintas.
4. A tolerância do Estado para com as igrejas, isto é, a legislação não deveria ter o condão de regular ritos e cerimônias religiosas, salvo em casos de violação a preceitos fundamentais e legais básicos, como o valor a vida e a salvaguarda pessoal.

É neste sentido que a secularização foi utilizada como ferramenta que delimitou o campo de atuação da(s) igreja(s), sendo variados os seus postulados: Marsílio de Pádua quebrantava o universalismo cristão, ao aduzir que o papa não deveria ter poderes decisórios na vida política das comunidades; Maquiavel indicava que a política deveria manter a religião apenas como instrumento de controle da população, enquanto a moral cristã não deveria servir de métrica ao agir do príncipe; Hobbes pensava no Estado cuja religião, pega de assalto, serviria aos préstimos políticos, não o contrário; John Milton defendia arduamente a liberdade de pensamento nos primórdios do Estado; e John Locke imaginava a tolerância como o dispositivo que permitiria a convivência entre o temporal e o espiritual.

Secularização da esfera política e do poder, retração pública do controle de costumes pela inexistência de ideologia religiosa única, florescimento das liberdades e desenvolvimento de um espaço de tolerância. Tratam-se de quase a totalidade das teses pelos quais o pensamento republicano e liberal

paulatinamente se inclinaram na construção do que viria a ser a esfera pública constituída pelo Estado.

1.1.2. A vitória da ciência

Outro aspecto que abalou profundamente a prevalência da religião como unidade métrica do mundo europeu foi a revolução científica na modernidade, cujo ápice ocorreu com o desenvolvimento da mecânica newtoniana, nos idos do século XVII.

É preciso, porém, afastar a errônea afirmação de que não houve pensamento científico durante o período de forte influência cristã. Basta pensar que as primeiras universidades europeias datam do século XII e a prensa de Gutenberg do século XV. Ocorre que há uma diferença de foco e método entre os principais pensadores do medievo e da modernidade: enquanto os cristãos buscavam o alto, os modernos voltavam-se para as coisas terrenas. Como no afresco *La Scuola di Atene*, de *Raffaello Sanzio*, o cristianismo, valendo-se em demasia da reminiscência platônica (veja-se a influência que o filósofo grego exerceu sobre as interpretações teológicas de Agostinho de Hipona), apontava para o céu, em busca de caminhos que pudessem lhes conduzir ao transcendental. Já o pensador representado no afresco ao lado de Platão, Aristóteles, questiona o metafísico ao olhar para o mundo imanente, atitude semelhante ao do cientista na modernidade.

A esta oportuna referência, frise-se que a *eudaimonia*¹⁵ de um grego estava no desenvolvimento de sua vida alinhada à ordenação do cosmos. Em outras palavras, o ideal de vida perfeito estaria no entendimento das próprias aptidões para se poder viver com base nelas. Tal compreensão viria *a posteriori* da contemplação (diária) do mundo e de si com base em uma concepção cíclica da vida ao invés da retilínea forma de dispor o tempo, característica do cristianismo¹⁶.

¹⁵ Eudaimonia significa vida boa, isto é, as motivações que conduzem determinada pessoa a uma vida satisfatória do ponto de vista pessoal.

¹⁶ A concepção retilínea é afeita ao cristianismo por ter introduzido a dimensão de finitude e futuro. Conforme exposto, enquanto a vida de um grego tinha como preocupação o eterno retorno dos ciclos que se repetem, o *telos* cristão é cuidar das atitudes para buscar a salvação quando o tempo de vida de cada ser se esgotar.

Quando se fala na ocorrência de uma revolução científica na modernidade, significa dizer que havia um paradigma dominante que foi superado pelas razões trazidas à época. Tal arquétipo, no que toca ao pensamento científico, foi o modelo cosmológico aristotélico-ptolomaico, arrefecido pelas evidências surgidas com o avanço dos instrumentos de observação e pelo abalo da religião como detentora exclusiva da verdade. A astronomia, neste sentido, é a mais primitiva das ciências, e por meio dela a humanidade iniciou elaborados processos epistemológicos que desencadearam nas diversas inovações conhecidas atualmente.

A respeito da cosmologia, Aristóteles, um dos maiores pensadores da antiguidade, valeu-se de todo o conhecimento existente à sua época para forjar um modo de pensar que se tornara prevalecente por quatorze séculos. Antes dele, os denominados pré-socráticos já dispunham da observação necessária do mundo para estabelecer categorias de pensar que tratavam do surgimento da vida e da matéria – *arché* ou princípio de todas as coisas, isto é, “aquilo *do qual* provém, aquilo *no qual* se concluem e aquilo *pelo qual* existem e subsistem todas as coisas” (REALE; ANTISERI, 2003, p. 18).

A mitologia grega tinha no caos a origem do mundo, quando nasceram os deuses primordiais. É com Hesíodo, em bela passagem sobre a *arché*, que localizamos tal descrição:

Sim bem primeiro nasceu Caos, depois também
Terra de amplo seio, de todos sede irresvalável sempre,
dos imortais que têm a cabeça do Olimpo nevado,
e Tártaro nevoento no fundo do chão de amplas vias,
e Eros: o mais belo entre Deuses imortais,
solta-membros, dos Deuses todos e dos homens todos
ele doma no peito o espírito e a prudente vontade.

Do Caos Éreos e Noite negra nasceram.
Da Noite aliás Éter e Dia nasceram,
gerou-os fecundada unida a Éreos em amor.
Terra primeiro pariu igual a si mesma
Céu constelado, para cercá-la toda ao redor
e ser aos Deuses venturosos sede irresvalável sempre.
Pariu altas Montanhas, belos abrigos das Deusas
ninfas que moram nas montanhas frondosas.
E pariu a infecunda planície impetuosa de ondas

o Mar, sem o desejoso amor. Depois pariu
do coito com Céu: Oceano de fundos remoinhos
e Coios e Crios e Hipérion e Jápeto
e Teia e Réia e Têmis e Memória
e Febe de áurea coroa e Tétis amorosa.
E após com ótimas armas Crono de curvo pensar,
filho o mais terrível: detestou o florescente pai.

Pariu ainda os Ciclopes de soberbo coração:
Trovão, Relâmpago e Arges de violento ânimo
que a Zeus deram o trovão e forjaram o raio.
Eles no mais eram comparáveis aos Deuses,
único olho bem no meio repousava na frente.
Ciclopes denominava-os o nome, porque neles
circular olho sozinho repousava na frente.
Vigor, violência e engenho possuíam na ação.

Outros ainda da Terra e do Céu nasceram,
três filhos enormes, violentos, não nomeáveis.
Cotos, Briareu e Giges, assombrosos filhos.
Deles, eram cem braços que saltavam dos ombros,
improximáveis; cabeças de cada um cinquenta
brotavam dos ombros, sobre os grossos membros.
Vigor sem limite, poderoso na enorme forma.
(HESÍODO, 1992, p. 91-92).

Os pensadores da *physis* realizaram a transposição da cosmogonia mitológica para a cosmologia. Neste sentido, Tales de Mileto (séculos VII e VI a.C.), o precursor dos físicos¹⁷, apontou que a água deveria ser o elemento que principiou todos os demais, devido a sua centralidade para a vida no planeta. Seu provável discípulo, Anaximandro de Mileto (séculos VII e VI a.C.), por sua vez, indicou que este elemento, por si, não solucionaria o problema da origem de todas as coisas, pois a umidade certamente seria derivada de algum outro elemento constituinte anterior. O elemento limiar seria o *á-peiron*, princípio infinito que não encontraria limites predefinidos e, portanto, poderia gerar todas as coisas. Fundado em forças contrárias autossustentáveis, o mundo teria surgido da relação entre frio e calor, que delimitou as fronteiras de terra e mar e proporcionou o início da vida (aquática). Outro pensador de Mileto, Anaxímenes

¹⁷ Conta a história que Tales, o primeiro dos grandes observadores críticos que temos notícia, foi capaz de prever um eclipse no ano de 585 a.C.

(século VI a.C) via no ar o fator inaugurador de todas as coisas, em razão de seu movimento contínuo, que tudo altera, bem como a sua presença em todas as transformações elementares. O mote de seu pensamento seria, portanto, as mutações, em clara relação com o transpor da vida.

E desta maneira, todos os demais pensadores do período – Heráclito de Éfeso, por exemplo, elegeu o fogo como fator fundante, enquanto os pitagóricos enveredaram pelo caminho da matemática e Xenófanés de Cólofon aduzia que a terra era o elemento fundamental – contribuíram, a seu modo, com a percepção crítica de um mundo de criação complexa, cuja compreensão demandaria um estudo dos próprios elementos mundanos, não fora dele. Por conta disto, foram responsáveis pela transposição de cosmogonia à cosmologia, isto é, a passagem de uma visão mitológica da *arché* para uma observação mais atenta do mundo à sua volta. Quem levou tal pensamento ao máximo de erudição, baseado, portanto, em todos estes pensadores, para absorver suas teses ou confrontá-las, foi Aristóteles.

O estagirita, como Aristóteles é conhecido, pensava o ser com base em duas fases: 1) ser como potência; 2) e ser como ato. A transposição da primeira forma para a segunda ocorre pela mutação (ou movimento) que a tudo e a todos impele. Aristóteles pressupôs quatro espécies de mutação: da substância (ganhar ou perder a forma), da qualidade (alteração das características da forma), da quantidade (aumento ou diminuição) e do lugar (translação, isto é, passagem de um lugar a outro). A necessária menção da ideia de movimento no pensamento aristotélico se deve à compreensão das noções de tempo e espaço que dele são peculiares.

Com relação ao espaço, sua conclusão é de que toda forma se move apenas em um lugar, jamais no *não ser*. Lugar é “o limite do corpo continente, enquanto é contíguo ao conteúdo”. Mas a ideia de lugar dá margem a dúvidas, pois, se as coisas se movem e sofrem mutação, então não há apenas um lugar, mas vários. Aristóteles usa o exemplo do barco em um rio: para que seja possível o movimento do barco (conteúdo), então o rio (continente) precisa ser imóvel para permitir o movimento; ou seja, o lugar móvel que o barco ocupa está “dentro” do lugar rio, imóvel em relação a ele. Toda esta ideia permitiu que o estagirita tecesse conclusões sobre o movimento celestial: nosso planeta se

ancora em um lugar e a ideia de vácuo seria impossível, pois ao final é necessária a existência de um lugar último imóvel.

No que toca ao tempo, Aristóteles pontuou que ele só se faz perceptível quando observamos o movimento e a mutação das formas. Deste lócus ele extraiu a celebre expressão “tempo é o número do movimento segundo o antes e o depois”. Como a possibilidade de numerar este antes e depois pertence aos humanos, a organização desta passagem do tempo demanda a existência de uma alma ou intelecto. Portanto, sem alma não há existência ou percepção do tempo¹⁸.

A junção de movimento, espaço e tempo, conduzem às duas espécies de realidade sensível pensadas pelo estagirita: sublunar (influenciada por todas as mutações indicadas) e a supralunar (influenciada apenas pelo movimento circular; Aristóteles indicava a impossibilidade de alteração da constituição celestial, pois todos os que lhe precederam haviam visto o mesmo céu). A matéria constituinte da realidade sublunar são os quatro elementos fundamentais (terra, água, fogo e ar), que se deslocam em direção retilínea de acordo com a sua configuração (mais pesados, como a terra e a água, movem-se para baixo, enquanto fogo e ar se deslocam para cima). Já a realidade supralunar é formada pelo éter (ou “quintessência” ou quinta substância), translúcido e sem peso, que apenas permite o movimento circular dos astros (enquanto os movimento dos outros quatro elementos é retilíneo, ou seja, de cima para baixo e de baixo para cima, a variar segundo seu peso). O éter, portanto, torna o movimento dos céus incorruptível, ou seja, não há mudanças nas esferas celestes, o que garantiria que nosso planeta seria esférico e seu movimento circular. A ordem e a perfeição no movimento, deste modo, eram a base da cosmologia aristotélica.

Poucos séculos mais tarde, o modelo astronômico aristotélico seria defendido e aprimorado por Ptolomeu de Alexandria (séculos I e II d.C.). Seus estudos sobre o tema, condensados no livro *Almagesto*, chegaram à Europa

¹⁸ O estudo da física em Aristóteles é denominado de filosofia segunda. A primeira cuida da metafísica, que indaga princípios maiores, o ser e a substância. Ambas caminham *pari passu* na realidade captada e pensada pelo filósofo.

apenas no século XII pelas mãos dos árabes¹⁹. Ptolomeu construiu um modelo geométrico altamente detalhado que buscou descrever o movimento e a posição do Sol, da Lua e dos cinco planetas visíveis a olho nu (Mercúrio, Vênus, Marte, Júpiter e Saturno), tendo catalogado 1022 estrelas divididas em 48 constelações. Segundo Amabile (2018), o livro se baseou em uma centena de escritos históricos, cujas observações cobriram um período de novecentos anos.

Fundado na ideia geocêntrica de universo, Ptolomeu presumiu que Mercúrio e Vênus, dada a sua proximidade com o sol, giravam em epiciclos em um entorno mais próximo do astro rei (centro hipotético). Eles, por sua vez, gravitavam no entorno da estacionária Terra (deferente). Nosso planeta, deste modo, estaria rodeado por oito²⁰ esferas transparentes de cristal, abóbadas nas quais todos os demais astros estariam atados às suas trajetórias. Este modelo explicava a constância do movimento celeste, incluindo noite e dia (resultado da rotação de todo o sistema no entorno da Terra), além do brilho variável dos planetas e eclipses lunares e solares (a depender de sua posição no sistema geocêntrico).

Com tais análises, o modelo aristotélico de sistematização dos fenômenos físicos e constituição estrutural do universo, reforçado por Ptolomeu, firmou-se como paradigma até os idos do século XIV. A alteração desta sistemática com provas científicas só seria factível com a introdução do telescópio, no século XVII. Até então, conforme mencionado, a observação a olho nu e alguns instrumentos mais rudimentares, como o astrolábio, foram os fatores que permitiram a construção de modelos de compreensão astronômica e a catalogação de seis mil estrelas e cinco planetas.

Em meio a esta história, com a queda da *polis* grega ante o domínio macedônico de Alexandre, e depois a conquista romana e a influência cristã, a lógica grega se alterou: a felicidade não é mais um processo de aprimoramento de si ou alinhamento ao cosmos, mas estaria na busca pela salvação (seja na

¹⁹ A tradução do livro foi realizada pelo célebre Gherardo de Cremona, na cidade de Toledo, em 1175, que manteve o nome árabe (Almagesti). Segundo a Treccani, sua publicação ocorreu apenas em 1515, em Veneza. Cf: Treccani. Almagesto. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/almagesto_%28Enciclopedia-Italiana%29/>. Acesso em: 31/03/2020.

²⁰ As oito esferas corresponderiam ao movimento gravitacional da Terra, Lua, Mercúrio, Vênus, Sol, Júpiter, Saturno e estrelas.

morte ou na parusia) por meio de uma vida que segue os preceitos divinos²¹. Com efeito, o método contemplativo dos antigos precisou ser substituído pelo dialógico: a oração. Assim, o encontro com Deus se mostrou mais candente que a descoberta do mundo após a difusão do cristianismo pela Europa ter se dado como rastilho de pólvora. A Igreja Católica, como dito outrora, arvorando-se na legitimidade de “traduzir” os preceitos divinos aos seres humanos, tornou-se a mais longeva e poderosa instituição política europeia durante o medievo. E a filosofia, principal patrimônio grego? Tornou-se *serva* da teologia (ARENDDT, 2010, p. 364).

O processo de secularização da ciência – e posteriormente do poder –, que envolve a corrosão da autoridade eclesiástica, percorreu quatro séculos (XVI a XIX) e teve a Europa como contexto geográfico. Por qual razão? Albert Einstein, em uma carta a J. E. Switzer, traça uma perspectiva de o aprimoramento técnico ter se desenvolvido com maior aptidão nos países europeus: a invenção da lógica formal pelos gregos somada à descoberta de relações de causa e efeito com base no empirismo científico. A união da lógica com a empiria, segundo Einstein, propiciou a vitalidade necessária para o enfrentamento dos dogmas teológicos (EINSTEIN apud PRICE, 1963, p. 15).

A fratura inicial na epistemologia cristã foi a descoberta, nos idos do século XIV, de que o universo não tem como centro o planeta Terra. Tal preceito significava que as criaturas divinas não seriam/estariam o/no centro do universo. Dois foram os fatores determinantes para este movimento: o aprimoramento da tecnologia e a ênfase na matemática. Ao considerar que o catolicismo nunca dispôs de perfeita unicidade quanto aos seus preceitos, as tentativas de desconstrução da cosmologia aristotélica-ptolomaica partiram de dentro da própria Igreja.

O primeiro grande marco, segundo Porto e Porto (2008, 4601-3/4), foi o nominalismo de Guilherme de Ockham, que questionou grande parte da estrutura de pensamento aristotélica (metafísica e física) ao colocar em xeque, para além da alma, a existência das coisas universais e abstratas. Em igual sentido, Nicolau de Cusa atacou a ideia da Terra ocupar a posição privilegiada

²¹ Parusia, para os cristãos, é a promessa de retorno do Salvador no fim dos tempos.

do centro do universo, fixo e imóvel, pois tal referência dependeria do local em que o observador se encontrasse: como a maquinaria universal está em movimento, a determinação das medidas de observação sempre partiriam de um movimento com relação a si mesmo.

Percebe-se, com isso, que seria do próprio céu que adviria o prenúncio do dilema cristão, pois não foram poucos os titãs que contribuíram na ampliação desta rachadura, quatro deles apontados como arautos da ciência moderna europeia: Copérnico, Kepler, Galileu e Newton²². Fato é que, enquanto a Europa estava mergulhada no medievo, a astronomia se desenvolvia a todo vapor no mundo islâmico. Consoante Sheila Rabin (2015), Ibn al-Haytham, pensador iraquiano, criticou o modelo ptolomaico já nos idos do século XI, ao supor que seus cálculos não corresponderiam à realidade. Dois séculos mais tarde, a escola Maragha, no Irã, que concentrava astrônomos relevantes como Maragha Nasir al-Din Tusi, Muayyad al-Din al-Urdi, Qutb al-Din al-Shirazi e Ibn al-Shatir, provavelmente serviu de fundamento ao modelo heliocêntrico que seria apresentado, décadas mais tarde, por Copérnico (SALIBA, 1991, p. 68).

A despeito de tal força vinda do oriente, no contexto europeu, o movimento renascentista atraía inúmeros pensadores a diversas cidades europeias, o que culminou, em pouco tempo, no intercâmbio de saberes do oriente ao ocidente e de uma nova perspectiva quanto à força do paradigma aristotélico que prevalecia por força também do império católico. O *De revolutionibus*, publicado por Niccolò Copérnico, trazia, especialmente no livro primeiro, a defesa do heliocentrismo, a grande contribuição do astrônomo ao seu campo de pesquisa: “perto do sol é o centro do universo” (COPERNICUS, 1543, p. 23).

Johannes Kepler fortaleceu tais ideias que avançavam na direção de novos paradigmas – no que toca a astronomia, que o universo é ordenado; que sua métrica fundamental poderia ser expressada por meio da matemática; e que a ciência poderia decifrar tal ordenação matemática. Posteriormente, Galileo Galilei, também defensor da matemática, advogava ainda que a comprovação final das hipóteses deveria passar pelo experimentalismo, ideia que fundamenta

²² Bertrand Russell (2015, p. 53), em *História da Filosofia Ocidental*, atribui a estes mesmos quatro nomes – Copérnico, Kepler, Galileu e Newton – a preeminência na criação da ciência moderna.

a ciência moderna. A seu favor, ele possuía a grande habilidade de produzir e aprimorar instrumentos de observação, que possibilitou o desenvolvimento seguro do empirismo e afastou ainda mais as teses aristotélicas. O mesmo seguiu com Descartes, que deu o impulso definitivo no uso da matemática como a matriz fundamental das leis mecânicas da natureza, e também Isaac Newton, que selou a fórmula científica elementar que reúne a matemática dedutiva e a experimentação²³.

Desta maneira, nas precisas conclusões de Porto e Porto (2008, p. 4601-8), o modelo qualitativo aristotélico, que era integrado ao seu sistema filosófico, foi utilizado como matriz explicativa medievo adentro, especialmente por servir aos préstimos do cristianismo. A teoria heliocêntrica, fomentada na Europa por Copérnico, apresentou novos desafios e questionamentos, uma espécie de combustível para a busca por explicações distintas das existentes até então. E o ápice deste momento ocorreu com Newton, que basicamente: 1) sepultou de vez o cosmos ordenado e hierarquizado da cosmologia antiga e medieval; 2) geometrizou o universo e a natureza; 3) atribuiu nova face a teoria do movimento, como simples deslocamento por meio de mecanismos de causalidade decifráveis pelas leis da matemática²⁴.

Descoberta após descoberta, o avanço do pensamento científico edificou uma série de teorias, comprováveis do ponto de vista epistemológico, que serviram para enfraquecer e afastar as antigas certezas religiosas e fábulas que fundamentavam grande parte do mundo antigo. Falamos aqui da teoria heliocêntrica, mas avanços são perceptíveis em outras áreas. No que toca à política e ao direito, o mundo europeu, que serviu de matriz à nossa realidade, estruturava-se no feudalismo, modelo que influenciou a Europa até o século XVIII, quando os revolucionários burgueses, fundados em ideais iluministas e liberais, e ávidos por assumir parte do poder governamental, bombardearam as antigas estruturas e determinaram um novo paradigma.

²³ Cf: THORVALDSEN, Steinar. Kepler, Galileo, Newton and the Constructive Ideas of Modern Science. In ØHRSTRØM, Peter (ed). **Time, Reality and Transcendence in Rational Perspective**. Aalborg University Press, 2002, pp. 11-38.

²⁴ A proposta aqui é edificar a revolução científica que acompanhou a construção da ideia de Estado moderno europeu. Mais adiante, ao longo do século XX, a própria teoria newtoniana já foi superada em parte, seja pela teoria da relatividade restrita de Albert Einstein, seja pela mecânica quântica.

1.2. FEUDALISMO E UNIDADE DO PODER: A FORMAÇÃO DO ESTADO PELA ÓTICA POLÍTICA

Conforme apontamos anteriormente, enquanto o tema da autoridade era abordado, a fundação de Roma foi tida como sagrada e, portanto, necessária seria a sua ampliação ao longo das gerações e entre os povos conquistados. Tal era a função do Senado, que não detinha qualquer espécie de poder coativo, mas era guardião da força simbólica da tradição. Compreender a essência das instituições romanas é fundamental para vislumbrar o feudalismo, em sua origem, forma política e jurídica que antecede a estrutura do Estado. Afinal, a organização feudal se desenvolve ao longo do medievo, e, nas palavras de Jacques Le Goff (2005, p. 19), “o ocidente medieval nasceu das ruínas do mundo romano”.

A clivagem pela fundação da segunda capital, Constantinopla, bem como a tentativa de dar sobrevida ao império pela rejeição aos deuses pagãos em troca de Cristo e as invasões bárbaras já precipitavam a nova divisão geográfica europeia que se consolidaria ao longo do período medieval. Do século IV até o VIII e o reinado de Carlos Magno, a Europa viveu uma convergência entre o legado romano e o mundo bárbaro. As invasões geraram o declínio das cidades, pelo definhamento do comércio e de suas rotas, forçando as famílias ricas a abandonarem as cidades em busca das fontes de alimentos e maior segurança no meio rural. Às massas empobrecidas, não havia outra escolha senão segui-las para viver em regime de servidão de modo a obter, ao menos, trabalho e alguma segurança.

Em meio às invasões, a igreja se desenvolveu em aspecto político, econômico, social e até militar, colocando-se, ao lado dos reis, como um polo de poder e organização social. Desde a queda de Roma, a primeira tentativa de unificação de parte da Europa, e junção da Coroa com o báculo episcopal, deu-se com Carlos Magno. Com o apoio papal, os carolíngios buscaram administrar o vasto território conquistado por meio de leis e ordenações escritas, o que ocorreu em relativa ordem até o reinício das invasões (normandos e muçulmanos, durante os séculos IX e X). A partir do século XI, e nos

quatrocentos anos seguintes, a cristandade se fortaleceu e se tornou o elemento mais característico de toda a Europa ocidental.

Visto pelos olhos da renascença, a Idade Média foi um *barqueiro da Antiguidade*, ao transmitir valores e conquistas do passado, em especial, as greco-romanas. Segundo Le Goff (2007, p. 19-28), a tradição helênica trouxe consigo o contraste entre oriente e ocidente, do qual resta localizada geograficamente a Europa²⁵; a ideia do herói; o edifício religioso, ao transformar o templo em igreja; o vinho, adotado pelos romanos, como a bebida aristocrática e sumo da consagração cristã; e, por fim, a noção de democracia, reavivada somente no bombardeio do mundo medieval ocorrido com as revoluções liberais do século XVIII.

A herança romana, por sua vez, é muito mais próxima temporalmente e, deste modo, presente ao longo do medievo. Legou o latim (transformado e multiplicado, posteriormente, nas línguas portuguesa, italiana, francesa, espanhola e romena), cuja cultura se espalhou por toda a Europa por meio da teologia, das universidades e da filosofia; o método de ensino; a arte militar; a arquitetura; a oposição entre cidade (*urbs*) e o campo (*rus*) e a ideologia do bom funcionamento da sociedade; o direito romano incorporado por grande parcela dos reinos europeus, mesmo os bárbaros; e, finalmente, a bíblia, não entronizada pelos judeus, mas pregada no continente pelos cristãos, e que se tornaria arauto de vida, costumes e regras elementares durante séculos.

Através de tais legados e em meio à complexa história de conquistas e invasões, o feudalismo é o sistema socioeconômico que se resume na relação de outorga do feudo pela vassalagem, cuja relação contratual, por um lado, engloba o nobre que concede, de modo revogável, uma extensão de terra e oferece proteção militar, e de outro a obrigação do vassalo em lhe render lealdade (homenagem²⁶) e serviços (trabalhar e lutar, caso necessário, para a

²⁵ Nas palavras de Le Goff (2007, p. 21-22), tal contraste “incarna para os gregos o conflito fundamental das civilizações. O celebre médico grego Hipócrates, que viveu no final do século V e começo do século IV a.C., opõe europeus e asiáticos à luz dos conflitos que levantaram as cidades gregas contra o Império Persa e que sem dúvida foi a primeira manifestação do antagonismo Ocidente-Oriente”.

²⁶ Tanto Le Goff (2007, p. 84) como Vinogradoff (1924, p. 460) apontam que a homenagem era a promessa de lealdade do vassalo ao seu senhor, tendo surgido no século XI em diversas localidades espanholas, francesas e alemãs. Segundo Vinogradoff, o Saxon Lehnrecht indicava que o vassalo deveria, com as mãos juntas, e as do senhor envolta as suas, jurar *to be faithful*

defesa dos interesses de seu senhor). No território recebido, havia também a figura do servo, o último na hierarquia social, que oferecia sua mão-de-obra e de sua família em troca de alimento. O feudalismo, assim, assentava-se sobre uma base rural, e tratava-se, basicamente, de “um sistema de posse e exploração da terra” (LE GOFF, 2007, p. 85).

Ainda que frágil, à primeira vista, tal organização se mostrou vantajosa às partes ao menos por dois séculos.

Os perigos de se manter fora do acordo feudal são autoevidentes: em um tempo de demasiados esforços pela simples existência era necessário a todos olhar à sua volta por apoio, e a proteção conferida pela autoridade estatal era, na melhor das hipóteses, insuficiente para prover as necessidades individuais²⁷ (VINOGRADOFF, 1924, p. 462).

Na perspectiva política e jurídica que temos atualmente, os grandes dilemas deste modo de organização são a extrema fragmentação do poder coletivo e o tratamento deste poder como prerrogativa privada por monarcas e vassallos ante a inexistência de regras de direito público. O historiador francês Georges Duby (1958, p. 767) indica que o centro do mundo feudal era o castelo, que, de fato, passou a ter relevância em todos os aspectos da vida social (política, cultural, econômica e até jurídica, pois surgiram os primeiros Tribunais privados na segunda metade do século X). O resultado imediato desta equação é a impossibilidade de controle nos moldes estatais. Não por menos, os maiores sustentáculos do Estado moderno foram estabelecidos como antípoda ao feudalismo²⁸.

and attached to you as a man should be to his lord e ainda complementar, em algumas situações, com a promessa: I will do so as long as I am your man and as I hold your land.

²⁷ Tradução nossa. No original: *The dangers of keeping outside the feudal nexus were self-evident: in a time of fierce struggles for bare existence it was necessary for everyone to look about for support, and the protection of the central authority in the State was, even at its best, not sufficient to provide for the needs of individuals.*

²⁸ Consoante Paul Vinogradoff (1924, p. 458), “do século XIII em diante o direito continuou a recorrer aos princípios feudais formulados de modo mais acentuado que antes, mas o Estado moderno estava começando a se afirmar na maioria dos países europeus de maneira inconfundível, e sua influência começou a modificar as concepções fundamentais do feudalismo” (tradução nossa. No original: *From the thirteenth century onwards feudal law continued to be appealed to and feudal principles were sometimes formulated even more sharply than before, but the modern State was beginning to assert itself in most European countries in an unmistakable manner and its influence began to modify the fundamental conceptions of feudalism*).

E qual o seu surgimento? Para Paolo Colliva (1998, p. 490), o nascimento do feudalismo coincide com a tradicional prática germânica da época de introduzir adolescentes no séquito real para que fossem transmutados em guerreiros (*fideles*). Embora influentes por lutar ao lado do rei, eles não eram considerados *vassí*, isto é, não detinham, de fato, privilégios ligados às posições de poder. Os *fideles* se tornaram *vassi régios* entre os reis francos, durante a dinastia carolíngia (séculos VIII a XI), como forma de superação do maior dilema político enfrentado pelo modelo germânico: a ineficácia dos comandos reais atingirem as regiões mais longínquas do território.

Como mencionado, ainda no século IX, sob o reinado de Carlos Magno, os francos deram início ao processo de unificação do fragmentado sistema jurídico existente em cada território de modo a estabelecer o controle entre os povos conquistados. O vínculo vassálico permitiu a superação do natural limite relacional sanguíneo para a ampliação do poder real ao introduzir o *affectio* como hipótese à disposição do rei. Tal vínculo se fundava na outorga precária do *beneficium* (terras) ao vassalo, que se obrigava a constituir, em sua região, a estrutura suficiente para zelar pelos interesses reais. Com tal acordo, ganhava o vassalo, que passou a deter alguns benefícios (em certos casos, estar livre de impostos e da jurisdição local, por exemplo) além de sua própria área de influência. Ganhava também o rei, que ampliava sua área de *fidelitas* e se desonerava em manter o controle de áreas distantes, bem como prover o seu desenvolvimento mínimo.

O passo seguinte para o fortalecimento dos institutos monárquico e vassálico foi a outorga de cargos públicos a estes amigos do rei, de modo a cristalizar a relação de confiança e controle entre centro e extremidades. A administração coletiva, que outrora era privada, começou a se publicizar ainda que lentamente. Por tal razão, Colliva caracteriza o instituto feudal como um negócio jurídico baseado no “contrato-desigual, mas com crescente relevância pública” (COLLIVA, 1998, p. 491). A relação era composta, portanto, entre senhores, vassalos (aristocracia fundiária) e o campesinato, e representava uma sociedade de classes pela transmissão hereditária do patrimônio, cuja principal característica era manutenção do *status quo* de seus partícipes.

O exame do passar dos séculos mostra que a *fidelitas*, ensejadora ao surgimento do negócio feudal, passou a deter menor relevância que o *beneficium*, em virtude das províncias demandarem novas subdivisões à medida que se fortaleciam. De fato, o poder real, cujo vínculo era direto com o vassalo, fragmentou-se e mudou de mãos nas localidades: o rei estava enclausurado na capital de seu reino e com diversas regiões também fortalecidas e quase autônomas. A lealdade dos vassalos, conectada outrora de modo direto com o monarca, dividiu-se entre vários senhores. A ação em conjunto dos vassalos poderia, inclusive, obstar os interesses reais: prova disso foi, em 1215, a imposição, pelos barões, da assinatura da famosa Magna Carta ao rei *John lackland* ou João Sem-Terra, alçado ao trono pela captura de seu irmão Ricardo Coração de Leão.

O declínio da confiança na relação entre senhor e vassalos é um dos motivos que levaram ao colapso do feudalismo. Consoante Henry Heller (2011, p. 23), o abalo nesta relação, mas também o enfraquecimento do modo de produção feudal ante o incremento do comércio com o mediterrâneo e oriente médio fez com que os monarcas passassem a se valer de exércitos mercenários, tornando-se desnecessários os serviços militares dos antigos vassalos. Houve ainda um terceiro, porém decisivo fator: a peste bubônica, que se espalhou pela Europa a partir de 1346. Estimativas²⁹ de que a doença dizimou a metade da população europeia: apenas no ano de 1348, a cidade de Florença perdeu quase 70% de sua população³⁰.

Oportuno frisar que, em tal cenário, com regiões quase independentes, a unificação do direito se tornou causa de impossível realização. John Gilissen (1995, p. 129-131) comenta que entre os séculos VI a XII (Alta Idade Média), havia ao menos oito grandes institutos jurídicos em vigência na Europa ocidental, sem contar todas as suas fragmentações: direito mulçumano (sudoeste), bizantino (sudeste), romano (séculos VI a VIII), germânico, carolíngio (séculos VIII e IX), eslavo, feudal e canônico. Já entre os séculos XII

²⁹ UNIVERSITY OF YORK. **The Black Death: society, economy and gender in England, c. 1348-1420**. Disponível em: <<https://www.york.ac.uk/history/undergraduate/courses/special-subject/his-00052-h/>>. Acesso em: 15/11/2019.

³⁰ GUALTIERI, Piero. Marzo 1348: la Peste Nera arriva a Firenze. **Storia di Firenze**. Disponível em: <<https://www.storiadifirenze.org/?temadelmese=la-peste-nera-a-firenze>>. Acesso em: 15/11/2019.

a XVIII, verificou-se a adoção do direito romano (base do *civil law*) em diversos países da Europa continental, formação do *common law* na Inglaterra, e manutenção dos direitos eslavo, bizantino, canônico e muçulmano.

É preciso compreender que a realidade feudal era muito distinta do Estado que nos foi legado. Não havia fronteiras delimitadas de países, mas cidades e propriedades reais. Variados eram os sistemas jurídicos vigentes. Não havia uma administração que zelava por todos. As guerras eram privadas em sua maioria. E ao menos cinco polos lutavam entre si pela hegemonia do poder político: a igreja (em ascensão política desde o Édito de Tessalônica), a nobreza (agraciada pelo *beneficium* e cargos diversos), as cidades (com variado grau de independência, buscavam seus próprios interesses), os imperadores (chefes da hierarquia feudal) e os monarcas (contingente que saiu mais fortalecido do período feudal por ter assumido a legitimidade divina que fora “fracionada” ante o enfraquecimento da religião pelo processo de secularização)³¹.

Consoante Le Goff (2007, p. 89):

Mas a realidade do Ocidente medieval não está somente nesta atomização da sociedade e do governo, está também na confusão horizontal e vertical dos poderes. Entre os múltiplos senhores, a Igreja e as igrejas, as cidades, os príncipes e os reis, os homens da Idade Média nem sempre sabem de quem dependem politicamente. No próprio âmbito da administração e da justiça, os conflitos de jurisdição que se repetem continuamente exprimem esta complexidade.

Ao longo de todo o período feudal, o papado e os imperadores se mantiveram em gládio constante pela delimitação da fronteira que separava poder civil e poder eclesiástico, pórtico pelo qual se inaugurou, já nos idos do Estado, a separação de poderes. Em meio a hostilidades e afinidades, o barril de pólvora, que já estava em chamas, incendiou-se no transcurso do século XIV, período que marca o rompimento definitivo entre *sacerdocium* e *regnum*. O pensador emblemático deste período é Marsílio de Pádua e seu *Defensor Pacis*, considerado o precursor na defesa, em favor do poder civil, da separação entre

³¹ Cf: CREVELD, Martin Van. **Ascensão e Declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83-176.

estas esferas e da não-submissão ao papa³². Tais acontecimentos eclodiriam na formulação da soberania temporal do Estado e na reforma protestante, eventos já pontuados anteriormente.

A consolidação do Estado territorial moderno, neste sentido, representou, primeiramente, a vitória da monarquia europeia ante a centralização dos reinados e delimitação de seu território. A Inglaterra e a França foram os primeiros Estados a conseguirem demarcar suas fronteiras (século XIV), seguidas pelos países da Península Ibérica. A Itália e a Alemanha não obtiveram tal êxito, firmando sua unificação apenas no século XIX pela ação de Vittorio Emanuele II e do Chanceler Otto von Bismarck. A unificação tardia destes países refletiu nos dois principais conflitos da primeira metade do século XX.

1.3. MODERNIDADE E A EBULIÇÃO DOS SÉCULOS XVII E XVIII: DOS DÉSPOTAS ESCLARECIDOS AOS REVOLUCIONÁRIOS DA LIBERDADE

A transição da idade média para a moderna, e com ela a incorporação de um modo distinto de realizar a atividade política e o direito, são marcas que acompanham a formação do Estado. Conforme aponta Guido Fasso (1982, p. 15), duas são as características básicas do medievo: o universalismo, isto é, a convicção da subordinação do conhecimento humano à revelação divina (por consequência, filosofia e ciência estariam a serviço da teologia) e a tentativa de formação da república cristã tornada império universal, momento em que haveria unidade religiosa e política no mundo ocidental.

Todavia, conforme pontuado, o itinerário político na Europa ocidental foi outro. O humanismo acabou vitorioso na batalha com o universalismo eclesiástico, enaltecendo, portanto, a *humanitas*. Quanto ao poder, é na fonte da monarquia absolutista, e não mais dos imperadores ou do papa, que o Estado moderno encontrou forças para que suas ideias e instituições pudessem vicejar. Os cinco grandes polos de poder existentes no feudalismo foram, paulatinamente, cedendo vigor ante o fortalecimento da monarquia. A Igreja Católica teve sua autoridade política extenuada pela ciência, pelos reformistas

³² A obra de Marsílio de Pádua já foi explorada no ponto anterior, que trata da secularização do poder.

(do ponto de vista religioso e cultural) e também pelos humanistas (na perspectiva da política), que passaram a questionar a relação necessária entre ser cristão e viver sob um governo chancelado pela religião (a *Plenitudo Potestatis*). Dentre eles, destacam-se Marsílio de Pádua, Martin Lutero, João Calvino, Nicolau Maquiavel, Thomas More e Thomas Hobbes, já citados.

De fato, os imperadores, que se valiam da legitimidade divina para justificar sua ascendência diante dos monarcas, perderam tal condição ao longo do feudalismo ante a ingerência de tão vastos territórios. Ademais, as cidades, cuja sobrevivência se deu pela força de seu capitalismo realizado no interior das fortificações, foram aglutinadas pelo Estado nacional. Assim, a nobreza (enfraquecida pela perda de cargos, mas ainda com privilégios³³) e a Coroa (fortalecida pelo controle que passou a deter) são os polos de poder que seguiram modernidade adentro.

Um acontecimento que merece menção por representar o novo espírito da época é o renascimento, cujo apogeu ocorreu na primeira metade do século XVI. Basicamente, sinalizava o ápice do retorno aos textos da antiguidade sem a teologia como guia, mas que acabou por culminar na materialização do anseio de se sepultar o modo de vida medieval em todas as suas formas e vicissitudes (política, social, cultural e econômica). No que concerne ao político, conforme mencionado, iniciou-se a era das monarquias europeias, refratárias da intromissão eclesiástica e do gládio entre imperadores e o papa, considerado a marca política da Idade Média.

O emblema de tal espírito renascentista, que abarca diversas esferas da vida, é comentada por Jean-Jacques Chevallier (1999, p. 18):

[...] paixão de buscar e de descobrir; exigência crítica de livre exame, ávidos por atacar todos os dogmas, dilacerar todas as escolásticas; orgulho humano pronto a enfrentar a Divindade, a opor ao Deus criador do homem, exercendo o seu próprio poder criador sobre uma natureza doravante expurgada de raízes religiosas, novamente pagã. A “era das técnicas”, a serviço do homem e sua ação substitui a era medieval, “da contemplação”, orientada e dominada por Deus. O indivíduo, enquadrado pelas

³³ Como se falará adiante, tais privilégios nobiliárquicos serão uma das causas para a ebulição da Revolução Francesa, em 1789.

comunidades, desde a família até a profissão, às quais pertencia por decreto da Providência, conduzido pela Igreja ao reino do Céu, para sua eterna salvação, vai, pouco a pouco, libertar-se da longa disciplina católica da Idade Média, para buscar por si o caminho, em uma fecunda ou estéril solidão.

De fato, sabemos que, por mais impetuosas que fossem as ideias e o vigor de seus idealizadores, o caminho para as mudanças é longo, e percorre séculos. Sob pontos de vista distintos, todos os assuntos tratados nesta tese, até então, reforçam tal perspectiva, que eclodirá na formação de nova maneira de idealizar e realizar o poder e o direito no Estado moderno. Com efeito, como se verá a seguir, a fissura criada pelos renascentistas eclodirá definitivamente com o pensamento iluminista, cuja situação era mais favorável para o estabelecimento de tais anseios.

Do ponto de vista do direito e do poder, portanto, tem-se assim uma alteração substancial entre o medievo e o Estado moderno. Nesta relação, é preciso lembrar que nem toda sociedade organizada pode ser denominada como um Estado. Para Georges Burdeau (2005, p. 32-33), a natureza estatal deriva da institucionalização do poder abstrato, permeada pela durabilidade de suas instituições cujo vetor é a imagem de uma ordem desejável que serve de fundamento tanto para o poder como para o próprio direito. Assim, o direito se torna o instrumento de contenção do poder, buscando a sua racionalidade, impessoalidade, objetividade segundo a legislação e sua liquefação na estrutura estatal em funções distintas³⁴.

A primeira fase do Estado moderno, destarte, é absoluta. O monarca, ao ocupar o espaço das outras esferas de poder no período feudal, arvorou-se na condição de Prometeu a iluminar a vida política de seu povo, valendo-se de todos os instrumentos necessários para atingir tal fim. Com efeito, os sistemas de governo durante os séculos XVII e XVIII ainda são marcadamente pessoais,

³⁴ Do ponto de vista da ciência política, é preciso lembrar que o poder não é eliminado ou “diluído” no Estado, deixando de existir. Para Carl Schmitt, o verdadeiro poder é o de quem decide no Estado de exceção. A suspensão do direito libera um elemento místico que todos querem se apropriar: o verdadeiro poder. Por tal razão, Giorgio Agamben (2004, p. 75) aponta que “O estado de exceção não se define, segundo o modelo ditatorial, como uma plenitude de poderes, um estado pleromático do direito, mas sim como um estado kenomático, um vazio e uma interrupção do direito”.

centrados na figura dos déspotas esclarecidos. Em linhas gerais, consoante Nicola Matteucci, é absoluto o governo por concentrar a titularidade e o exercício do poder político na instância do Estado sob a sua égide, e cujos direitos naturais e fundamentais poderiam até limitar tal poder, porém não eram capazes de lhe controlar³⁵. O pensamento de Nicolau Maquiavel, Jean Bodin e Thomas Hobbes adquirem destaque neste momento, que convergem à sobrevivência da estrutura estatal em paralelo à concentração de poderes.

Semelhante a uma luta necessária para a construção e sobrevivência da comunidade política, as lições que proclamam a soberania absoluta vicejaram. Já mencionamos outrora que Maquiavel acusava o papa de ser o maior empecilho na unificação do território italiano, cujos efeitos eram as constantes invasões e os gládios fratricidas. Quentin Skinner (1996) afirma que o florentino foi o único pensador político renascentista, apontamento que se torna cristalino ao compulsar *O Príncipe*: ao invés de utilizar a teologia como parâmetro, Maquiavel apresenta a Lorenzo de Medici um pequeno guia de ciência política com alta dose de realismo. Partindo da secularização da moral cristã, ele voltou-se ao Estado racional, isto é, como um fenômeno político em si, concebendo análises estrategicamente calculadas para formar seu território, estreitar a obediência de seu povo e manter a legitimidade de seu governante.

Para tanto, Maquiavel depositava o poder em um principado, cujos fundamentos são “boas leis e boas armas”, embora ele atribuísse maior importância ao segundo elemento, vez que “não se podem ter boas leis onde não há boas armas” (MAQUIAVEL, 2011, p. 59). A religião deveria ser respeitada na medida de sua utilidade para manter o Estado e domesticar o seu povo. E o príncipe, depositário da confiança do florentino para reavivar a chama italiana dos grandes feitos, deveria proceder com virtude e uma boa dose de fortuna a fim de captar as nuances de sua realidade e agir no momento exato. Retirada a cortina de fumaça religiosa que dissimulava os jogos de poder até então

³⁵ Paráfrase com tradução nossa. No original: *con assolutismo possiamo inizialmente intendere la concentrazione e l'unificazione della titolarità e dell'effettivo esercizio del potere nei suoi aspetti più squisitamente politici (la pace e la guerra) in una sola istanza (lo Stato o, meglio, il re): un potere monocratico, dunque, e meramente, discendente, che poteva essere limitato, oltre che dal diritto naturale, dalle leggi fondamentali, ma non controllato dai sudditi* (MATTEUCCI, 2011, p. 18-19).

existentes, a governabilidade, nas lições maquiavélicas, seguiria o exemplo dos grandes conquistadores do passado³⁶.

A recepção ao pensamento de Maquiavel não foi unânime, tendo encontrado oposições ainda em seu tempo. Jean Bodin, teórico francês, criticou o pensador florentino por legar confiança demasiada na habilidade personalíssima do príncipe como elemento aglutinador da força e disposição para organizar a sociedade, embora seja forçoso reconhecer a modernidade de seu pensamento no que toca a secularização do agir político. Por sua vez, a doutrina manifestada por Bodin em *Seis Livros da República* tem o forte apelo de uma sociedade estamental e religiosa cujas raízes remontam ao medievo, enquanto Maquiavel já havia abandonado tais preceitos³⁷.

De toda sorte, Bodin escrevera *Seis Livros* nos primeiros anos da perseguição huguenote, tendo almejado a ordem como bastião elementar da sociedade francesa. Notabilizado pela marcante defesa da soberania em sua faceta jurídica, o pensador francês alicerçou-a no rei, por seu direito natural (hereditário) e divino. Diferentemente da noção de autoridade romana já apontada, que não se comunicava com nenhuma forma de poder, Bodin a concebia exatamente como domínio sobre o outro³⁸. A soberania do Estado, neste sentido, deveria ser ilimitada³⁹.

Ao se alinhar a tradição política aristotélica reanimada no medievo e que se repetiria modernidade adentro, Bodin analisa formas de governo antitéticas

³⁶ A este respeito, Norberto Bobbio lembra que “Maquiavel nos ensinou a julgar as ações do príncipe segundo a vantagem que oferece para o Estado, e não segundo seu valor moral; em outras palavras, segundo a conformidade aos fins da conquista e da manutenção do Estado, e seguramente não segundo a bondade intrínseca das mesmas” (BOBBIO, 1997, p. 14).

³⁷ Nas palavras de Sylvia Evel Lenz (2004, p. 120): Bodin parte do princípio racional implícito de *O Príncipe* de Maquiavel, ou seja, de um Estado ordenado e ordenador, laico, acima das questões religiosas. Não obstante, temia tanto pelos exageros que um tirano poderia cometer, como pelo poder que Maquiavel delegava ao povo”.

³⁸ Neste sentido: “a palavra autoridade é própria a todos os que dispõem de poder de mando sobre o outro. O príncipe (disse Sêneca) ordena aos súditos, o magistrado aos cidadãos, o pai aos filhos, o mestre aos discípulos, o capitão aos soldados, o senhor aos escravos”. Tradução nossa. No original: *La palabra autoridad es propia a todos los que tienen poder de mandar a otro. El príncipe (dize Sêneca) manda a los súbitos, el magistrado a los ciudadanos, el padre a los hijos, el maestro a los discípulos, el capitán a los soldados, el señor a los esclavos* (BODIN, 1992, p. 179).

³⁹ Segundo Bodin, “a autoridade suprema não é limitada, nem pelo poder, nem pelo cargo, nem pelo tempo”. Tradução nossa. No original: *La suprema autoridad no es limitada, ni en poder, ni en cargo, ni en tempo* (BODIN, 1992, p. 268).

ao seu modo de pensar, apontando suas virtudes e defeitos. Comenta o autor que o regime democrático seria o mais adequado do ponto de vista social, por sua epistemologia essencial prever a igualdade e a justiça para todos. No entanto, seguindo a visão democrática negativa dos antigos, aponta Bodin que tal governo pode ser capturado por sentimentos egoístas, afastando-o de seus objetivos precípuos. De igual sorte, a aristocracia (*áristoi*, do grego, que significa os melhores) tem a virtude de reunir aqueles considerados mais preparados ao governo segundo as habilidades tidas por elevadas para cada momento histórico (sabedoria, bravura, entre outras). Contudo, a aristocracia pode ser tomada por facções, duas em especial: a dos militares e a dos comerciantes. A monarquia, ao contrário das demais, é vocacionada a perdurar por vários séculos, como prova a história.

Com base nesta lógica de pensar, Bodin extrai da ética judaico-cristã o mecanismo da obediência, para enxertá-lo em sua visão jurídica de Estado de modo a enaltecer a legislação, ato soberano que legitima o monarca de sua condição privilegiada em relação aos demais. Como a ordem é o fim do bem comum, aquele que legisla detém a prerrogativa de comandar os demais, inclusive restringindo sua liberdade, caso seja um atributo para se atingir o fim almejado pela sociedade.

As leis dos príncipes supremos, ainda que fundadas em razões boas ou ruins, dependem de sua pura e livre vontade. Quanto às leis divinas ou naturais todos os príncipes da terra lhes são sujeitos e não têm a faculdade de lhes violar, se não querem ser penalizados pela autoridade divina, colocando-se contra Deus, grandeza a qual todos os monarcas do mundo são impelidos a se inclinar com temor e reverência⁴⁰.

Neste contexto, Bodin ainda explicita a diferença entre um verdadeiro monarca e um tirano, nos seguintes termos: “o rei aceita as leis da natureza, e o tirano as marca e deprecia. Um professa piedade, justiça e fé, enquanto o outro

⁴⁰ Tradução nossa. No original: *Para dar a entender que las leyes de los príncipes supremos, aunque sean fundadas em buenas y viuas razones, dependem de su pura y libre voluntad. Quanto a las leyes divinas e naturales todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no están em mano de ellos contradézirlas, se no quieren ser culpados de lesse majestad divina, movendo guerra a Dios, devaxo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deven poner el yugo, inclinar la caueza con temor y reverencia* (BODIN, 1992, p. 276).

não tem Deus, nem fé, nem lei”⁴¹. A razão de o monarca bodiniano ser caracterizado como absoluto deve-se ao seguinte fato: “o soberano deve garantir a ordem mais do que a liberdade; todo ato de resistência de um súdito ao seu governante deveria ser proscrito em prol do interesse de preservar a frágil estrutura do governo” (LENZ, 2004, p. 127).

Na base da sociedade, estaria a autoridade doméstica patriarcal, que serve de métrica ao bom governo. Semelhante a noção cidadã aristotélica, seu vínculo se perfaz quando o patriarca deixa a família que o guarnece para ir à esfera pública deliberar sobre os assuntos de interesse social⁴². Com efeito, um Estado eficiente teria de realizar três tarefas básicas: materiais, mentais e espirituais. As materiais se vinculam à produção de bens relacionados à satisfação vital e a defesa dos indivíduos. O cumprimento deste primeiro estágio material permitiria a discussão dos demais por parte do governante. Assim, os aspectos mentais estariam relacionados à educação moral, filosófica e cívica dos cidadãos. Por fim, o quesito espiritual seria o último aspecto da eficiência estatal, ao oferecer instrução a fim de todos alcançarem a sabedoria divina.

A despeito das diferenças apontadas entre a estrutura social e política de Maquiavel e Bodin, ambos comungavam da defesa expressa à monarquia como forma de governo ideal ao nascente Estado do pós-medieval. De fato, o ponto fulcral destas sociedades (fins do século XV e século XVI) era a Corte real. Norbert Elias, ao analisar tão profícuo espaço de atuação social e política, registrou em seu livro *A Sociedade de Corte* que o período de formação do Estado industrial atenuou o poder personalíssimo do monarca em âmbito público pelo aprimoramento dos chamados órgãos de controle, tais como a separação

⁴¹ Tradução nossa. No original: *Que el rey se conforma con las leyes de natura, y el tirano las huella y desprecia. El uno haze profesión de piedad, justicia y fe; el outro no tiene Dios, ni fe, ni ley* (BODIN, 1992, p. 423).

⁴² Aristóteles aduzia que a aquisição da liberdade política passava pela liberação, ou seja, a exploração do trabalho de sua família e, em especial, do escravo, permitia que o chefe de família fosse liberado de sua parcela de trabalho doméstico para as atividades da *polis* (ARISTÓTELES, 2006, p. 09-12). Em comentário alinhado a tal lógica, Bodin expressa que expressa que “toda a autoridade de ordenar a outro é pública ou privada. A autoridade pública está no príncipe supremo que cria a lei, ou na pessoa dos magistrados que estão sujeitos à lei e ordenam a outros magistrados e aos particulares. A autoridade privada tem os pais de família e os corpos e colégios em geral”. Tradução nossa. No original: *Y toda autoridad de mandar a otro es pública o particular. La autoridad pública está en el príncipe supremo que da la ley, o en la persona de los magistrados que están sujetos a la ley y mandan a los otros magistrados y a los particulares. La autoridad particular tienen los padres de las familias y los cuerpos y collegios en general.* (BODIN, 1992, p. 167)

de poderes, a autonomia judiciária, o aperfeiçoamento da imprensa e a relação de mútua vigilância dos partidos políticos.

E no que consistia a Corte? Em síntese, era a casa do rei que agregava uma miríade de pessoas e funções, o epicentro de toda a influência que existia em determinado país. O modelo ideal de Corte que se espalhou por toda a Europa pós-renascimento foi a de Luís XIV. A imagem metafórica da Corte construída por Elias (2001, p. 62) é semelhante à das cidades em nossos dias: embora possam existir outras formas de organização social, fato é que o modelo de prestígio e poder na atualidade é do indivíduo que foi criado e educado no ambiente urbano das grandes cidades. O mesmo ocorria com a Corte, que representava o local em que todos gostariam de estar, participar e viver.

Com efeito, sendo a casa do rei o epicentro da organização social e política, era inevitável que os assuntos domésticos da realeza fossem, de fato, a principal questão de todo o reino. De maneira impreterível, o monarca estava no centro das questões, pois tudo o que transcendia à Corte era secundário. Assim, Corte real e Estado se confundiam. Toda a pompa e a fortaleza da morada real, como se observa no Palácio de Versailles, representavam a pujança do próprio Estado. Somente ao captar esta imprecisão entre o público e o privado, regra jurídica tão apregoada no século XVIII e seguintes, é que se compreende o significado da afirmação de Luís XIV, *'Etat c'est moi* (O Estado sou eu).

Para se chegar à compreensão essencial do absolutismo é necessário perpassar o arranjo social da monarquia nos séculos XVI e XVII. Ao considerar o modelo de Corte francês, havia o imprescindível estamento dos nobres que vivia em seu entorno⁴³. Elias explica detalhadamente que somente os ricos atingiam tal *status*, vez que era altíssimo o dispêndio com a residência e a criadagem. Todavia, mesmo entre os nobres havia uma divisão, pois se reconhecia a nobreza oficial, constituída por aqueles que detinham os títulos reais desde os séculos anteriores, e os comerciantes ricos que se portavam

⁴³ Montesquieu também afere, em *O Espírito das Leis*, a necessidade da nobreza para o regime monárquico. Em suas palavras: “os poderes intermediários, subordinados e dependentes, constituem a natureza do governo monárquico” [...]. “O poder intermediário subordinado mais natural é o da nobreza. De alguma maneira, ela entra na essência da monarquia, cuja máxima é: *sem monarca, não há nobreza; sem nobreza, não há monarca*” (MONTESQUIEU, 2000, p. 26).

como se nobres fossem, mas que eram considerados uma nobreza de segundo escalão⁴⁴. O historiador lembra, no entanto, que esta máquina de competição e rivalidade entre estes grupos por prestígio e *status*, com imensa dose de ciúmes entre si, mantinha-os em cada um dos lados de uma balança social de influência, situação essencial para salvaguardar o poder inquestionável do rei, hierarquicamente acima de todos, que atuava como árbitro neutro em prol da manutenção deste estado de coisas.

Não obstante, o pêndulo de poder entre a realeza e a nobreza sempre atingiu momentos ambivalentes. Se no período feudal havia algum equilíbrio entre tais polos, de modo que ao rei ainda fosse necessário manter perto os seus nobres para, de modo especial, servir-se da proteção de seu território, os séculos XVII e XVIII referenciam o protagonismo quase exclusivo da realeza ante sua preponderância financeira e o grupo de nobres com pouco ou sem nenhum poder de barganha.

Como este processo se deu? Elias aponta dois fatores, um de ordem econômica e outro militar. No que toca ao primeiro, a inflação galopante foi o resultado da significativa chegada de metais preciosos na Europa após a descoberta do continente americano, no século XVI. Grande parte da nobreza mergulhou em dívidas com a elevação dos preços e perda de valor nas moedas. Por outro lado, o patrimônio real crescia, na medida em que incorporava os tributos sobre ganhos dos súditos de seu território em um período de forte agitação comercial. Com efeito, entre estes grupos, Elias assinala o movimento de transformação de uma realeza que, no medievo, fornecia terras (feudos), e que passa a subsidiar a nobreza com recursos financeiros (ELIAS, 2001, p. 166). O aparelho de poder dos reis, deste modo, fortaleceu-se na medida em que se converteram em financiadores e credores da classe nobiliárquica, cujos gastos só aumentavam. E, em um momento de pré-capitalismo moderno, em que o

⁴⁴ É preciso considerar que a sociedade nobiliárquica valorizava a riqueza oriunda da herança e os valores recebidos dos antepassados. Consoante Elias (2001, p. 91): “nas sociedades pré-industriais, a riqueza mais respeitada era aquela que não havia sido conquistada pelo esforço, aquela pelo qual não era preciso trabalhar, portanto, uma riqueza herdada, principalmente as rendas provenientes de uma terra herdada. Não o trabalho em si, mas o trabalho com o objetivo de ganhar dinheiro, bem como a própria posse do dinheiro bem recebido, ocupava os níveis mais baixos da escala de valores das camadas superiores nas sociedades pré-industriais”.

dinheiro se colocava como elemento de prestígio, de credores foram paulatinamente constituídos à monarcas absolutos.

Outro fator apontado por Elias que aumentou o poder real em detrimento da nobreza foi a máquina da guerra. No período feudal, como já recordado, o rei doava terras em troca de apoio militar. A partir do século XVI, a incorporação da pólvora paulatinamente desmantelou a prática da guerra nos antigos moldes de cavalaria, enquanto os exércitos passaram a ser contratados pelo soldo⁴⁵. Deste modo, a nobreza rural de outrora, que era ponto de passagem obrigatório para suprir a necessidade real por exércitos, tornou-se dispensável com o passar dos tempos.

Tudo isso motivou parte da nobreza a viver no campo, mais próximos de suas fontes de renda, enquanto outra parcela vivia às custas do rei, na forma de pensões e cargos oficiais. É preciso lembrar, todavia, que toda nobreza sempre se desenvolve na íntima relação de dependência com a Corte. O que houve, ao longo dos séculos XVII e XVIII foi o movimento de transformação do modelo predominante no medievo europeu para aquele almejado pela burguesia, com a ascensão de novas classes. No reinado de Francisco I de França (que governou o país de 1515 a 1547), Elias observa a existência das seguintes classes sociais: a realeza e a sua nobreza de Corte, que vivia apenas dos benefícios da proximidade com o rei; a nobreza que não fazia parte da Corte, e era constituída pelos classe nobiliárquica com os títulos atrelados ao passado feudal; a parcela mais rica da burguesia, que buscava proximidade com a Corte, porém estava abaixo da nobreza; e a burguesia dos profissionais, cujos membros não adentravam em tal reduto (ELIAS, 2001, p. 175).

Conforme exposto, o gládio entre tais esferas era necessário para a manutenção de um equilíbrio de tensões no entorno do rei. Enquanto estes espaços eram bem definidos, ele era tido como um árbitro, que atenuava a luta

⁴⁵ Mas a história não é simples, e nem o foi para os reis: “essas circunstâncias [aumento da predominância financeira do rei e mudança da guerra] diminuíam a dependência do soberano em relação à nobreza e aumentavam a dependência inversa. O deslocamento do equilíbrio de forças no relacionamento entre a nobreza e o rei não pode ser compreendido conceitualmente como se tivesse seu início em uma única esfera do desenvolvimento social. O incremento do comércio não pode ser compreendido sem referência à proteção das vias de comércio e à garantia legal do direito de comerciar, por parte do Estado, e vice-versa. Sem tropas suficientes, os reis não podiam esperar um rendimento regular proveniente do pagamento de impostos, e sem esse rendimento não podiam financiar exércitos poderosos” (ELIAS, 2001, p. 168).

entre burguesias e nobreza. Embora quisessem derrubá-lo, todos dele precisavam para manter o equilíbrio de forças no reino. Em suas palavras: “a soberania deste [rei] tinha como pressuposto a existência de uma nobreza que contrabalanceasse as camadas burguesas, assim como a existência e a força de camadas burguesas como um contrapeso à nobreza” (ELIAS, 2001, p. 211).

Assim, a nobreza, no caso francês, constituía-se como a espada de Dâmocles ao monarca do Antigo Regime. Afinal, o rei era um nobre, com todas as suas características e costumes, e, embora a nobreza lhe fosse um necessário peso econômico para manter o seu aparelho de dominação, também a conservava muito perto para evitar tergiversações. Para Elias, dois foram os caminhos adotados por Luís XVI para esvaziar a nobreza: trouxe-a a Versailles, de modo a vigiá-la de perto, e dela retirou os altos cargos do Judiciário e da Administração (ELIAS, 2001, p. 191-192).

Assim, a despeito de, ao menos aparentemente, ter conseguido manipular este sistema por dois séculos, a situação dos reis não era consolidada, pois vários pensadores criticaram o absolutismo. Neste sentido, o panorama dos séculos XVII e XVIII é de intensa transformação ante às novas realidades que já vigoravam em diversos países europeus, influenciando em demasia a formação política e jurídica do Estado. O humanismo, o renascimento, a revolução científica, o enfraquecimento do feudalismo, a reforma protestante, o iluminismo, o liberalismo, enfim, variados foram os movimentos que traçavam novos costumes, valores e formas de se emancipar das estruturas medievais. O direito também deveria passar por tal influência, algo ocorrido ao longo destes séculos.

Tomemos como exemplo o movimento de contenção da monarquia absoluta europeia ocorrido na Inglaterra, no qual seu ápice ocorreu no século XVII, com base na obra emblemática de John Locke, apontado como o líder teórico-espiritual da Declaração de Direitos de 1689. Locke foi um notável pensador inglês que defendeu arduamente a elevação do regime parlamentar à força política preponderante do Estado em detrimento ao absolutismo real. Sua doutrina, exposta em seu mais famoso livro, *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, tem como escopo inicial refutar Robert Filmer e seu livro *Patriarca*, que se tornara famoso à época de Locke e cujo substrato fundamental era defender a legitimidade da soberania divina do rei pelo seu direito hereditário cujas raízes

o conectavam ao próprio Adão, primeiro homem e detentor de toda a autoridade sobre a terra.

Locke discorre por dezenas de páginas de seu livro – aliás, todo o *Primeiro Tratado* se dedica ao tema – para afastar a conexão proposta por Filmer, cujo periscópio epistemológico era capaz de localizar o regime monárquico à Adão. Segundo Locke (1998, p. 379-380), tal afirmação não poderia prevalecer, uma vez que:

1. Adão não tinha autoridade sobre seus filhos ou sobre todo o mundo, como se faziam crer;
2. Ainda que se provasse a premissa anterior, não há indícios bíblicos que seus herdeiros tivessem tal autoridade como legado;
3. Ainda que também fosse possível comprovar a premissa anterior, não haveria meios de aferição do legítimo herdeiro de Adão;
4. E, o ponto mais evidente, é que não há nenhuma evidência de qual seria a linhagem de Adão para que qualquer Casa haurisse o direito de sucessão do poder divino

Afastando, deste modo, tal conexão que legitimava a monarquia absoluta, Locke consignou que todos são livres e iguais fora de qualquer sociedade, isto é, no suposto estado de natureza. Todos compartilhariam de tal condição e conservariam seus direitos se a regra fundamental de não atentar contra os bens alheios fosse seguida à risca. O problema, diagnostica o filósofo, é que as pessoas tendem a violar direitos alheios. Ao considerar que todos possuem a prerrogativa de defesa de sua propriedade, dois seriam os caminhos imaginados pelo autor: revidar a ofensa, não raras as vezes com a morte do ofensor, ou buscar reparação pelo dano causado. O resultado desta relação conflituosa seria a instauração de um estado de guerra, isto é, a responsabilidade civil e penal do ofensor pelo dano causado e a legitimidade auferida pelo ofendido para revidar o ato na métrica da Lei de Talião ou exigir sua reparação.

Assim, o mais lógico caminho a ser trilhado seria a constituição de uma sociedade para resolver tais questões. E por qual razão as pessoas se submeteriam a outros e deixariam de ser livres no estado de natureza? Segundo

Locke, a resposta é evidente: o exercício da liberdade é incerto e constantemente exposto à violação, pois “sendo todos reis na mesma proporção que ele, cada homem um igual seu, e por não serem eles, em sua maioria, estritos observadores da equidade e da justiça, o usufruto que lhe cabe da propriedade é bastante incerto e inseguro” (LOCKE, 1998 p. 495).

A conservação da propriedade, portanto, é o que motiva as pessoas à convivência social. O estado de guerra, por sua vez, é atingido pela inexistência de uma lei vigente. Segundo Locke, três seriam as carências do estado de natureza, pré-societário: 1) carência de uma lei estabelecida e vinculante mediante o consentimento comum; 2) de juiz com jurisdição estabelecida e imparcial, com autoridade para resolver os litígios de acordo com a lei vigente; 3) e também de um poder que valide a sentença fundada na lei e a execute, de modo a vicejar a segurança pessoal e jurídica a todos (LOCKE, 1998, p. 494-497).

À medida que delineia suas noções, Locke conduz seu leitor a se convencer de que a legalidade deveria estar nas mãos do Parlamento, uma das principais bandeiras do liberalismo. Segundo John Rawls, o escritor inglês justificou o direito da sociedade na resistência contra os arbítrios do Rei Carlos II. Seu principal argumento seria de que, sendo o governo um poder fiduciário, na hipótese de quebra da confiança pelo abuso na utilização das prerrogativas, o poder constituinte estaria legitimado para a organização e estabelecimento de um novo fundamento estatal (RAWLS, 2012, p. 134). O que Locke buscava, portanto, era a segurança jurídica pela afirmação da *rule of law* cujo maior depositário é exatamente o Parlamento.

Com efeito, o filósofo já transcendia quaisquer noções de eternidade ou outros argumentos que conferiam a propriedade do poder ao monarca. Para tanto, imaginava uma sociedade cuja lei “positiva primeira e fundamental de todas as sociedades” seria o estabelecimento do Poder Legislativo, supremo, sagrado e inalterável segundo as disposições inicialmente acordadas. O que a teoria lockeana assenta, e que poderia ser percebido na Inglaterra de seus dias, era o apogeu da discussão política que congregava argumentos legados do medievo (a favor do absolutismo) e a afirmação da visão liberal burguesa que procurava instaurar novos fundamentos na relação entre público e privado.

O objetivo de Locke no *Segundo Tratado* era abordar a legitimidade de quem tem poder de governo. Seus escritos refletem o forte movimento constitucional do parlamentarismo inglês, em um século em que já havia sido adotada a Petição de Direitos (1628) e a Lei do Habeas Corpus (1679), bem como a Declaração de Direitos, que refletiu os anseios epistemológicos de Locke, e fora publicada no mesmo mês e ano (dezembro de 1689) que seu *Dois Tratados sobre o Governo Civil*.

Oportuno dizer, ainda, que embora dispusesse de características diferenciadas, ao Legislativo não era conferido um cheque em branco para agir como bem entendessem seus membros, uma vez que:

1. Não pode haver poder absoluto ou arbitrário, nem mesmo o legiferante, pois o consentimento de cada cidadão se deu na medida da construção do bem comum social, que é reflexo dos direitos naturais. Com isso, Locke aponta que a tarefa do legislador seria preservar, jamais “destruir, escravizar ou empobrecer deliberadamente os súditos”.
2. A atividade governamental não poderia ocorrer mediante decretos extemporâneos, mas apenas por intermédio de leis expressas, acatadas, promulgadas e fixas⁴⁶, bem como o poder de jurisdição deveria ser depositado nas mãos de magistrados competentes e com garantias para tal práticas;
3. Sendo a preservação de sua propriedade a causa para a vida em sociedade, Locke pressupõe ainda que nenhum governo deve atentar contra ela, no todo ou em parte, diretamente ou indiretamente (mediante tributos, por exemplo), salvo se com o consentimento do interessado.
4. Por fim, sendo o Legislativo um poder delegado diretamente do contrato consensual estabelecido entre os cidadãos, não pode ser ele

⁴⁶ Segundo o autor: “de sorte que tanto o povo possa conhecer o seu dever e viver a salvo e em segurança dentro dos limites da lei, como também os governantes se mantenham em seus devidos limites sem que se vejam tentados, pelo poder que têm nas mãos, a empregá-lo para fins, e por meios, ignorados pelos homens e que não seriam aceitos voluntariamente por estes”. (LOCKE, 1998, p. 509).

delegável a outros membros senão os escolhidos pelo seus signatários.

Caso assim não fosse, adverte Locke, de nada valeria estabelecer o contrato social, pois as condições de incertezas seriam as mesmas de outrora. Ao deixar claro que as funções estão subordinadas ao Legislativo, Locke propunha uma cristalina monarquia constitucional, que se corporificou, na Inglaterra, exatamente a partir do século XVIII. A Coroa manteria suas prerrogativas, mas se poderia deflagrar um estado de guerra caso impedisse o funcionamento do Parlamento⁴⁷.

Pelo exposto, seja com John Locke e todos os demais autores e temas que foram tratados ao longo deste capítulo, a palavra que mais ecoou nas questões que foram travadas talvez seja ruptura: com o legado de tradição religiosa e com a organização política que se estruturou ao longo dos cinco séculos que antecederam os principais acontecimentos motivadores das instituições estatais na modernidade (século XVII). Estabelecido este arrimo elementar, o capítulo seguinte desta tese tem como escopo não apenas introduzir e localizar os fios do passado a serem rompidos, mas apontar para a construção do Estado de Direito, com especial enfoque à teoria da separação de poderes.

Eis as condições com os quais o Estado moderno se formou.

⁴⁷ Montesquieu, que será tratado no próximo capítulo, é outro pensador que destaca a centralidade do Parlamento e da lei como apanágios do Estado de Direito.

CAPÍTULO 2

A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO FUNDAMENTO DO ESTADO REPUBLICANO E DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL

A intenção do capítulo inicial desta pesquisa de tese foi introduzir a leitura acerca da relação pendular com que direito e poder se entrelaçaram ao longo dos séculos. Isso em razão de as transformações sociais terem conduzido à noção de que “o poder só, não basta”, consoante Thomas Fleiner-Gerster (2006, p. 241): era necessário algum anteparo institucional em prol de segurança jurídica. Com efeito, mais do que certezas do que buscavam, os atores políticos e sociais e os pensadores que conduziram a formatação da estrutura de Estado moderno europeu acreditavam que alguns caminhos de outrora não seriam mais compatíveis com as crenças legadas e erigidas ao longo dos séculos XVI e XVII.

A este respeito, destacou-se o apogeu da razão científica como bastião fundamental da vida europeia, não mais determinada pelos desígnios do cristianismo. Conforme apontado, o paradigma teológico era determinante em todas as relações estabelecidas: do rei que se legitimava como sucessor de Adão para tomar decisões coletivas às classes menos privilegiadas que aceitavam tal destino; da igreja que expandia seu espectro decisório para o campo da moral e dos costumes que formatavam uma sociedade à luz da palavra divina e da tradição episcopal. O sistema feudo-vassálico, por sua vez, era o modo de organização social e política da época, no qual o centro de poder e riqueza foi transferido da cidade para o campo, e o bastião do viver se tornou a dos *oratore*, *bellatore* e *laboratore* (religiosos, guerreiros e trabalhadores), conforme Jacques Le Goff (1992, p. 57).

No entanto, os sucessivos golpes a esta pilastra (desferidos pelos humanistas, reformadores, soberanos e iluministas) foram rompendo com sua vitalidade, a ponto de não ser possível mantê-la de pé: findo o seu império, restavam à sociedade modelos sociais, políticos e jurídicos que ainda se pautavam nas tradições de outrora. Com o estandarte de um novo modo de ser e pensar que foi se tornando a regra, especialmente a partir do século XVI, a

exclusividade do paradigma cristão perdeu sua força enquanto um modo secularizado de estabelecer relações foi se afirmando como a regra geral.

A este respeito, em especial por este capítulo objetivar a construção analítica da notável teoria da separação de poderes (ou também separação das funções estatais), mostra-se elementar a organização da ideia de poder para que dela possa se compreender o seu *locus*, usos e abusos. Assim, serão traçadas as duas categorias que contribuíram, de modo fundamental, para a consecução da noção de relações recíprocas, ou do poder liquefeito na estrutura e instituições do Estado: o republicanismo e o liberalismo. Assim, neste princípio de capítulo, a abordagem destes temas constituem desafio especial. Veja-se que a tônica elementar ainda se mantém entre poder e direito: a separação de poderes representa o ápice da tentativa republicana – de não-dominação, pelo papel que os cidadãos exercem na construção das leis e seu respectivo exercício – e liberal – de garantia das liberdades fundamentais – de contenção do poder pelo direito.

Do enfraquecimento do absolutismo à Constituição republicana e liberal: esta é a trajetória elementar a ser percorrida ao longo deste capítulo. A separação de poderes é inserida como um dogma e corolário deste sistema ao estabelecer a despersonalização e controle do poder político, principal objetivo de liberais, republicanos e federalistas ao longo dos séculos XVIII e XIX no afã de se obter maior segurança jurídica e salvaguarda das liberdades políticas. É o que anota Carl Schmitt em seu *Teoria da Constituição*: “o *telos* da Constituição liberal é, primeiramente, não a potência e o esplendor do Estado, não a glória, segundo a divisão de Montesquieu, mas a liberdade, proteção dos cidadãos contra o abuso do poder público”⁴⁸. A sua constitucionalização lhe converteu de teoria política a princípio de organização do Estado.

Ao considerar que grande parte destes temas estão inseridos em abordagens da filosofia política, esta, por sua vez, será o instrumental perfeito para abordagem de tais temas, ante a sua potencialidade de análise crítica dos fenômenos políticos. Contudo, sempre oportuna a advertência feita por Michel

⁴⁸ Tradução nossa. No original: *Su sentido y finalidad, su 'telos', es, en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la gloire, según la división de Montesquieu, sino la libertad, protección de los ciudadanos contra el abuso del Poder público* (SCHMITT, 1996, p. 138).

Foucault em uma de suas aulas no *Collège de France*, quando discorria sobre o pensamento platônico e sua conhecida alegoria do rei-filósofo: “filosofia e política devem estar numa relação, numa correlação, não devem nunca estar numa coincidência”. Em outras palavras, “a filosofia tem de dizer a verdade em relação à política, ela não tem de dizer o que a política tem verdadeiramente de fazer” (FOUCAULT, 2010, p. 262).

Na lógica do filósofo francês, a grande valia do exercício filosófico não é o de transmitir a verdade *sobre* o poder, colocando-as em rota de colisão, mas *em relação* ao poder; não dizer o que a política deve fazer, mas sim pensar acerca da ação política, isto é, questioná-la para conhecer seus meandros e possibilidades; buscar explorar novos caminhos e possibilidades pela crítica dialógica e construtiva.

2.1. ESTADO, DIREITO E PODER

Em se tratando do poder, suas observações nos fascinam há milênios, seja do ponto de vista teórico ou ainda pela ótica da prática dos acontecimentos. A palavra é de semântica abrangente: pode transmitir o sentido de capacidade, manifesta em uma ação humana ou em fenômenos naturais; pode significar a relação entre mando e obediência (no que toca a sociologia), estar atrelada à soberania (ponto de vista jurídico) e adquirir diversos outros significados em sentido filosófico e político. A pretensão aqui é lhe compreender especificamente naquilo que nos auxiliará para a construção da separação de poderes tendo por base as teorias republicana e liberal, já nos idos do Estado moderno.

É preciso pontuar, desde então, que o legado republicano reforçou a ideia da necessidade de o poder ser dividido, ampliando, deste modo, seu controle. A razão desta regra, muito cara aos pensadores de tal período, é que se o poder tende a corromper, o poder absoluto tende a corromper absolutamente, não servindo aos interesses da maioria, mas, ao contrário, tornando-se uma espada de Dâmocles que pende sobre suas vidas⁴⁹.

⁴⁹ Um dos autores que melhor explorou a malignidade do ser humano foi Arthur Schopenhauer, para quem o Estado deve ser visto como uma focinheira a constranger esse animal raivoso. Em suas palavras, extraídas de *Sobre a Ética*: “o homem é no fundo um animal selvagem, terrível. Nós o conhecemos meramente no estado subjugado e domesticado que se denomina

Ao seguir tal disposição negativa, o constitucionalista alemão Karl Loewenstein (1983, p. 28) observa que o poder político precisa ser limitado, uma vez que “carrega consigo mesmo um estigma, e somente os santos entre os detentores do poder – e onde se pode encontrá-los? – seriam capazes de resistir à tentação de abusar do poder”. Tal é a tônica que conduz o pensar republicano na formação do Estado moderno. E, por esta razão, a essência da teoria da separação de poderes, como relações que se opõem e se controlam de modo recíproco, é um dogma irretorquível entre os pensadores políticos do período, verdadeira muralha que contém a malícia humana enclausurada apenas em Dite.

Embora o enfoque seja o período moderno da história, todo o legado semântico e quase toda a tradição conceitual do tema em apreço remontam a Aristóteles. Primeiro, porque o termo política, que tem sido usado há mais de dois milênios para indicar as atividades essenciais à manutenção da *polis*, tornou-se historicamente conhecido em grande medida por intitular um de seus livros⁵⁰. Neste sentido, é famosa a sua acepção “o homem é naturalmente feito para a sociedade política”, comumente traduzida como o homem é um *animal político* (ARISTÓTELES, 2006, p. 04). Além da palavra em si, no que toca às formas de poder, o polímata estabeleceu sua análise na clássica divisão de poder paterno, despótico e político, partindo do critério a quem favorece o exercício do poder, formulação que se tornou célebre aos pensadores da política.

Com efeito, não obstante às formas paterna e despótica, a abordagem do poder político ganha contornos mais analíticos por parte do pensador. Ele sabia que este poder demandava cuidado especial para seu exercício, uma vez que a finalidade do Estado não seria apenas permitir o viver juntos, mas “o bem viver juntos” (2006, p. 53). Assim, a fronteira do poder político sempre poderia ser fagocitada pelas outras duas dinâmicas, que se exercem no espaço de domínio do lar em que o senhor é monarca absoluto em sua família. O poder exercido na

civilização: por isso nos apavoram as eventuais irrupções de sua natureza. Mas onde e quando a fechadura e a cadeia da ordem legal se rompem e a anarquia se instaura, então se mostra o que ele é” (SCHOPENHAUER, 2012, p. 52)

⁵⁰ Na verdade, todos os escritos atribuídos a Aristóteles são anotações das suas aulas, proferidas no Liceu. Deste modo, tudo o que recebemos como legado do estagirita não foram escritos por ele.

polis, o *bios politikos*, ao contrário, não distingue qualquer cidadão, mas os considera perfeitamente iguais. E por qual razão a manutenção do poder político é tão fundamental para Aristóteles? O espaço da *polis*, de cidadãos iguais, era o único em que se podia ser verdadeiramente livre, sem a relação entre dominantes e dominados como naturalmente afeito às demais modalidades da organização social.

Na modernidade, tal regra tripartite aristotélica sofreu alterações. Em Norberto Bobbio (2000, 162-164), encontramos notável consideração acerca do uso do poder como mecanismo condicionante de ações, distribuído também em três categorias (econômico, ideológico e político) para se perfilhar à clássica análise do polímata greco-macedônico.

De fato, o poder econômico se funda na posse, por parte de um grupo minoritário, de determinados bens dos quais a maioria tem necessidade de seu uso para a obtenção, como contrapartida, de meios de sobrevivência (alimento, auxílios, salário, entre outros). O seu manancial surge quando os possuidores têm a oportunidade de ditar o comportamento dos desprovidos. A despeito de estar presente em toda a história, como no caso do feudalismo, esta forma de poder se tornou aguda com a revolução industrial e a vitória do capitalismo⁵¹.

O autor referencial a esta análise é Karl Marx e sua conhecida teoria da mais-valia. Segundo o autor alemão, a sociedade de classes de sua época se dividia entre capitalistas e latifundiários, de um lado, e operários e camponeses de outro. A revolução industrial tornou inócuo o trabalho artesanal, fazendo com que o vigor natural dos trabalhadores só servia para dar forma ao produto final das indústrias com a necessária utilização dos meios de produção pertencentes à primeira classe. Com efeito, o aluguel de força de trabalho tornava operários e camponeses também mercadorias, uma diferença fundamental para com a escravidão.

⁵¹ Thomas Piketty, em *A Economia da Desigualdade*, referenda tal afirmação. Segundo ele, “a partir da Revolução Industrial, e, sobretudo, a partir dos trabalhos de Karl Marx (1818-1883), a questão da desigualdade social e da redistribuição de renda é tratada quase sempre em termos de oposição entre capital e trabalho, lucros e salários, patrões e empregados. Assim, a desigualdade é descrita como uma oposição entre aqueles que detêm o capital – isto é, os meios de produção – e recebem seus rendimentos e aqueles que não o detêm e devem contentar-se com a renda de seu trabalho. A fonte fundamental da desigualdade seria, portanto, a distribuição desigual da propriedade do capital” (PIKETTY, 2015, p. 35).

Em sua relação com o feudalismo, o vassalo sabia quantos dias precisava trabalhar em um ano para quitar os impostos com o senhor e o rei, cálculo de impossível realização no capitalismo. Por isto, Marx afirmava que este seria o único dos sistemas econômicos (em relação ao escravocrata e feudal) no qual os indivíduos não sabiam ou não podiam precisar a extensão de sua exploração: a mais-valia é o lucro que os donos dos meios de produção obteriam pelo excedente na relação entre o aluguel da força de trabalho e o trabalho desempenhado e não-remunerado.

Se na forma anterior o critério essencial da relação está na posse desigual de bens por um grupo em relação aos restantes, o poder ideológico, por sua vez, funda-se sobre ideias. Assim, determinadas pessoas, investidas com alguma autoridade (eclesiástica, científica, política) e um modo peculiar de atrair a atenção social, emanam leituras de determinados temas e obtém, não apenas o convencimento das demais, mas principalmente o condicionamento de suas condutas. Em etapa mais avançada, tais lideranças conseguem também ampliar a coesão social, transformando e caracterizando aquele grupo de acordo com a sua forma de pensar.

Ao que consta, tal poder, apontado por Bobbio, soa como uma mescla entre as conhecidas formas de dominação tradicional e carismática de Max Weber. O sociólogo alemão definiu o domínio como a “possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria”, que não se confunde com o mero domínio – a despeito de o Estado tomar para si o monopólio dos aparatos de violência –, mas busca a submissão genuína ao poder soberano (WEBER, 2004, p. 188). Neste sentido, surgem as conhecidas formas de dominação legítimas: legal, tradicional e carismática. O domínio legal ou jurídico-racional se funda na legalidade que legitima todos aqueles que foram investidos no poder político a tomar decisões pelos demais. O tradicional extrai sua força da sacralidade dos costumes, que pode se valer do direito ou não, isso é, na hipótese em que os líderes se orientam segundo a tradição. Enquanto estas duas ainda encontram algum tipo de limitação (pelo direito ou pelos hábitos do passado), a dominação carismática se vale da devoção à valores pessoais transcendentais, formando discípulos ao invés de cidadãos. Ao questionar a ordem vigente, seu *modus operandi* é incendiário, tendo em vista a busca por

ruptura da ordem pretérita para a instauração de uma nova sociedade que dialogue com as pretensões carismáticas (pessoais).

Já o poder político é o mais coativo de todos em sentido estrito, pois se funda sobre a posse de instrumentos que exercem coação física de maneira exclusiva e legítima. Esta é a faceta mais peculiar do conceito weberiano de Estado⁵². A força e a violência desde sempre são notáveis instrumentos de domínio, pela sua facilidade e eficácia em determinar comportamentos. A lógica iluminista, todavia, consolidou a necessidade: 1) de justificação para o seu uso; 2) e da aplicação apenas por autoridades competentes para tanto. Esta é a formulação mais elementar do direito penal e processual penal no afã de distanciar-se de um passado que enunciava a pura vingança ou ainda as práticas do antigo regime que foram objeto de consideração pelos iluministas, nos idos do século XVIII.

A este respeito, o historiador Carlo Calisse (1895, p. 22), ao abordar o procedimento penal e a classificação dos crimes no contexto italiano daquele século, aponta a existência de crimes eclesiásticos, seculares e comuns. A maioria das condutas eram consideradas públicas (o adultério, por exemplo, perpassava os três procedimentos), o que lhes acrescia de maior carga repressiva. Com relação às penas, Calisse lembra a existência das ordinárias (previstas em lei), extraordinárias (que eram arbitradas pelos juízes), infamantes e não-infamantes, variando segundo seu grau de reprovação (leves, graves e gravíssimas).

Embora possa parecer à primeira vista um sistema organizado e que se aproximava do que vige na atualidade, a justiça penal no antigo regime encontrava muitos desafios, como a inexistência de acordo entre os juristas quanto ao enquadramento da conduta, a natureza do crime, a dosimetria (que poderia variar segundo a posição social de qualquer uma das

⁵² Nas palavras de Weber (1968, p. 56): “Em nossos dias, a relação entre o Estado e a violência é particularmente íntima. Em todos os tempos, os agrupamentos políticos mais diversos – a começar pela família – recorreram à violência física, tendo-a como instrumento do poder. Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. É, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere; o Estado se transforma, portanto, na única fonte do direito à violência”.

partes) e a própria eficácia do cumprimento das penas⁵³. Era comum que restasse aos magistrados a decisão sobre todos estes elementos, o que lhes conferia poder quase absoluto. Por tal razão, iluministas do jaez de Montesquieu e Beccaria apregoavam com veemência a figura do juiz autômato, ou seja, aquele que deveria ter seu campo de exercício limitado pela legislação.

Em face de todo o exposto, o poder é associado com a possibilidade de condicionar comportamentos, seja pela posse de instrumentos, pela influência ou pela via coativa. No que toca especificamente ao poder político, a noção apresentada fundamenta o conceito de soberania, responsável pela construção do Estado em suas facetas interna e nas relações internacionais. A soberania é um dos três elementos tradicionais do Estado moderno (somado a território e povo), e seu intento é racionalizar o mero poder de fato para lhe converter em jurídico, legitimando-o (MATTEUCCI, 2011, p. 81). Em outras palavras, ao refletir o monarca que concentra em si toda força propulsora política e jurídica estatal, o Estado moderno nasceu da faceta absoluta do poder, como o poder de mando em última instância. Para tanto, o instrumento legítimo de aplicação da violência deveria ser o direito, o que, por via de consequência, fortaleceu o monismo jurídico, isto é, o processo de monopolização do Estado em dizer o direito através de sua legislação.

Com base em tais critérios, a leitura de poder localizada no Estado moderno tem a violência como um elo fundamental. Tornar-se-ia inaplicável, desta maneira, a noção aristotélica apontada no início deste capítulo, em que a esfera pública seria caracterizada pela inexistência de domínio. Porém, não podemos dizer que ela deixou de ser teorizada – ou quiçá atualizada – em nosso contexto moderno. Dois pensadores da filosofia política, ao longo de suas obras, buscaram extrair a violência do poder e compreender a sua extensão em sua forma essencial. São eles: Montesquieu e, mais recentemente, Hannah Arendt.

Tratemos primeiro de Arendt, que delimita o poder entre a sua condição perfeita sob o viés da pluralidade e a sua forma degenerada, ou seja, quando

⁵³ O historiador Giovanni Tarello (2011, p. 219), tendo em vista esta transição entre as práticas medievais e uma estrutura mais condizente com o jusnaturalismo iluminista, indica cinco vetores que definiam a reconfiguração dos aparatos no período da reforma: 1) Existe um direito de punir? 2) Se sim, a quem pertence? 3) Em face de quem se aplica? 4) Quais punições são lícitas? 5) Como se executam tais punições?

perde sua essência e se confunde com noções de domínio e violência. Neste caso, restaria apenas a tirania, que reúne em si a força aplicada sobre todos e tem como resultado a impotência. Na prática, os governos tirânicos são antipolíticos, seja do ponto de vista do domínio público, mas também da condição individual das pessoas, que é plural apenas quando se permite em um espaço de liberdade.

Desta forma, o que seria então o poder para Arendt? Como afirmado, ele surge quando as pessoas agem em conjunto (*act in concert*). Poder e liberdade, em sua obra, são temas complementares. Para sua devida compreensão, é necessário lançar os conceitos de ação e de vida ativa. Desde os gregos, compreende-se que as duas condições elementares de nossa vida são a ação (vida ativa) e a contemplação (vida contemplativa). Em outras palavras, esta divisão significa tudo o que fazemos ativamente no mundo físico que nos rodeia e também as atividades de nosso pensamento. Para tornar mais didática esta compreensão, Arendt, dividiu cada uma destas atividades em outras três: a vida ativa é formada por trabalho, obra e ação, enquanto a vida contemplativa é formada pelo pensar, querer e julgar. Dada a análise que nos interessa neste momento, conferiremos enfoque apenas à primeira tríade.

Com base no pressuposto de que a vida ativa tem o mundo como seu palco, a filósofa aponta que o trabalho envolve a satisfação de nossas necessidades biológicas para conservação de nossas vidas, a obra é tudo o que fazemos no mundo para trazer mais conforto e durabilidade em nossas vidas, potencializando nossos feitos, enquanto a ação traz a novidade ao mundo tendo por base a relação dialogal entre as pessoas.

Para ficar mais claro, voltado para a manutenção da vida, o trabalho está condicionado aos ciclos próprios do viver. Os bens produzidos por esta atividade perecem de modo quase imediato, pois visam satisfazer o custo de cada indivíduo se manter vivo⁵⁴. Do ponto de vista político, o trabalho é a mais privativa de todas as atividades da vida ativa, pois se vincula a necessidade de sobrevivência de cada um: ainda que esteja entre outros, aquele que permanece apenas no trabalho – chamado por Arendt de *animal laborans* – não consegue

⁵⁴ Neste sentido, “o trabalho produz bens de consumo, e trabalhar e consumir são apenas dois estágios do sempre recorrente ciclo da vida biológica” (ARENDR, 2005, p. 180).

desenvolver o potencial da pluralidade, vez que o coletivo se perde na pura e premente salvação de si.

A segunda atividade é a obra, que retrata a construção de um mundo artificial de coisas em meio ao natural. A fabricação de objetos e a transformação do ambiente conferem identidade e durabilidade ao caráter efêmero de nossas vidas. Como é possível presumir, enquanto a dinâmica laboral é cíclica, ao cuidar de bens de consumo imediato, o tempo para a atividade da fabricação é linear, pois gera objetos de uso que podem ser preservado por gerações. Assim, o *homo faber*, entusiasta da fabricação, tem como característica a desnaturação: ao construir o artifício humano, é necessário que se viole e destrua o mundo à sua volta, que se quebre a harmonia natural entre as espécies para forjar a mundanidade humana.

Por fim, a atividade que mais nos interessa: a ação, aquela que ocorre entre as pessoas. Para Arendt, esta atividade é uma resposta à nossa natalidade: sendo únicos, todos somos portadores da novidade no mundo. Agir é iniciar, dar impulso ao novo⁵⁵, e cada pessoa pode ser responsável por este movimento. Enquanto o foco do *animal laborans* é lutar pela sobrevivência e do *homo faber* é tornar sua existência durável, a dignidade das pessoas se completa apenas com ação, quando os indivíduos confirmam sua individualidade ao interagir com/no mundo.

Conforme Adriano Correia (2018, p. 159):

Agir é iniciar algo novo, reafirmar a natalidade e a singularidade do agente, desencadear uma nova série de eventos em uma teia de relações humanas; é revelar-se, dar a ver a identidade distinta do agente (seu quem), afirmar a pluralidade do mundo comum; é experimentar, ao mesmo tempo, a liberdade e a não-soberania nas infortunas da ação (a ilimitabilidade, a ambiguidade, a irreversibilidade, a imprevisibilidade), que são redimidas, na medida das coisas humanas, no próprio âmbito da ação.

Como se dá com base na união de pessoas, a condição da ação é a pluralidade de agentes discursivos. Para tanto, demanda-se a instituição de um

⁵⁵ É curioso que a atividade da ação em Hannah Arendt possa ser tão bem expressa com João Guimarães Rosa em *Grande Sertão: Veredas*: “Um menino nasceu – o mundo tornou a começar!...” (ROSA, 1994, p. 668).

“espaço” comum no qual os indivíduos possam agir e construir sua individualidade em relação aos demais. O domínio público e todo seu aparato institucional e político é consequência desta interação, ele é o *locus* da pluralidade, o que Arendt denomina de *espaço-entre* (*in-between*).

A razão de as pessoas se unirem em âmbito público é alcançar a liberdade. Nos termos de Arendt, o sentido da política é a liberdade. Mas e o poder? É o resultado de tal conjugação. Em *Sobre a Violência*, Arendt apresenta um salutar comentário deste fenômeno:

O *poder* corresponde a habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está “no poder”, na realidade referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome. A partir do momento em que o grupo, do qual se originara o poder desde o começo (*potestas in populo*, sem um povo ou grupo não há poder), desaparece, “seu poder também se esvanece” (ARENDR, 1994, p. 36).

Não obstante, ao expor os alicerces deste conceito, podemos inferir que o poder surge quando as pessoas se unem com a finalidade de agir, e desaparece com a sua dispersão. Assim, ele não possui existência material para dele alguém ser investido: ao contrário, pertence às pessoas e sua chama se mantém ardente enquanto elas estiverem agindo unidas. Embora seja romântico crer em heróis, sua humanidade é idêntica à de qualquer um: o seu êxito se deveu à legitimidade perante um grupo que se impôs sobre os demais, pelo poder ou pela violência, ou talvez por seu vigor fora do comum, jamais por forças sobrenaturais. Para Arendt, portanto, sendo a pluralidade sua condição, caso restasse apenas um ser humano em todo o planeta, o poder se perderia para todo o sempre: haveria apenas o vigor físico daquele solitário, jamais o poder, que teria se perdido para todo o sempre.

Como um cântaro de poder somado de ação conjunta, sua manutenção pode ocorrer pela força das promessas e pactos que se mantêm enquanto dispõem de força normativa para serem cumpridos, oferecendo alguma estabilidade no oceano de incertezas que constitui a história humana. Contudo,

ao serem violados, perdem sua legitimidade. O risco, daí por diante, é que todo o poder conservado no momento do acordo – e sancionado em um documento jurídico, como uma Constituição – se esvaneça e reste apenas a pura violência para manutenção da estrutura governamental: neste caso, o pacto se transformaria em mero epitáfio a enaltecer um poder póstumo, sepultado pelo domínio. Por conta de tal dinâmica entre poder e pactos é que as instituições políticas são “manifestações e materializações do poder; elas petrificam-se e decaem tão logo o poder vivo do povo deixa de sustentá-las” (ARENDDT, 1994, p. 34).

E a violência? Arendt dirá que nada é mais antigo na história da filosofia política do que ler o poder não como ação, mas como fabricação (segunda atividade da vida ativa). De uma só vez, eliminam-se os malogros⁵⁶ da ação e se anula a pluralidade, permitindo-se pensar a política e o poder como categorias de objetos a serem construídos pelo domínio, exatamente como ocorre com a fabricação.

Se o caminho para localizar o poder soa deveras complexo, mais simples é pensar no que ele não é. Parece natural confundi-lo com violência ao lhe lançar na equação de mando e obediência, histórica ao menos desde a relação entre pais e filhos. Transposta para o governo, o poder foi lido como resultado da conquista de um grupo, e a possibilidade de seu enfraquecimento deflagrará a violência para reconquistá-lo. Poder e violência assumem-se, desta maneira, como o ponto de apoio arquimediano no qual todo o complexo político se sustenta. É a conclusão de Mario Stoppino, por exemplo, no qual a violência tem um papel crucial para a política graças à sua eficácia em condicionar comportamentos, seja pela sanção física aos insurgentes, seja ainda pela sua capacidade de servir como instrumento de ameaça (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1292-1293).

⁵⁶ Segundo Arendt (2010, p. 277), o agir possui três características ínsitas que lhes são ínsitas: a imprevisibilidade quanto aos resultados, que somente se revela quando a ação atinge o seu fim, como o movimento de maio de 1968, iniciado como uma revolta estudantil e quase levou consigo o presidente francês, Charles De Gaulle; a irreversibilidade do processo, devido ao caráter ilimitado da ação que se alastra continuamente e se propaga entre os indivíduos; e o anonimato dos autores, uma vez que as estórias resultantes da ação e do discurso sempre revelam muitos agentes, mas não se pode precisar quem deu início a tal ação. Estas frustrações decorrem da pluralidade: quanto mais livre ela for, mais a ação tem o poder de se alastrar. A violência da fabricação, neste sentido, buscou colmatar o agir aos interesses governamentais.

Por tudo que foi exposto de Hannah Arendt, é flagrante que em sua concepção a violência, ao impedir o livre agir em concerto na esfera pública, não apenas viola o poder, mas é sua própria contradição. Segundo a autora, a violência não constitui um fim em si, mas é um instrumento e sempre pode destruir o poder. E “embora a violência seja capaz de destruir o poder, jamais pode substituí-lo”, uma vez que nenhum governo se funda exclusivamente nela (ARENDR, 2010, p. 252).

Por que explicar a vida ativa e localizar neste domínio o poder em Hannah Arendt? Porque esta separação entre poder e violência, como apontamos, não é exclusividade do pensamento desta filósofa. Além de Aristóteles, há pelo menos outro autor, muito caro ao capítulo desta pesquisa, que, antes dela, já delineava tal distinção: Montesquieu. A própria Arendt anota este fato: “oculta sob a descoberta dos três ramos do governo [...] repousa uma visão de vida política na qual o poder está completamente separado de toda conotação de violência”. E arremata: “apenas Montesquieu tinha um conceito de poder que se encontrava absolutamente fora da categoria tradicional de meios e fins” (ARENDR, 2011b, p. 282).

De fato, Montesquieu inovou a teoria política ao estabelecer princípios motrizes às formas de governo indicadas em *O Espírito das Leis*. Para ele, não bastava investigar a natureza de um governo – a tradicional distinção com base no conjunto dos que participam do governo –, mas também seu princípio, isto é, “o que o faz agir” (MONTESQUIEU, 2000, p. 31). O pensador francês, com isto, indicava que: 1) no seio de qualquer governo existe a ação de seus cidadãos; 2) que as formas em si – república, monarquia, tirania – são apenas estruturas em potência, que dependem de seu princípio de movimento para produzirem efeito; 3) e ainda que as formas não seriam imutáveis e acabadas, mas se transformariam conforme o curso da ação política. Prova disto é que não basta importar um determinado instituto político ou jurídico de um país a outro: seu funcionamento será diferente, pois os contextos e os agentes são peculiares⁵⁷.

⁵⁷ As criações constitucionais de gabinete são aquelas que não possuem lastro prático, isto é, fundadas apenas no formalismo e no legalismo. O Brasil, de modo especial, tem uma tradição histórica em importar institutos jurídicos que funcionam bem em seus contextos e que, ao final, não apresentam o mesmo resultados por aqui. São inúmeros os casos, mas pensemos apenas no federalismo, importado dos Estados Unidos.

Com efeito, Montesquieu (2000, p. 31-40) compreendeu o movimento de participação política como seu epicentro⁵⁸. Assim, o poder adquiriu um status diferenciado ao trazer para o centro da arena o seu princípio motor fundado na ação. Se o poder não é fator sobrenatural de alguns ou mesmo um instrumento, cada forma de governo teria seu funcionamento baseado em um vetor de ação diferente, pois diversa também é a forma de organização e atuação das pessoas no interior do Estado.

O pensador francês descreve, no *Espírito das Leis*, que o princípio fundamental de um governo popular é a virtude, por todos estarem submetidos à lei, inclusive o chefe de Estado, algo que não ocorre em uma monarquia. Pela virtude, entende-se o espírito de doação individual em prol do interesse público, ainda que em prejuízo pessoal⁵⁹. E de que modo se desperta tal status virtuoso nos cidadãos? Jean-Jacques Chevalier (1999, p. 129), em análise ao pensamento montesquiano, tem a resposta: “eis por que no governo democrático se requer a onipotência da educação, para imprimir nas crianças a renúncia a si mesmo, sempre muito penosa, o amor das leis e da pátria que exige contínua preferência do interesse público ao próprio”.

Já a aristocracia demanda moderação por parte dos nobres, grupo capaz de violar a lei que regulará a vida do povo. Embora possa ser ambivalente, tendo em vista a mola propulsora desta forma de governo, os nobres aqui constituem a parcela de valia para a política, por imprimirem a igualdade neste Estado de natureza desigual. Sua diferença com a monarquia é marcante, pois, na visão de Montesquieu, ela depende de boas leis, em razão de raros serem os virtuosos: seu princípio motor é a honra, que se perfaz por meio de condecorações e preferências. São poucos os virtuosos em razão de se buscar, como finalidade das ações públicas, unicamente tais distinções pessoais.

Por fim, o princípio motor do despotismo é o temor, haja vista ser desnecessária a virtude, vez que não há esfera pública participativa, e perigosa seria a honra, pois o déspota a rejeita com todas as suas forças, vigilante que é

⁵⁸ Consoante Hannah Arendt, em referência a estes princípios de Montesquieu que alicerçam as formas de governo, a política “não pertence meramente aos governantes, não se mostra apenas nos feitos registrados das nações e nunca é exaurido no processo de governar e ser governado” (ARENDR, 2011b, p. 282-283).

⁵⁹ Virtude, consoante Montesquieu (2000, p. 35), é o amor à pátria, desejo de verdadeira glória, renúncia de si mesmo, sacrifícios de interesses mais caros e outras virtudes heroicas.

de qualquer espírito que ouse questionar sua legitimidade. A única regra passível é a obediência pelo medo. Entre o governo republicano e o despotismo, todavia, há uma ponte que os conecta pela igualdade: “mas é para esclarecer, de um só traço fulgurante, que no republicano, são iguais por serem *tudo* e, no despotismo, porque *nada* são” (CHEVALLIER, 1999, p. 131).

Deste modo, para esta forma de pensar o poder, subjaz a toda forma de governo uma força que lhe confere ânimo. Tal arquétipo tem no agir das pessoas o lastro político necessário e suficiente para alicerçar o governo estatal e suas instituições.

Era candente, ao longo do século XVII, a discussão acerca da fonte de legitimidade do poder: adviria de Deus ou de instituições imanentes, como o direito? No centro deste debate, estava o interesse dos monarcas absolutos, no afã de resguardar suas prerrogativas. Contudo, já não contavam com o prestígio e a autoridade que dispunham anteriormente. Recorrer aos títulos reais do passado, como a de representante divino na Terra, apontava David Hume, nos idos do século XVIII, no mínimo resultaria em gargalhadas de todos⁶⁰. E como falaremos a seguir, desde o século precedente a Hume já havia na Inglaterra o presságio de diferentes correntes de pensamento que buscavam reformular a monarquia ou ainda refundar o Estado com base em critérios republicanos.

Como legado do humanismo, e motivados por tais transformações às suas voltas, aflorou-se em âmbito jurídico o debate jusnaturalista, que, por vezes, recebe críticas quando analisado em comparação ao positivismo jurídico. As diferenças entre estas modalidades de dizer o direito são claras, principalmente no que se trata a validade das normas: enquanto o jusnaturalismo defende que alguns direitos deveriam valer por si, independente de uma ordem jurídica, as normas positivas demandam uma autoridade legítima e um procedimento para sua criação⁶¹.

⁶⁰ Tradução nossa. No original: *Most people in this island have divested themselves off all superstitious reverence to names and authority: the clergy have lost their credit; their pretensions and doctrines have been ridiculed; and even religion can scarcely support itself in the world. The mere name of king commands little respect; and to talk of a king as God's vicegerent on Earth, or to give him any of those magnificent titles which formerly dazzled mankind, would but excite laughter in every one* (HUME, 1862, p. 30-31) .

⁶¹ Hans Kelsen (2000, p. 558-559) é preciso em apontar que “ao contrário das regras do Direito positivo, as regras vigentes nesta “ordem natural” que governa a conduta humana não estão em vigor por terem sido criadas “artificialmente” por uma autoridade humana específica, mas sim

Contudo, ao se estabelecer um paradoxo entre a noção de direito natural e toda a estrutura teológica que construiu a sociedade europeia e ainda resistia bravamente em prol de sua manutenção, é forçoso reconhecer a sua essencialidade no que toca a busca por caminhos de justificação do direito em vias diversas às transcendentais ou sobrenaturais. O jurista italiano Luigi Ferrajoli (2010, p. 801) expressa e resume de forma muito satisfatória tal embate: “na falta de um sistema formalizado de fontes positivas, a fonte de legitimação do Direito e o objeto da ciência jurídica não era o Direito *positum* de uma qualquer *auctoritas*, mas precisamente a sua *veritas* ou *natura*”.

Nesta toada, passou-se a pensar em novos fundamentos de validade da ordem jurídica para além do divino, como no caso do contrato social, um mecanismo de abstração que legitimaria o início de nova sociedade a partir de critérios e direitos defendidos por cada autor como sendo fundamentais para a consecução de objetivos gerais, como a paz, a segurança e a liberdade. Se o fundamento de validade não seria o monarca legitimado por Deus, qual seria?

Este é, sem dúvida, um dos debates mais interessantes na tríade Estado, direito e poder. Tendo diante de si o contexto britânico, Quentin Skinner (2011, p. 11-37) descreve um interessante movimento pendular na doutrina inglesa entre os séculos XVII e XVIII. O legado absolutista na Inglaterra ainda era bastante forte, mas já se fazia perceber entre os intelectuais uma tendência de que os governantes mantivessem seus estados com o custo de desenvolver o corpo político, isto é, *proteger seus súditos*.

Dois flancos foram abertos nesta discussão em defesa do absolutismo monárquico. O primeiro emergiu da linha que defendia a *universitas* do povo, porém seus direitos políticos estariam alienados ao governante caso lhe tenha sido outrora concedido (defendiam esta noção Vitória, Belarmino, Suárez e Kellison). A outra tradição é a do direito divino dos reis, cujo principal expoente foi Robert Filmer, já apontado no capítulo anterior e que dialogava com o passado de forte apelo do cristianismo nas decisões político-governamentais.

porque emanam de Deus, da natureza ou da razão, e são, desse modo, boas, certas e justas. Neste ponto entra a “positividade” de um sistema jurídico, em comparação com a lei da natureza: ele é feito pela vontade humana - um fundamento de validade totalmente estranho ao Direito natural, porque, na condição de ordem “natural”, este não é criado pelo homem e pela sua própria pressuposição, não pode ser criado por um ato humano”.

Em contraste a estas duas noções absolutistas amplamente defendidas no limiar daquele século, Skinner comenta o desenvolvimento de uma teoria do Estado de cariz populista, refratária à necessidade de um soberano condutor. Neste caso, a noção de um corpo político acéfalo, que demandava um guia para a sua condução perdia o sentido: várias eram as comunidades políticas na Europa, já naquela época, que eram governadas por uma assembleia legislativa, como a Suíça e estados italianos, especialmente Veneza. Mas os olhos de seus defensores se voltavam para Roma ao enunciar o modelo republicano. A verdadeira glória cívica estaria na liberdade do autogoverno, sob pena da submissa clausura à boa vontade do soberano⁶².

Aqui já podemos observar um traço da onda que espreitava as instituições naquele momento, isto é, atrelar o poder ao povo que constitui a base do Estado. Ainda segundo Skinner (2011, p. 21-22), o primeiro inglês a tomar este caminho, que se mostrou sem volta, foi Henry Parker, em 1640, quando publicou uma série de tratados sobre questões políticas, dentre elas, a relação entre monarquia e o Parlamento. Em linhas gerais, o teórico inglês questionava: “qual o quinhão do rei, e qual o quinhão do estado?”. Ao final, defendeu que a *universitas* do povo era a verdadeira detentora do poder, sendo o rei um servo do Estado, e que o poder soberano residia no Parlamento, seu corpo representativo.

Por óbvio, o conjunto destas ideias teve grande repercussão, tendo sido defendida com veemência pelos próprios parlamentares, ávidos por continuar seguindo o caminho para afirmação de uma monarquia constitucional, o que de fato ocorreu graças a limitação do poder pelos importantes e históricos documentos que foram publicados ao longo daquele século⁶³. A Inglaterra é tida

⁶² O tema do republicanismo será tratado logo adiante. A questão a liberdade republicana está no cerne destes pensadores, que viam no autogoverno – o povo legislar para si – uma das chaves para conter eventuais avanços despóticos.

⁶³ É lugar comum na doutrina jurídica indicar a Inglaterra como a pátria das liberdades, por seu protagonismo normativo em face do poder absoluto e discricionário do rei, já como reflexo da Magna Carta no longínquo ano de 1215. O século XVII marca capítulo único em toda esta construção da monarquia constitucional, pela publicação de três documentos referenciais ao tema. A Petição de Direitos de 1628 se originou no contexto da Guerra dos Trinta Anos, quando Carlos I impôs à Câmara dos Comuns a liberação de recursos financeiros hábeis a financiar sua luta contra a Espanha. A Câmara considerou que tal atitude violava o espírito da Magna Carta e aprovou a Petição, passo importante para o fortalecimento do Parlamento. São prismas deste documento jurídico: que não se pode criar tributos sem o prévio consentimento do Parlamento; que não se pode prender ou espoliar os bens de qualquer pessoa sem uma causa; ainda, que

como o primeiro país europeu a estabelecer normas limitadoras do poder monárquico. Desde a invasão da Normanda, em 1066, os barões do reino adquiriram uma força considerável a ponto de impor ao Rei John Lackland a assinatura da Magna Carta, no ano de 1215. Neste mesmo século XIII são lançadas as bases fundamentais do Parlamento inglês – divididos entre Rei, Lordes e Comuns –, concretizadas na forma parlamentar que se estende desde o século XVI, durante a dinastia dos Tudor, até hoje.

O movimento de reação à teoria popular foi rápido e intenso, seja pela via do direito divino, seja pela ideia de alienação dos direitos políticos e impossibilidade de retorno à situação pretérita (reaver o poder do povo em detrimento ao rei). Contudo, abriu-se uma terceira via absolutista com Thomas Hobbes, que não validava qualquer das teorias anteriores, tendo em vista que: 1) não seria possível identificar o povo como um grupo (como diziam os populistas); 2) ou ainda que o rei não teria direito adquirido sobre o povo, pois ele não deu autorização a esta outorga.

Como sabemos, Hobbes era um absolutista, mas precisava resolver o problema do consentimento do povo a um governante, o que foi solucionado mediante o contrato social, cujos signatários seriam cada pessoa com o soberano que os representaria. Percebe-se que a figura do soberano não se confunde com o Estado em qualquer hipótese, como queriam os reis à la Luiz XIV (*l'état c'est moi*): ele apenas age em seu nome, traço da moderna teoria da personalidade jurídica do Estado na obra de Thomas Hobbes.

Esta teoria é denominada por Skinner de ficcional. Assim, o contrato social figura como uma abstração que legitima a ação governamental pelo

não se poderia aquartelar os exércitos ou impor leis marciais em tempos pacíficos. A lei do Habeas Corpus, publicada em 1679, por sua vez, tinha como fundamento regular este direito que já estava previsto na Magna Carta e que era amplamente utilizado, mas que carecia de uma norma que o fundasse em definitivo. Consoante menção de Pontes de Miranda (1999, p. 93), a lei "veio fornecer os meios para ser posto em execução, com eficiência e rigor, o *writ* de muitos séculos consagrado pela prática". O último documento a que se faz referência é a Declaração de Direitos de 1689, instituída como reflexo da Revolução Gloriosa e dos atos cometidos por Jaime II, tendo se tornado um marco de inspiração para as revoluções liberais que aconteceriam no século seguinte. O documento procurou assegurar a liberdade na eleição dos parlamentares e a sua plena liberdade de expressão; buscou exigir a convocação periódica das Casas para não afastá-la das decisões estatais; tornou obrigatória a lei em todo o reino e também a consulta ao Parlamento antes da suspensão ou execução de qualquer lei aprovada; por fim, reafirmou a Petição de Direitos ao proibir a manutenção de exércitos permanentes em tempos pacíficos sem autorização parlamentar.

consentimento, criando e permitindo o vínculo entre representante(s) e representado(s) ao converter a vontade de todos em um. A noção moderna de contrato possibilita-nos auferir que o soberano imaginado por Hobbes não teria características draconianas, mas, acima de tudo, deveria respeitar alguns direitos reconhecidos aos súditos, sob pena de acabarem em uma situação menos vantajosa se comparado ao período pré-contratual: os males seriam os mesmos, mas as armas do povo para enfrentá-los seriam mais débeis, já que renunciou a parte de sua liberdade para constituição do Estado⁶⁴.

A fenda aberta pelo pensamento de Hobbes foi flagrante na forma de pensar da época à medida que sua obra foi sendo traduzida pelos países europeus. Skinner conclui, valendo-se de Pufendorf, Vattel e Blackstone, que as primeiras décadas do século XVIII já indicavam a formação da soberania como um elemento que ultrapassava a figura do rei; o Estado como principal fiador das ações governamentais a longo prazo (em substituição ao rei) e garante das promessas feitas por si ou perante si; e ainda a competência legislativa como a suprema dentre as demais, devendo sempre pertencer ao Estado.

Embora tal análise tenha sido realizada no contexto inglês, que promoveu reformas anteriores à maioria dos países europeus, a questão apontada na obra destes variados autores não apenas simboliza o caldeirão de ideias que representam o século XVII e início do seguinte, em especial por lidar com parte de tudo o que estava posto desde os séculos anteriores, mas demonstra o fortalecimento da estrutura mais elementar do Estado: o republicanismo; a despersonalização do poder; o liberalismo e a defesa das liberdades políticas; o levante da legislação como apanágio de regulação básica da vida em sociedade e das questões políticas, tendo o Parlamento como seu legítimo entusiasta; o Estado de Direito e a Constituição liberal-burguesa.

⁶⁴ Nos termos de Hobbes (1997, p. 141): “o fim último, causa e desígnio dos homens, ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita”.

Apesar de seu rigor e de sua extensão, o pacto que o institui (o Estado) não poderia fazer com que os indivíduos perdessem o que pertence à natureza deles. Se é verdade que esses só têm as liberdades de conduta autorizadas pelo Estado, também é verdade que – quaisquer que sejam as ordens do soberano – eles alienam sua liberdade de pensamento, renunciam à defesa do seu próprio corpo e aceitam “fazer mal a si mesmos” ou fazer mal a outros somente se julgarem que isso é útil, como por exemplo, na guerra (CHÂTELET, 2009, p. 49).

2.2. ILUMINISMO, REPUBLICANISMO E O PENSAMENTO LIBERAL

Quando se pensa no contexto político-jurídico europeu do século XVIII, é possível que a Revolução Francesa tenha sido o seu acontecimento mais marcante. Ela, no entanto, simboliza apenas o momento em que a fagulha atingiu o barril de pólvora. A ebulição política deste século foi gerada pelo iluminismo, movimento filosófico que teve seu apogeu no século das luzes, localizado especialmente entre os pensadores franceses (Voltaire, Diderot, D'Alembert, Montesquieu), tendo ocorrido também na Alemanha (Wolff, Mendelssohn, Kant) e Escócia (Hume e Adam Smith).

Os iluministas são aqueles que acreditavam na ideia de progresso científico e intelectual por meio da razão humana. O alicerce de sua confiança era toda a transformação experimentada no mundo europeu pela quebra de alguns paradigmas, com especial destaque para a assunção da ciência diante da religião. O cristianismo, neste sentido, foi a matriz fundamental do mundo europeu por diversos séculos até que a razão científica rompeu o dique do claustro católico: suas águas invadiram quase todos os domínios da vida.

*Sapere aude*⁶⁵! Eis a palavra de ordem de Immanuel Kant, um dos grandes emblemas deste período. Para este filósofo, o iluminismo significava a saída da menoridade, entendida como “a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem”. Por covardia ou comodidade, Kant (2008, p. 10) indaga a razão de as pessoas elegerem tutores em diversos assuntos de suas vidas ao invés de livremente atingirem seus próprios ideais. Embora haja situações em que a obediência deve ser a regra⁶⁶, não obstante, ele aponta que os ecos às restrições da liberdade eram ouvidos por toda à parte, na formula do “não raciocines”.

Neste sentido, o iluminismo foi uma “ideia propulsora” que conjugou pensadores com o foco de se construir uma sociedade nova sobre os escombros até então existentes. John Kelly (2010, p. 328) tem o cuidado de não o classificar como uma escola ou sequer um movimento, vez que não havia uma organização

⁶⁵ Significa ouse saber, isto é, tenha coragem de seguir os próprios entendimentos.

⁶⁶ Kant aponta como exemplos o funcionário público, que possui estatutos a observar, o oficial que precisa obedecer ao seu superior, o cidadão que deve cumprir com suas obrigações e o clérigo que segue uma doutrina.

de seus membros ou sistematização doutrinária. Este autor conceitua o iluminismo como um “temperamento disseminado” ou “atitude em relação ao mundo”, no qual a fé na autoridade religiosa foi posta em descrença e transferida para o uso da razão. Foi pelo racionalismo científico, portanto, que se buscava afastar a “escuridão do passado” de todos recônditos da vida.

Com efeito, alguns fatores são tidos como essenciais ao longo deste processo, verdadeiros lampejos que iluminaram as decisões tomadas neste período. São eles: 1) a ideia de progresso; 2) o racionalismo (Descartes, Spinoza e Leibniz) e o empirismo (Locke e Hume), como métodos de filtragem das estruturas metafísicas remanescentes; 3) o apogeu científico (astronomia, física, química e medicina); 4) o humanismo; 5) o jusnaturalismo e a ideia de contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau e Kant; 6) a busca pela ordem política e jurídica; 7) a separação de poderes (Locke, Montesquieu e Alexander Hamilton).

O texto de Kant a que se faz referência é *Resposta à Pergunta: o que é iluminismo?* Nele, o filósofo localiza a religião no centro das problemáticas de tais pensadores, pois os governantes não se importaram em demasia com a ciência ou as artes, mas demonstraram apreço sem igual pela tutela religiosa, a mais *prejudicial* e *desonrosa* de todas. E isto se deveu, certamente, pela capacidade que ela possui para controlar os comportamentos do povo e blindar o governante com uma legitimidade do altíssimo.

Diversos outros pensadores trilharam suas análises por este caminho. Guido Fasso (1966, p. 15), por exemplo, resume a Idade Média como a subordinação do conhecimento humano à revelação divina e a tentativa de construção de uma república cristã, trazendo consigo a ideia de unidade cultural e também política (com óbvios traços confessionais). Não obstante, Bertrand Russel (2015, p. 121), em seu livro *História da Filosofia Ocidental*, aponta a autoridade – governamental – diminuta da igreja e a ascendente autoridade – intelectual – da ciência como o principal aspecto que define a transição entre o medievo e a modernidade. É neste *locus* temporal que o iluminismo viceja e atua como um catalisador da tensão à ordem jurídica instalada que se pretendia bombardear.

Percebe-se, portanto, que o estabelecimento de uma fronteira entre o transcendente e o imanente se apresentou como o fator capaz de resumir a

causa iluminista. Após um milênio de influência direta do cristianismo na construção dos corpos, mentes e instituições ocidentais, o uso da razão aplicada com altas doses de ceticismo e críticas ao passado substituiria o báculo episcopal como eixo de uma transformação radical no modo de viver e pensar. Em seu limiar, os iluministas se aliaram ao absolutismo em prol da racionalização das instituições – forjando os chamados déspotas esclarecidos, como Frederico II, da Prússia, que era aclamado pelo próprio Kant⁶⁷. Entretanto, tal relação foi abalada ao longo do século XVIII, quando este mesmo soberano deixou de ser apenas o garantidor da ordem social e à sua figura se incorporaram as funções de prestador do bem-estar da nação⁶⁸.

Dada as limitações em cumprir tais tarefas – veja o caso francês, que culminou na Queda da Bastilha e na decapitação de Luís XVI –, tal centenário foi marcado pelas revoluções, a exemplo da ocorrida em território francês, cujo povo buscava uma nova forma de relação entre o público e o privado, secularizada e constitucional. Com efeito, o direito se tornou, por excelência, o instrumento que daria arrimo a esta sociedade em nascimento. Qual a

⁶⁷ Para evitar o anacronismo, e tendo como objetivo o Estado de Direito, é preciso lembrar que o despotismo esclarecido se firmou como um avanço no que toca às relações jurídicas e políticas com relação ao modelo feudal. Em análise da obra kantiana, Aylton Durão (2016, p. 06) comenta: “naturalmente, tanto durante a monarquia absoluta da Antiguidade, como no despotismo esclarecido da Modernidade, o soberano encarna, em sua própria pessoa, a vontade geral, porém, no Absolutismo, este governa autocraticamente, enquanto que, no Iluminismo, utiliza o contrato originário ou a vontade unificada do povo como princípio regulador da legislação. Por isso, a monarquia absoluta é gradualmente substituída pelo despotismo esclarecido, no qual o soberano governa em nome do povo, segundo o princípio de que aquilo que o povo não pode consentir para si mesmo, o soberano também não pode decidir para o povo, pois a sua faculdade para legislar provém de que ele expressa a vontade inteira do povo em sua própria vontade”.

⁶⁸ Em precisa análise de Alexandre Castro (2009, p. 22-23), “a antiga imagem, correspondente à estrutura das monarquias medievais, de um soberano que deve apenas zelar pela manutenção da ordem social, de uma ordem sagrada dada de antemão a qual ele não pode mudar de maneira alguma, a imagem de um príncipe que, estando no topo da ordem social, deve limitar-se apenas a zelar pela harmonia das ordens de poder inferiores sem, no entanto, interferir em suas autonomias, passa a dar lugar à imagem de um príncipe que deve agir sobre a sociedade governando-a efetivamente, administrando-a, mudando-a quando necessário, criando leis para ela e em tudo a submetendo a desígnios utilitaristas. Este esquema político em que, dada a situação de atraso econômico e institucional, as esperanças de reforma e modernização são depositados sobre o soberano e em que ele se transforma, assim, no agente do aperfeiçoamento social, encontra seu auge justamente na cultura iluminística. O Iluminismo dará um novo impulso à ideia de que o monarca, concentrando em suas mãos o poder, deve usá-lo na realização das mudanças que promovam o bem-estar geral. Não é difícil entender as razões para isso. O culto às capacidades racionais do ser humano e, portanto, à capacidade humana de, pela razão, melhorar suas condições de vida, bem como o culto ao progresso que daí advém, são características centrais do Iluminismo”.

consequência de tal libertação com os lastros do passado? Michel Foucault, ao interpretar o intento kantiano, apresenta duas: a primeira é o direito de autodeterminação; a segunda é a busca pela paz.

[...] o que faz sentido e o que vai constituir o signo do progresso é que, em torno da revolução, diz Kant, há ‘uma simpatia de aspiração que beira o entusiasmo’. O que é importante na revolução, não é a revolução em si, mas o que se passa na cabeça dos que não a fazem ou, em todo caso, que não são os atores principais; é a relação que eles mantêm com essa revolução da qual eles não são agentes ativos. O entusiasmo para com a revolução é signo, segundo Kant, de uma disposição moral da humanidade; essa disposição se manifesta permanentemente de duas formas: primeiramente, no direito que todos os povos têm de se dar a constituição política que lhes convêm e no princípio conforme o direito e a moral de uma constituição política que evite, em razão de seus princípios, toda guerra ofensiva. É precisamente essa disposição da qual a humanidade é portadora em direção a uma tal constituição que o entusiasmo pela revolução significa (FOUCAULT, 1983, p. 06).

Fazendo uma digressão pelo crime, objeto de intenso e profícuo debate naquele momento, e campo com demasiada influência religiosa, o direito penal passou a ocupar um papel de destaque entre os iluministas ante a sua capacidade de instrumentalizar parte do almejado projeto de garantia da ordem social ao limitar a liberdade dos cidadãos de maneira legítima. A princípio, concentraram-se em criticar o modelo vigente do antigo regime cujo centro gravitacional para a elaboração de penas e punições ainda era o pecado cristão (nas suas versões católico-romana ou protestante) e todo o aparato inquisitório à seu serviço.

A morte de Robert François Damiens, condenado por tentativa de homicídio do Rei Luís XV, tornou-se ainda mais célebre por compor o início do livro *Vigiar e Punir*, de Foucault⁶⁹. Nele, o filósofo descreve com requinte o

⁶⁹ É conhecida a descrição feita por Foucault (2013 p. 09) dos momentos finais de Damiens: “Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão

procedimento conduzido contra o regicida, que envolveu queimaduras, golpes que lhe arrancavam pedaços de carne, esquartejamento com o uso de cavalos e cremação de seus restos mortais – “em cumprimento da sentença, tudo foi reduzido em cinzas”. Com tal descrição que demonstra os requintes da pena àquela época, Foucault buscava: 1) enquadrar o corpo como alvo da repressão penal naquele período final do antigo regime; 2) e como nas poucas décadas seguintes este modelo penal, já em corrosão, seria substituído pela privação da liberdade, grande emblema liberal.

Assim, o problema dos pensadores da reforma, na transição entre as práticas medievais e uma estrutura mais condizente com o jusnaturalismo iluminista, é posto por Giovani Tarello (2011, p. 219) com base em cinco questionamentos definidores da reconfiguração dos aparatos:

1. Existe um direito de punir?
2. Se sim, a quem pertence?
3. Em face de quem se aplica?
4. Quais punições são lícitas?
5. Como se executam as punições?

Tais vetores apresentados por Tarello podem encontrar respostas no mais conhecido iluminista da esfera penal: Cesare Beccaria. *Dos Delitos e Das Penas*, livro publicado em 1764 – apenas sete anos após a execução de Damiens –, é a mais representativa obra do iluminismo italiano e também de todo o direito penal daquele período. Logo na introdução, seu autor apresenta o ponto nevrálgico que os iluministas têm diante de si na esfera penal: ao contrário das luzes que se acenderam em diversos âmbitos da vida, pouquíssimos foram aqueles que “eliminaram os erros acumulados durante séculos, refreando, ao menos, com a força que só possuem as verdades conhecidas, o demasiado livre curso do mal dirigido poder, que deu até hoje longo e autorizado exemplo de cruel atrocidade” (BECCARIA, 1999, p. 25).

chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*].”

Ao seguir a noção clássica de contrato social, Beccaria considera que a soberania (advinda da outorga de parte da liberdade) gera o direito de punir. Não obstante, a justiça é o vínculo que une os interesses de todos. Por conseguinte, a pena será justa quando aplicada na medida exata para a conservação desta união. As quatro consequências extraídas deste arquétipo são:

1. As penas serão fixadas apenas por lei.
2. Não cabe ao próprio soberano fazer justiça quando a lei for violada. É necessária, portanto, a figura do magistrado.
3. A pena tem um papel pedagógico de desestimular a reincidência por parte de seu infrator. Não pode se transformar em atrocidades.
4. A interpretação da legislação não deve ser realizada em âmbito judicial. Beccaria, consoante afirmado outrora, segue a figura do juiz autômato de Montesquieu. A justificativa é a de evitar que a vida dos fracos ficasse à mercê dos “falsos raciocínios ou do atual fermento dos humores de um juiz” (BECCARIA, 1999, p. 33-34).

Com base nestes pontos de vista, Beccaria tinha como pressuposto extrair da pena a ideia de retribuição ao indivíduo que violou algum mandamento divino e lhe requalificar na lógica estatal burguesa, pública e pautada pela legalidade⁷⁰. Neste caminho, a construção do direito penal hegemônico ocorreu pelo rompimento (ou sua tentativa) das estruturas do Antigo Regime. Conforme apontado anteriormente, quando da análise de Beccaria, ao longo dos séculos XVII e XVIII a figura do magistrado passou por uma reconfiguração. Mario Sbriccoli comenta que eles representavam a crise da justiça prática e a própria personificação da justiça arbitrária, acusados de terem participado da condenação bruxas, hereges e afins. Tudo isto em razão dos poderes que possuíam. Há também o fato de que a magistratura acabou sendo ocupada pela classe aristocrática, tornando-se mal vista por muitas décadas. A solução dos

⁷⁰ Como conclusão, o Cesar Beccaria (1999, p. 139) aponta que “para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei”, algo que destoia em demasia com a descrição apresentada por Foucault.

reformadores foi reduzir a competência dos juízes, criando, assim, a noção do juiz autômato ou *bouche de la loi*⁷¹, limitando-se a apurar os fatos no curso do processo e agindo segundo os estritos dizeres da legislação.

Sbriccoli (2011, p. 473-474) lembra também que o processo judicial sofreu alteração profunda. As acusações que, em muitos casos, eram desconhecidas dos acusados passaram a estar ao seu alcance e o seu ônus de prova se tornou incumbência de quem lhe imputava. Outro aspecto fundamental foi a alteração do papel da defesa, cujo direito ao silêncio passou a ser a regra, algo inimaginável nos séculos anteriores em que a tortura para se obter a confissão era procedimentalizada. Com efeito, se acusação e defesa foram repensadas no afã de se garantir o contraditório e a integridade física do acusado, novas necessidades surgiram no sentido de se configurar o processo, como o fortalecimento do juiz natural, a motivação das sentenças e o princípio da colegialidade.

Paulatinamente, as novas ideias foram abrindo uma fenda crítica que pôs abaixo o edifício (social, econômico, cultural, jurídico e político) legado até o século XVIII. Se os iluministas conseguiram esvaziar esta herança do passado, a junção dos modelos republicano e liberal compuseram a trama responsável por buscar preencher o vazio deixado pelo antigo regime.

O modelo republicano seguiu linhas mestras de desenvolvimento em distintos locais. Conforme revela Alessandro Pinzani (2007, p. 05-08), a academia testemunhou nos últimos anos o florescimento de uma proposta republicana renovada, especialmente pela tradição anglo-saxônica, com Quentin Skinner, Philip Pettit e Maurizio Viroli. Cada qual a seu teor, os autores buscaram desvelar esta tradição que seguia pouco explorada, seja por uma espécie de arqueologia de conceitos antepassados, seja ainda pelo resgate de conceitos clássicos – como a liberdade republicana – na tentativa de compreensão dos fenômenos presentes. Mas qual seria o *ethos* que pudesse unir todas estas formas de pensar? Para Pinzani, a despeito da variedade de categorias levadas a efeito pelo implacável peso do tempo, o edifício republicano

⁷¹ Proclama Montesquieu (2001, p. 175): “Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.

pode ser resumido em dois elementos: 1) preocupação com a sobrevivência das instituições; 2) justificadas pela necessidade de conter o refluxo do agir humano⁷².

Nesta medida, é possível lançar como estrutura básica para a construção deste modelo a ideia da Constituição mista, responsável por balancear em si a miríade das formas de governo, valendo-se das instituições como instrumento de sublimação do conflito social, e também o ideal da liberdade republicana, expressado como a noção de não ser dominado pela via do autogoverno popular – daí resulta a etimologia da palavra *res publica*, no qual só se reconhece como válida a lei cuja fonte é o próprio povo, ou em outras palavras, do povo e para o povo.

Em tempos modernos, o pendor kantiano é o estandarte do republicanismo em sua essência, sendo a separação de poderes a chave da abóbada que compõe o projeto de não-dominação em nível estatal. E, a este respeito, é oportuna a observação feita por Delamar José Volpato Dutra (2012, p. 152-158) no que concerne à relação entre republicanismo, liberalismo e democracia. Para o autor, Kant defendeu ao mesmo tempo as duas primeiras noções em sua obra – o pendor republicano⁷³ estaria na defesa da soberania popular, o liberal é a manifesta noção jusnaturalista. Seu dilema, todavia, estaria na relação entre republicanismo e democracia. Ao seguir o caminho eleito por Carl Schmitt, separação de poderes e direitos fundamentais atuariam como sistemas de controle no pensamento kantiano em oposição à toda forma de absolutismo, caminho no qual a democracia poderia passar a trilhar no exato

⁷² A noção republicana é muito antiga, voltada à época em que se enunciava o conceito de natureza humana. O paradigma negativo que se busca combater diz respeito a ações que atentariam contra modelos que buscam erigir uma esfera pública capaz de evitar o domínio de alguns, pela via do absolutismo, tendo por consequência a salvaguarda de liberdades fundamentais.

⁷³ Aqui cabe uma advertência. Variados pensadores republicanos tinham a virtude como um ideal político e social necessários. Delamar (2012, p. 157), contudo, aponta que “jamais Kant imputará virtude ao cidadão como condição de possibilidade do estabelecimento de um Estado, ou mesmo de um Estado justo: “O homem está obrigado a ser um bom cidadão, embora não seja obrigado a ser moralmente um homem bom. O problema do estabelecimento do Estado, por mais áspero que soe, tem solução, inclusive para um povo de demônios (contanto que tenham entendimento)” (Kant, 2007, p. 366). Portanto, trata-se de um republicanismo *sui generis*, na medida em que abdica da noção de virtude no que se refere ao domínio político”.

momento em que maiorias eventuais, valendo-se das regras do jogo como artifício, ousassem dominar outros grupos⁷⁴.

Sendo uma ideologia que se espalhou por diversos campos, o adjetivo liberal adquiriu conotação ampla, sendo de difícil conceituação. No que toca à sua lógica interna, há ainda uma ordem de dificuldades, em especial: 1) por não ter ocorrido um modelo geral sincrônico em toda a Europa; 2) como consequência, cada país absorveu um feixe de ideias gerais e implementou com base em suas peculiaridades; 3) e também pelo liberalismo ter se desenvolvido em paralelo à democracia, restando difícil separar o que pertence a cada modelo. Apesar de tais limitações, Nicola Matteucci (1998, p. 687) traça algumas linhas mestras que foram estimuladas neste escopo: instituições representativas e liberdade política somadas a autonomia da sociedade civil (como autogoverno associativo ou espaço econômico e cultural) no interior do Estado.

Já Norberto Bobbio, no livro *Liberalismo e Democracia*, aponta que o liberalismo é, substancialmente, uma doutrina do Estado limitado, seja em face de seus poderes (por meio da legislação no bojo do Estado de Direito) ou ainda na extensão de suas competências (Estado mínimo, isto é, cuja atuação não frustrate a liberdade pessoal). No interior desta equação, encontram-se a igualdade e a liberdade como dois vetores fundamentais: como são antitéticos entre si (o desenvolvimento de um pode limitar o outro), Bobbio aponta que seus pensadores, de maneira geral, seguiram a ideia da “igualdade na liberdade”, ou seja, “cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a liberdade dos outros” (BOBBIO, 2007, p. 39), noção que muito se aproxima do conceito de livre expressado por Montesquieu⁷⁵.

Nesta toada, a ideia liberal de Estado foi construída tendo estes princípios como paradigmas. No que toca a igualdade, ela se reflete na hipótese de que

⁷⁴ Nas palavras de Delamar (2012, p. 158): “Em suma, a concepção kantiana de república leva-o a desconfiar da democracia, porque nela só se dão leis pelas preferências majoritárias e não pela sua apreensão da lei natural, pois há uma tênue diferença entre democracia concebida como governo pelo povo e o governo pela maioria do povo (Mulholland, 1989, p. 332)”.

⁷⁵ Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu (2001, p. 166) expressa que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder”.

todos possuem o mesmo grau de importância perante a lei, formal e materialmente. Assim, não seriam admitidos tratamentos normativos distintos a situações idênticas, nem mesmo favorecimentos sem justificativas plausíveis tendo em vista a lógica do sistema normativo vigente que passou a considerar a igualdade como um fator fundamental e extensível a todos os cidadãos e em todas as hipóteses.

Quanto à soberania popular, a fórmula política comum foi o modelo democrático, fundado na participação, direta ou indireta, na tomada de decisões governamentais. O sufrágio universal para a eleição de representantes foi a sofisticada solução encontrada para unir todos os elos desta corrente. Por conseguinte, Bobbio conclui ser inconcebível um Estado liberal antidemocrático, isto é, que não estenda a cidadania aos seus cidadãos, e, da mesma forma, um Estado democrático antiliberal, ou seja, que não esteja fundado na preservação da liberdade e da igualdade de todos⁷⁶. Com o passar dos séculos, tais conceitos se desenvolveram em paralelo.

O último elo para o fortalecimento desta corrente foi a Constituição. Sua ideia, como uma lei fundamental que estabelece a base do ordenamento jurídico de um país, do qual se evocam valores que orientam uma sociedade e normas que disciplinam o funcionamento mínimo das atribuições do Estado, é fruto de um momento institucional evolutivo. A principal função desta noção institucional é indicar que subjaz aos eventos históricos de um país uma teia processual unida, cujos filamentos vão da contemporaneidade até os primeiros escritos que se têm notícia. Por esta razão, é possível afirmar que o ideal constitucional é uma espécie de processo conceitual que caminha *pari passu* com a construção das diferentes sociedades que habitaram o planeta em todos os tempos e em todos os espaços geográficos.

⁷⁶ Em suas palavras: “ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos para a liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. Hoje, apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos” (BOBBIO, 2007, p. 44).

Contudo, na costumeira precisão de Dieter Grimm, “toda unidade política é constituída, mas nem todas tem uma constituição”⁷⁷. O constitucionalismo, em um sentido geral, significa “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, consoante J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 51). Em outros termos, poder-se-ia dizer, a partir dos elementos fundamentais do conceito exposto, que o bojo do constitucionalismo se traduz como a busca por um governo limitado de modo a garantir direitos aos indivíduos tanto em sua individualidade como na coletividade social. Em termos ainda mais sintéticos, trata-se de uma “teoria normativa da política”, em conformidade a Canotilho.

O conteúdo moderno do constitucionalismo gravita no entorno da Constituição, materializada já na forma de um documento normativo que organiza de modo sistemático as regras de uma comunidade e os direitos e garantias de seus cidadãos, além de fixar os limites de atuação dos governantes. Sob tal perspectiva, afirmam-se, de modo geral, três vetores basilares do conceito de Constituição: 1) a ordenação de questões jurídicas e políticas dispostas em um documento escrito (no caso dos países com tradição no *civil law*); 2) o reconhecimento de direitos fundamentais e de suas respectivas formas garantidoras; 3) a organização do poder político tendo por princípio a sua limitação e moderação.

O epicentro do constitucionalismo moderno se encontra na junção entre a contenção das atribuições do governante de modo a limitar os seus poderes e o reconhecimento e garantia de direito aos cidadãos de um Estado. Importante lembrar que foi apenas a partir da segunda metade do século XX que houve um movimento rumo a internacionalização de direitos, de modo a lhes conferir guarida fora das linhas fronteiriças dos países. Até então, o direito internacional ainda possuía vertente fortemente soberanista.

Do ponto de vista social, o século XVIII marca também a chegada ao poder da classe burguesa. Conforme já tratado, o estandarte do modo de vida medieval era o feudalismo, que ainda se fazia presente modernidade adentro

⁷⁷ Tradução nossa. No original: *every political unit is constituted, but not every one of them has a constitution* (GRIMM, 2016, p. 03).

por meio da sociedade nobiliárquica. A França é o país que melhor expressa este choque, ou seja, um modelo do passado que ainda vigorava e a classe nova que desejava conquistar espaços de poder.

A palavra burguês (etimologia latina *burgensis*) denota as pessoas que habitavam o burgo, isto é, a cidade, em clara oposição com a vida rural que caracterizava o período feudal. Os burgueses compunham a classe dos comerciantes de diversas vertentes, que não dispunham de grandes extensões territoriais no campo ou ainda títulos que lhes permitissem viver junto à Corte, em situação semelhante ao dos nobres. Por certo, eles se tornaram o paradigma na virada dos acontecimentos, em especial pela vitória do capitalismo como sistema econômico, e no vértice do liberalismo como modelo jurídico-político do mundo moderno. Naquele século, à medida que as honrarias foram perdendo prestígio, escoadas pela mesma torrente que levou consigo a monarquia absoluta, a riqueza se tornou o fator de chancela social.

No tocante à crescente influência burguesa e sua ética que destoava em demasia do Antigo Regime, Max Weber publicou um estudo que se tornou referencial para a compreensão deste tema: *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*. Nele, o sociólogo estabelece um paradoxo entre a ascese do catolicismo e do protestantismo: enquanto a primeira era a representação do modelo ético e econômico do feudalismo, que proibia a usura, a ética protestante lançou a ideia de que o capital é singelo consectário do próprio trabalho, e, portanto, uma benção do altíssimo. É nesta acepção que ele cita Benjamin Franklin, que faz uma ampla ode ao dinheiro e seu uso⁷⁸.

Surgira um *ethos professional* especificamente *burguês*. Com a consciência de estar na plena graça de Deus e ser por ele visivelmente abençoado, o empresário burguês, com a condição de manter-se dentro dos limites da correção formal, deter sua conduta moral irrepreensível e de não fazer de sua riqueza um uso escandaloso, podia perseguir os seus interesses de lucro e *devia* fazê-lo (WEBER, 2004, p. 161).

⁷⁸ Nos termos de Max Weber (2004, p. 47): “na ordem econômica moderna, o ganho de dinheiro — contanto que se dê de forma legal — é o resultado e a expressão da habilidade *na profissão*, e *essa habilidade*, é fácil reconhecer na passagem citada como em todos os seus escritos sem exceção, constitui o verdadeiro alfa e ômega da moral de Franklin”.

Embora Weber estabeleça este paralelo entre religião e economia, é certo que a burguesia é caracterizada pelo seu protagonismo no segundo domínio. E sua vinculação com o liberalismo, no afã de se resguardar com precisão as competências públicas, de modo a obter segurança jurídica e pessoal, bem como liberdade política e econômica e igualdade política, fechou o ciclo que conferiu as condições fundamentais ao Estado moderno europeu. A ascendente influência deste grupo e de seus ideais causou desconforto às classes que detinham poder do antigo regime. A combinação destes elementos produziu o estandarte da revolução.

Na passagem deste período histórico, três revoluções burguesas e liberais se tornaram referenciais para a forja de grande parte das decisões institucionais políticas e jurídicas no conjunto do que compreendemos por Estado moderno. Elas ocorreram na Inglaterra, nos Estados Unidos⁷⁹ e na França. Cada um destes países possui uma característica singular em seu processo constitucional: na Inglaterra a ideia de constitucionalismo como limitação do poder governamental tem início antes mesmo dos europeus chegarem ao continente americano, tendo se fortalecido com as Revoluções Puritana (1640) e Gloriosa (1688) ao instaurar a monarquia parlamentar; os estadunidenses buscaram institucionalizar o Estado mediante a criação da União, a separação de poderes e o fortalecimento das colônias⁸⁰; e a França é o único caso dentre os três países em que houve uma revolução cujo desiderato era romper com as estruturas feudais.

No ambiente francês, a que se confere destaque, o embate entre as classes (monarquia, burguesia e nobreza com suas ramificações internas, como a divisão entre a *noblesse de robe* – os altos funcionários – e a *noblesse d'épée* – a ordem cavaleiresca) gerou a violenta revolta que se iniciara em 1789. Norbert Elias (2001, p. 271) aponta que variadas foram as tentativas de reformas levadas a cabo, todas frustradas pela velada atuação das elites hostis e também pela sua intensa ramificação em um sistema bastante complexo que se

⁷⁹ As revoluções ocorridas na Inglaterra e nos Estados Unidos serão melhor delineadas adiante.

⁸⁰ A independência dos Estados Unidos e a promulgação de sua Constituição serão objeto de estudo adiante, ainda neste capítulo.

autocontinha: “as elites monopolistas privilegiadas estavam congeladas no equilíbrio de tensões consolidado por Luís XIV”.

O historiador destaca as três posições razoáveis naquele jogo de xadrez social: 1) ou se realizava uma admissão regulada de representantes da burguesia aos espaços de poder; 2) ou se imobilizava esta classe em ascensão com um conjunto de concessões econômicas, satisfazendo-os e os calando; 3) ou não se fazia nada, diante da incapacidade em realizar deslocamentos de poder ante a nova fase de industrialização que movia o tabuleiro com os novos atores. As duas primeiras opções tinham como condão impedir que a burguesia assumisse os meios de violência e as rédeas da situação. Já sabemos que o destino conduziu ao terceiro caminho.

A distribuição efetiva das chances de poder entre eles se deslocou de tal maneira que não estava mais de acordo com a distribuição do equilíbrio de poder ancorada na rígida carapaça institucional do antigo regime. Os grupos de ponta, as elites monopolistas do regime, haviam se tornado prisioneiros das instituições, mantendo-se uns aos outros prisioneiros da posição de poder assumida anteriormente. O *clinch* das elites monopolistas e a incapacidade de reconhecer a própria desfuncionalização, em conjunto com o caráter relativamente inflexível de suas fontes de renda, que dificultava concessões econômicas como a limitação voluntária dos privilégios fiscais – tudo isso impedia a transformação pacífica das instituições e sua adaptação à nova divisão de forças. Portanto, era muito grande a chance de uma transformação violenta (ELIAS, 2001, p. 273).

A revolução não visava erradicar a monarquia francesa: o alvo dos amotinados famélicos era o absolutismo do *Ancien Régime*, fortalecido por Armand Jean du Plessis, o Cardeal de Richelieu, no período do Rei Luís XIII e seus sucessores, Luís XIV, o Rei Sol, Luis XV, *Le Bien-Aimé*, e Luís XVI, executado durante a revolução. A estrutura que se atacava era constituída por um tripé que ainda sustentava a herança feudal⁸¹: o sistema senhorial, que retirava dos camponeses quase a metade das terras produtivas; uma revolução

⁸¹ É a conclusão de Norbert Elias (2001, p. 202): “não foram só as armas de fogo que puseram fim à antiga nobreza, mas sua incapacidade de abrir mão de um modo de vida e de comportamento sobre o qual apoiavam-se sua auto-estima e seu prazer”.

municipal, que eclodiu com a tomada da Bastilha e incendiou a capital francesa; e a renovação das instituições políticas, ao questionar privilégios clericais e nobiliárquicos. É o que Michel Vovelle (2012, p. 20-95) denomina de “três revoluções” no interior de uma só.

Neste período, a figura do povo é marcante, classe responsável por manter as reservas que acabavam com a nobreza e o clero mas que não contava com qualquer privilégio. Esta desigualdade foi muito pontuada por Rousseau, tido como entusiasta espiritual da revolução, e Emmanuel Sieyès, cujo texto *O Que É o Terceiro Estado? – Qu'est-ce que le Tiers-État?* –, inflamara as discussões a respeito das distorções sociais. O abade Sieyès lembra que a manutenção de um Estado ocorre pela existência de serviços públicos e trabalhos: a parte penosa desta relação era mantida exclusivamente pelo terceiro Estado, o povo, enquanto as elites ainda atraíam para si a execução dos serviços públicos mais lucrativos e honoríficos.

Assim, a despeito de o terceiro Estado contribuir positivamente para a manutenção das instituições nacionais, Sieyès conclamava que este grande contingente de cidadãos não dispunha de nenhuma importância se analisado aos olhos das classes hierarquicamente superiores. Era necessário, portanto, estabelecer uma ordem pública que estendesse a igualdade a todos os cidadãos em detrimento apenas às classes tradicionalmente privilegiadas, permitindo que todos pudessem participar dos processos decisórios que impactavam o país. Em suas palavras: “se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la” (SIEYÈS, 2001, p. 94).

Os eventos deflagrados em 1789 revelam o anseio de um povo famélico e explorado de ter suas pretensões mais básicas atendidas pelo Estado. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão é um documento de afirmação de direitos fundamentais, especialmente a igualdade que punha abaixo a sociedade nobiliárquica francesa, mas não tinha o condão de organizar o país do ponto de vista político-governamental. A Constituição francesa veio a ser editada em 1791, estabelecendo a soberania popular como apanágio da ordem social estabelecida desde a revolução. Visando cultivar princípios liberais, aniquilou-se o *Ancien Régime*. Todavia, ao contrário dos Estados Unidos país marcado pela institucionalização constitucional, a França ainda teria de

transcender outros períodos de instabilidade institucional. Por tal razão, entre 1791 e o atual texto de 1958, o país teve quinze constituições em diferentes contextos⁸², alternando entre repúblicas e monarquias.

O início do texto constitucional francês de 1791 privilegia a garantia dos direitos fundamentais (*titre premier*), o que é compreensível dadas as características da França naquele período, diametralmente distintas da condição norte-americana, que primou pela organização do Estado. Em seguida, o legislador tratou da divisão administrativa do reino e do Estado na qual se reconhece a cidadania dos franceses e os seus conseqüências (*titre deuxième*), os poderes públicos da Assembleia Legislativa e da realeza e de seus ministros, bem como o exercício do processo Legislativo e da função executiva (*titre troisième*), forças armadas e de segurança para proteger o Estado contra inimigos externos e garantir a paz (*titre quatrième*), ordem tributária (*titre cinquième*), relações internacionais e garantia de direitos de estrangeiros em solo francês (*titre sixième*) e revisão constitucional (*titre septième*).

O título segundo é prova de que a monarquia fora mantida, mas a soberania havia sido depositada na Assembleia Legislativa, eleita por um sistema indireto. As tentativas de manutenção da ordem pública na França foram uma sucessão de poder ora tomado pelos republicanos ora retomado por monarcas e imperadores, a exemplo de Napoleão Bonaparte. Tal fato justifica o número de Constituições que o país teve durante o século XIX: depois da ascensão imperial de Napoleão e sua queda, restaura-se a monarquia com Luís XVIII para ter em seguida a Segunda República e o retorno dos Bonaparte ao poder, com Luís, em 1852. Por fim, a Terceira República que só veio a ser

⁸² Constitution de 1791 - 3 et 4 septembre 1791, Constitution de l'An I - Première République - 24 juin 1793, Constitution de l'An III - Directoire - 5 fructidor An III, 22 août 1795, Constitution de l'An VIII - Consulat - 22 frimaire An VIII, 13 décembre 1799, Constitution de l'An X - Consulat à vie - 16 thermidor An X, 4 août 1802, Constitution de l'An XII - Empire - 28 floréal An XII, 18 mai 1804, Charte de 1814 - 1ère Restauration - 4 juin 1814, Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire - Cent-jours - 23 avril 1815, Charte de 1830, monarchie de Juillet - 14 août 1830, Constitution de 1848, IIe République - 4 novembre 1848, Constitution de 1852, Second Empire - 14 janvier 1852, Lois constitutionnelles de 1875, IIIe République - 24, 25 février et 16 juillet 1875, Loi constitutionnelle du 2 nov. 1945 - Gouvernement provisoire, Constitution de 1946, IVe République - 27 octobre 1946 e Constitution de 1958, Ve République - 4 octobre 1958. Cf: Les Constitutions de la France. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html>>. Acesso em: 20/03/2020

interrompida com o cerco e conquista de Paris pelos alemães durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Pelo exposto, já nos idos do século XVII, os tradicionais elementos caracterizadores do Estado moderno já estavam melhor delineados. Acerca do território, embora o mapa da Europa tenha se alterado até o século XX, a Paz de Vestefália (1648) marca a ascensão do Estado soberano e nacional ante os impérios, especialmente o Sacro Império Romano Germânico⁸³. A partir de então, tem-se a ascensão da burocracia estatal, a institucionalização de altos cargos e o surgimento dos exércitos mantidos pelo Estado em oposição ao financiamento exclusivamente privado de tropas e de guerras.

Sob tais aspectos, a fixação de fronteiras e a sedimentação de um território permitiram que os governos e suas burocracias “constituíssem” um povo, ou seja, criassem as condições para que as pessoas que ali residiam pudessem se identificar com aquele determinado país. O conceito de nação, portanto, surge do projeto de compartilhar idioma, tradições e culturas entre as pessoas de determinado território. Em nível político, a soberania nacional se formou com a concentração das prerrogativas no governo.

Em especial referência aos séculos XVIII e XIX, verificam-se tentativas dos governos em efetivar o controle político sobre um território claramente definido. Neste sentido, o Estado se esforçou por alcançar aquele cidadão do território em sua vida cotidiana, ou seja, por fabricar a nação, de maneira que a identificação da pessoa com a nação pudesse servir enquanto força política. A soberania, por sua vez, é condição indispensável à ordem, convertendo a pluralidade desordenada em unidade sistêmica dentro de determinados limites territoriais. Com efeito, é possível afirmar que o Estado-nação é um estado territorial, porquanto o exercício de seu controle político é circunscrito a um espaço delimitado. Em tal lócus, impera a soberania estatal, poder incontestável, diferenciado por sua supremacia, independência, inalienabilidade e, acima de tudo, exclusividade⁸⁴.

⁸³ Com a Paz de Vestefália, de 1648, acordou-se que o Sacro Império Romano Germânico não seria o representante da cristandade europeia.

⁸⁴ Cf: FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.

Assim, o que denominamos de Estado moderno é um mosaico cujas peças são oriundas de diversas teorias e fatores históricos. Influenciado pela noções de progresso e razão, ele, ao final do século XVIII, foi caracterizado pela soberania secularizada e impessoal, cujos tentáculos buscavam organizar determinado território e constituir o grupo de pessoas que nele habitava. A salvaguarda destas finalidades era suscitada pelas instituições (sociais, políticas e jurídicas) e seu instrumento era a lei criada pelo direito. No que toca ao funcionamento da política e do direito, tal quadro geral ainda se completou pelo monismo jurídico, pela influência do liberalismo político e econômico – ao fazer prevalecer a autonomia individual –, a igualdade formal, a representação política e o fortalecimento da classe burguesa. E, por óbvio, pela separação de poderes, base do constitucionalismo liberal.

2.3. SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO MODERNO

2.3.1. O legado inglês

Superados todos os temas precedentes, tendo-os localizado no tempo e na trama de discussões que formam a tessitura de nossas instituições, é possível falar em separação de poderes, ou seja, na teoria moderna de que algumas funções são tidas como primordiais à lógica de governo, merecendo, com isso, tratamento especial e distinto em relação à todas as demais que perpassam o cotidiano do Estado, mas também para evitar a sua concentração sob a égide de autoridade única.

As razões que conduziram à sua formulação foram delineadas nos pontos anteriores, restando por ora a necessidade de apresentar a teoria em si, colmatada em princípio estruturante *sine qua non* das democracias constitucionais do ocidente. Frise-se que o ambiente em que surgiram as principais ideias que conduziram a teoria da separação de poderes foi o inglês. Para tanto, faremos tal análise com base nos autores mais conhecidos desta formulação de modo a, em seguida, verificar como a teoria se materializou nas constituições liberais.

Independente da noção de poder que se assuma, o caminho adotado foi o de despersonalizá-lo e separá-lo, um processo que se estende há várias gerações de juristas e está presente como um dogma: quem há de contestar a sua importância? Parece singela, mas esta análise se encontra no vértice das grandes discussões acadêmicas há vários séculos, e parece não ter fim, ao menos na dinâmica de ordem pública que possuímos. Afinal, é possível dizer que o poder legítimo é sempre utilizado em prol do povo, e não em benefício pessoal?

Não é moderna a ideia de que os poderes devem estar separados para que dele seu possuidor não possa fazer uso pessoal. Encontramos no livro *A Política*, de Aristóteles (2006, p. 127), a seguinte colocação: “em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão acomodadas, necessariamente o governo vai bem [...]”. Os três poderes em questão são: um deliberativo sobre os negócios do Estado (decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar algumas penas existentes à época, como a pena de morte, de banimento e de confisco); outro que compreendesse as magistraturas ou poderes constituídos (poder necessário para agir de acordo com as deliberações da Assembleia); e o terceiro que deveria abranger os cargos de jurisdição.

Forçoso apontar, todavia, que estas lições de Aristóteles não produziram efeito, haja vista terem permanecido desconhecidas na Europa por muitos séculos e, quando descobertas, não encontraram um solo hábil a germinar (que, naquele momento, constituía-se de impérios e depois de monarquias absolutas fundadas no direito divino). Tal situação restaria muito diferente no século XVIII: buscava-se um modelo que pudesse conter o poder tendo em vista a busca por segurança jurídica e em um momento no qual o direito público já estava melhor estabelecido. E a separação de poderes, em uma visão moderna, é consectário da Constituição⁸⁵.

⁸⁵ As Constituições liberais tiveram como base fundamental a separação de poderes. A exceção à afirmação feita foi a Inglaterra que, como sabemos, não possui texto constitucional escrito, mas, como afirmado, tem caminhado em direção à limitação do poder real e fortalecimento do Parlamento há séculos.

Assim, tendo em vista este período de nossa história, Franco Bassi (1965, p. 02), autor do conhecido *Il Principio Della Separazione Dei Poteri*, comenta que há três modos de se estudar o tema da separação de poderes: pelo critério jurídico, a se averiguar as características essenciais destinadas a cada função; pelo critério técnico-organizativo, em que se busca compreender o meio mais eficaz de se separar as atividades; e, por fim, o critério político com o fim de averiguar a satisfação de uma classe na participação das funções.

Por certo, foi na Inglaterra que a teoria da separação de poderes se materializou, pela primeira vez, no contexto da modernidade ocidental, tendo se confirmado com a publicação da Declaração de Direitos, de 1689, documento que restringe o absolutismo ao estabelecer a separação orgânico-pessoal entre Legislativo e Executivo. É preciso pontuar que, desde a Petição de Direitos, o Parlamento caminhou no sentido de se consolidar como protagonista do processo legiferante e ator fundamental no quadrante decisório do país, impondo limitações ao rei, em especial, na criação de novos impostos para financiamento de sua guerra.

*Salus populi suprema lex*⁸⁶. O fortalecimento do Parlamento inglês é história de luta intensa, tendo sido dissolvido três vezes entre 1625 e 1629. Na mais longa delas, durante a sessão de 02 de março de 1629, a Câmara dos Comuns aprovou três moções de repúdio às atitudes do Rei Carlos I que, em fúria, dissolveu o Legislativo naquele mesmo dia, tendo-o mantido nesta condição por onze anos (período conhecido como *the Eleven Years' Tyranny*). Nos anos seguintes, o rei tornou-se bastante impopular pelo modo como espoliou a todos para obter os seus recursos. Com a rebelião escocesa, em novembro de 1640 o monarca precisou reavivar o Parlamento (período conhecido como *Long Parliament*), que, valendo-se da situação, impôs o Ato Trienal de fevereiro de 1641, que inseria a observância de reuniões parlamentares em período não inferior a três anos⁸⁷.

⁸⁶ Locução latina do direito romano que significa a lei suprema é o bem do povo.

⁸⁷ ROYAL. The Home of Royal Family. Charles I (1625-1649). Disponível em: <<https://www.royal.uk/charles-i>>. Acesso em 24/03/2020. PARLIAMENT UK. The Civil War. Disponível em: <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/civil-war/overview/petition-of-right/>>. Acesso em: 24/03/2020.

Após a guerra civil (1642 a 1649) e execução de Carlos I, a Câmara dos Comuns aboliu a monarquia inglesa e declarou o país uma *commonwealth*. Mas, firme no jurista português Nuno Piçarra (1989, p. 44-49), o Parlamento também revidou com a mesma intensidade da monarquia: confiantes de si ante a fraqueza do governo, os parlamentares se valeram intensamente do *impeachment* em face de vários ministros. O gládio daquele período ocorria entre o absolutismo e a *rule of law*, e desta vez, era o Parlamento que agia contra os interesses da Inglaterra.

Nesta medida, Piçarra comenta da necessidade de uma separação entre os poderes, cujos acontecimentos denotavam que a competência precípua do Parlamento se restringissem ao ato de legislar, diminuindo as seus tentáculos em matéria jurisdicional, e que em nenhuma hipótese os criadores das normas pudessem ser também seus aplicadores. A conclusão da realidade era que as funções deveriam agir separadamente, mas também era imperiosa a existência de um equilíbrio interorgânico entre elas, necessário para conter o avanço de uma das partes.

Como arma ideológica de luta contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento, a necessidade de separação dos poderes era invocada com o preciso sentido de limitar aquele órgão ao desempenho da função legislativa, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveria caber.

Tal divisão seria fundamental para preservar a *rule of law*.

Eis a doutrina da separação de poderes, pela primeira vez enunciada nos seus traços autônomos fundamentais, como doutrina prescritiva de determinados arranjos orgânico-funcionais, baseada numa certa análise das funções do Estado. [...] Apenas decorre de determinadas ideias jurídicas correntes na Inglaterra de então, visando assegurar fins precisos: a exclusão da tirania e do arbítrio, inevitáveis quando todos os poderes estão concentrados num só órgão, e a garantia da liberdade e da segurança individuais, seriamente comprometidas quando as leis são aplicadas por quem delas é o autor (PIÇARRA, 1989, p. 49).

Assim, no caso inglês, a prática republicana, em detrimento à monarquia absoluta, influenciou as análises teóricas, estabelecendo uma simbiose que se retroalimentou. John Locke por exemplo, é um daqueles autores que se inspirou em todo este contexto e é reflexo do pensamento de sua época. Já falamos de seu pensamento no fim do primeiro capítulo, momento em que apontamos a centralidade do Parlamento na construção de sua teoria para obter, ao final, o fortalecimento de estruturas que conduzissem ao aprofundamento do Estado de Direito.

Porém, a despeito de ser o *locus* do poder supremo, o Parlamento também não poderia ser ilimitado, seja por sua natureza fiduciária, seja ainda pela essência do contrato social que impedia poderes absolutos⁸⁸. Ainda a este respeito, Locke enunciava que o governo não poderia exercer sua atividade em contraste à legislação, e também a jurisdição deveria estar a cargo de magistrados competentes e com garantias, que a propriedade (vida, saúde, liberdade e a própria propriedade) deveria ser guarnecida e ainda lembrava da cláusula de impedimento de delegação da atividade legiferante.

Mais do que estabelecer um sistema de separação e interação dos poderes (freios e contrapesos), tal como realizado por Montesquieu, Locke tem como preocupação justificar as competências de cada um deles, fundado na ideia original e mais rudimentar de que os poderes não deveriam permanecer concentrados. Sobre o Legislativo, aponta também que os representantes discutem e votam as proposições reunidos em assembleia, e a despeito de serem independentes neste momento, após tal ato solene deveriam reassumir a vida civil para também se sujeitarem às normas que foram objeto de sua proposição, deliberação e aprovação.

Embora o Legislativo seja o poder supremo, outros poderes permanentes são necessários, em especial para que os legisladores não fossem tentados a colocar-se acima da lei, ocupando o posto que o monarca absoluto deixara, o que teria por efeito converter o Estado exatamente naquilo que era objeto de

⁸⁸ Locke (1998, p. 517-518) mostra-se coerente com o objetivo do contrato social. Diz ele que o povo cedeu parte de suas prerrogativas para a formação da sociedade. Embora o Parlamento seja supremo, a autoconservação é uma lei sagrada. Por ele ser fiduciário, caso desviasse de sua finalidade poderia ser removido ou alterado, de acordo com a vontade do povo. Por tal razão, qualquer poder absoluto que quebrantasse a harmonia na composição da sociedade legitimaria o povo a retornar ao *status quo*.

repulsa. O primeiro deles é o Executivo, responsável pela execução das leis criadas. O outro é o federativo, apesar que o nome lhe fosse indiferente, e que conteria as relações exteriores, guarnecendo “a gestão do interesse público externo”⁸⁹. Enquanto este devesse ser conduzido mais pela perícia de quem estivesse à sua frente do que propriamente pelas leis internas, o Executivo deveria observá-las em qualquer hipótese. Executivo e Federativo, desta maneira, estariam subordinados ao poder supremo, sendo-lhes ministeriais e menos dependentes.

Ao compulsar as páginas de *Dois Tratados*, é perceptível que John Locke teoriza exatamente acerca da realidade inglesa. Por exemplo, menciona que a eleição ao Legislativo, normalmente invocada pelo Executivo, dar-se-á pelo prazo indicado na constituição original ou ficará a cargo do bom senso do governo. Caso rompa com seu encargo fiduciário e não o faça, ou ainda use de seu poder para impedir o exercício dos legisladores, rasga o compromisso estabelecido com o povo, que arvora-se no direito de fazê-lo ante a deflagração de um estado de guerra.

Todavia, ainda que fiel observador da legislação e cumpridor do Estado de Direito, ao Executivo cabe a prerrogativa da discricionariedade. Como neste período o Parlamento não realizava reuniões semanais à exemplo da atualidade, mas era convocado quando necessário, uma vez que a extensão da regulação normativa era moderada por ser menor o espaço de atuação do Estado, e também pela percepção da época de que a dinâmica parlamentar demandaria dissoluções frequentes para que todos obedecessem a própria lei aprovada, a aplicação da legislação no cotidiano demandaria certa flexibilidade por parte do governo, *conditio sine qua non* para o mínimo funcionamento das atividades básicas necessárias para a vida em sociedade que provinham do Estado. Contudo, este espaço de atuação sem a rigorosa presença da legislação deveria observar o bem comum (LOCKE, 1998, p. 528-536).

Deste modo, Locke não avança em sua análise da separação de poderes a ponto de estabelecer uma precisa divisão orgânica entre as funções. Ao ecoar

⁸⁹ Nas palavras de Locke (1998, p. 516), o poder federativo deveria responder pelo “poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas”.

a realidade inglesa da Declaração de Direitos (1689), o autor reforça a autonomia material da função legislativa. Foi com Montesquieu, líder espiritual dos pais fundadores⁹⁰, que houve uma guinada no que toca a relação entre os poderes Legislativo e Executivo. O Judiciário, como sabemos, só adquiriu protagonismo a partir da *judicial review* de matriz estadunidense.

Por certo, são dois os momentos constituintes desta teoria em Montesquieu. O primeiro, de ordem política, teve o condão de fracionar as funções soberanas, afastando-se, desta maneira, do legado feudal-absolutista. O outro, de ordem jurídica, primou pelas atribuições e sua relação de mútuo controle⁹¹. Oportuno ter em mente a observação de Nuno Piçarra (1989, p. 82), para o qual o sistema de freios e contrapesos, institucionalizado pela doutrina estadunidense, tem suas origens na teoria da balança de poderes inglesa, que buscava equacionar a realidade político-social daquele país (rei, nobreza e povo) com as novas demandas de controle que surgiram pela experiência adquirida ao longo dos séculos XVII e XVIII.

A aplicação deste princípio tem por parâmetro a constituição mista por Montesquieu ter localizado as três forças sociais preponderantes no contexto inglês: democracia, aristocracia e monarquia. A democracia se fez forte com este novo ator político que é o povo, fator de legitimação das constituições liberais e atuante indireto, mediante representantes eleitos, que decidem por ele no que concerne ao instrumento fundamental do Estado de Direito, a criação e alteração da lei. Já a nobreza, no contexto inglês, tinha espaço de destaque na função legiferante, porém na Câmara dos Lordes (*the upper chamber*), designada especialmente para questões financeiras, seu principal interesse. E, por fim, o monarca, que governava com auxílio de seus ministros. Assim, as principais

⁹⁰ Tal afirmação pode ser embasada pelo famoso número 47 do Federalista (que trata da separação de poderes), no qual Madison afirma que “o oráculo que é sempre consultado e citado sobre esta matéria é o celebrado Montesquieu” (no original: *The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu*). Cf: MADISON, James. The Federalist Papers: No. 47 – The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts. YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed47.asp>. Acesso em: 29/03/2020.

⁹¹ Consoante Lorenzo Spadacini (2012, p. 17), “acerca dos instrumentos para realização desta finalidade [saída do absolutismo feudal], como dito, Montesquieu propõe, por meio da teoria conhecida como separação de poderes, tanto a técnica de divisão como aquela de balanceamento”. No original: “circa gli strumenti per la realizzazione di tale finalità, come si è detto, Montesquieu propone, sotto l’etichetta comuni di ‘separazione dei poteri’, sia la tecnica della divisione sia quella del bilanciamento”.

parcelas sociais atuavam no poder político: não seriam apenas as funções que serviriam de freio umas às outras, mas também as classes majoritárias da sociedade.

Todas estas ideias e legado histórico formaram o ombro de gigantes sobre os quais Montesquieu se alçou, pois resta muito clara a influência preponderante do modelo inglês em seu livro⁹². Com efeito, o Legislativo cuidaria do processo legiferante (criação e alteração), o Executivo das coisas teria a incumbência das relações do Estado interna e externa (“faz a paz e a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões”), e o Executivo das coisas que dependem do direito civil seria responsável por punir crimes e resolver litígios⁹³.

O jurista francês tinha muito forte consigo o ideal do liberalismo de sua época, cuja liberdade política adquiria relevância primordial dentre os demais direitos. Sendo este seu principal objetivo, o caminho foi afirmar um governo moderado pela via do Estado de Direito (assim como Locke), em que a lei e o Parlamento fossem o epicentro a se irradiar para todos os âmbitos desta nova construção, função esta que deveria estar apartada do Executivo, para evitar arbitrariedades. Por isso, organizar os poderes Legislativo e Executivo eram a sua principal tarefa.

Na relação entre os poderes, o essencial era definir o que constituiria a competência originária de cada um, pois era alto o risco de se substituir um rei absoluto por um Parlamento absoluto, como já havia ocorrido. Com efeito, a função parlamentar foi se alinhando em definitivo com a legiferante e também como fiscalizadora do Executivo, tendo o *impeachment* como instrumento de tal prerrogativa, mas somente diante dos conselheiros ou ministros do rei, já que ele em si detinha a condição de inviolabilidade⁹⁴. Com feito, alterou-se o *King in*

⁹² Aliás, o cerne de seu trabalho, parcela mais celebrada em seu livro, intitula-se, exatamente, *da Constituição da Inglaterra*, capítulo VI do Livro XI de *O Espírito das Leis*.

⁹³ Curiosa citação de Seignobos apud Piçarra (1989, p. 92), de que, levada à risca a formulação de Montesquieu, seria possível apenas analisar “o governo de um reino merovíngio, em que toda a vida política se reduz a guerras, sentenças e éditos”.

⁹⁴ Jean-Jacques Chevallier (1999, p. 146) recorda que a ponte entre o Legislativo e o Executivo, já existente à época, mas que engatinhava, e que passa distante de *O Espírito das Leis*, era o primeiro-ministro, “chefe de sua maioria, gozando simultaneamente da confiança dessa maioria e da do rei, capaz, por isso mesmo, de fazer marcharem em harmonia todas as partes mutuamente encadeadas da engrenagem governamental. Meditara Montesquieu o suficiente sobre o exercício do poder por Walpole?”. Sir Robert Walpole exerceu este encargo de 1721 a

Parliament, no qual a vontade do monarca era preponderante na condução do processo Legislativo, em igualdade de poderes, e se instituiu o veto, de modo que sua participação ficasse reduzida. Veto e *impeachment*, portanto, são ferramentas de controle: os poderes, assim, deveriam ser formados por faculdades de *estatuir* e *impedir*⁹⁵ (ou como denominamos, competências primárias e secundárias).

Mas e a função de julgar? Embora distinta da importância atribuída no século XIX pela Suprema Corte dos Estados Unidos, Montesquieu teve cautela em apontar as causas para a sua separação dos demais poderes. Com relação ao Legislativo, é dele o poder de criar o direito através da lei, e não do juiz. Se assim não o fosse, instaurar-se-ia o caos da insegurança, pois a lei seria a opinião de cada juiz no caso concreto. E se esta função estivesse nas mãos do Executivo, que detém o comando das forças públicas, transformá-lo-ia em opressor. A função de julgar, deste modo, não se enquadra na influência das classes, seja pela via legislativa ou executiva, constituindo-se como um poder nulo, com regras próprias. Tal conjunto de advertências à atividade jurisdicional foi um passo importante, tendo em vista o seu passado feudal nas mãos dos senhores.

É o que nos lembra Lorenzo Spadacini (2012, p. 28):

A especificidade que distingue o judiciário dos demais poderes reside no fato dele dever ser governado pela técnica da estrita separação, em especial porque cuida de garantir (em se tratando de um governo moderado, não-despótico) sobretudo a tutela das liberdades⁹⁶.

1742, e considerado o Primeiro-Ministro britânico. Cf: Past Prime Ministers. Disponível em: < <https://www.gov.uk/government/history/past-prime-ministers/robert-walpole>>. Acesso em: 26/03/2020.

⁹⁵ Estes são termos de Jean-Jacques Chevallier (1999, p. 145). Em suas precisas palavras: “faculdade de estatuir é o direito de ordenar por si, ou corrigir, de emendar, de refazer o que o outro fez; enquanto faculdade de impedir é apenas o direito de repelir, por conseguinte, de anular o que o outro ordenou, sem poder tocar-lhe”.

⁹⁶ Tradução nossa. No original: *La specificità che contraddistingue il rapporto tra il giudiziario e le altre branche di potere risiede pertanto nella circostanza che esso, ed esso soltanto, deve essere governato da una tecnica di stretta separazione, proprio perché si tratta di garantire (accanto alla presenza di un governo temperato, non dispotico) soprattutto la tutela delle libertà.*

Por fim, ao menos no que toca à influência republicana e liberal à teoria, às vésperas da Revolução Francesa, Immanuel Kant reafirmou a tripartição de Montesquieu. No livro *Metafísica dos Costumes*, ele traduz o direito, sempre sob o olhar da liberdade, com base em três eixos analíticos. O primeiro é a relação externa, ou seja, o direito não se propõe a regular ou não é afetado pela consciência moral dos indivíduos (que é papel da moral, voltada ao dever), mas tão somente pelo seu mundo relacional. O segundo, como resultado, é que as relações jurídicas são construídas pelo entrelaçar de distintas volições, entre dois contratantes, por exemplos, não sendo importante os seu desejos. Por fim, a forma de escolha, isto é, o direito se limita a criar as condições para que as vontades se unam de maneira livre, sendo-lhe indiferente a matéria da escolha (se na transação uma das partes acabará mais favorecida que as demais, por exemplo).

Com base nestes vetores fundamentais, torna-se mais compreensível o conceito de direito para Kant: “o direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”. Tal lei universal é expressada pelo imperativo: “age externamente de modo que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de outros de acordo com uma lei universal” (KANT, 2003, p. 76-77). O direito não deve ser visto por suas instituições, mas sim pelo conjunto de formas que permitem a coexistência das diversas volições individuais, de modo a assegurar a convivência nas esferas de “liberdade externa limitada pela lei” de cada indivíduo.

Neste sentido, o direito público cria leis para um povo, que demanda uma condição jurídica sob uma vontade que possa lhes unir. O Estado (*civitas*) é o conjunto de indivíduos numa condição jurídica (interesse em se manterem unidos) em relação aos seus próprios membros. Todo Estado, leciona Kant, encerra três poderes: o poder soberano na pessoa do legislador, o Executivo no governante e o Judiciário no magistrado. Tal relação institucional, em um silogismo prático, afere a premissa maior (a lei), a menor (o comando, de acordo com a lei) e a conclusão (a sentença no caso concreto).

Acerca dos poderes em si, Kant dispõe de olhar republicano para o Estado, ao dispor que o Legislativo somente pode pertencer à vontade geral

unida do povo, pois dele decorre o direito e somente assim a verdadeira justiça seria alcançada ao não violar qualquer vontade individual. Os cidadãos, qualificados como os aptos a votar, possuem três atributos concernentes à sua essência: liberdade legal (obediência à lei que assentiu), igualdade civil (todos em igual plano jurídico) e independência civil (cada qual preserva seus direitos como membro da coisa pública).

O Executivo, por sua vez, escolhe os magistrados e regulamenta a lei geral. Se possuísse a competência legislativa em si, transformaria o Estado em um despotismo, distante do objetivo kantiano que é o patriotismo, ou seja, um governo popular. Tal noção, indica Kant, não deve ser confundida com o paternalismo, o mais draconiano dos governos ao proceder como se os cidadãos inaptos fossem, uma vez que seu Estado patriótico respeita a independência de todos, reconhecendo que “cada um está de posse de si mesmo e independe da vontade absoluta de um outro ao seu lado ou acima de si” (KANT, 2003, p. 159).

Por fim, o soberano do Estado e seu governante não podem julgar, pois o próprio povo julga a si, através dos concidadãos indicados como representantes delegados em um processo de livre escolha (júri popular). Caso contrário, a sentença seria objeto de injustiça. Com efeito, na relação entre os poderes, haveria coordenação (a multiplicidade de pessoas morais, unidas, complementariam a constituição do Estado), subordinação (veda-se usurpar a função do outro) e associação (na união cada qual recebe seus direitos).

Assim, não há dúvidas que a realidade dos acontecimentos ingleses, somados às teorias republicanas e liberais, indicavam que a separação de poderes seria caminho natural para o definitivo estabelecimento da *rule of law* e consolidação da matriz estatal moderna. Restava somente o apogeu do constitucionalismo.

2.3.2. Revolução dos Estados Unidos e a matriz constitucionalista

As fundações da teoria da separação de poderes são europeias, seja do ponto de vista institucional, com a Inglaterra, seja com o apoio de pensadores do talante de Locke, Montesquieu e Kant. Mas foi no contexto dos Estados

Unidos que ela encontrou as condições para se desenvolver e se espalhar como paradigma do Estado republicano e da Constituição liberal.

O primeiro documento jurídico que enunciou a separação de poderes foi a Constituição da Virgínia, de 1776. Em seu preâmbulo, lê-se “o Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser para sempre separados⁹⁷”. Basicamente, há a previsão de competência dos poderes e uma pequena carta de direitos privados e públicos, sendo: Legislativo formado por Câmara dos Representantes (com representantes variando entre 125 e 300 membros) e um Senado denominado de Assembleia Geral (entre 15 e 50, cujos membros são apontados pela outra Casa); o Executivo comandado por um administrador e auxiliado por outras autoridades (secretário de tesouro, advogado-geral, xerife, delegados, entre outros); e o Judiciário, formado pela jurisdição do condado, Corte Geral e Corte de Apelação (cujos membros seriam nomeados pela Câmara).

Gaetano Silvestri, aclamado jurista italiano, aponta em seu clássico *La Separazione Dei Poteri* que, antes da revolução, os governadores indicados pelo governo britânico concentravam em si as funções legislativa e executiva para salvaguardar os interesses da Coroa, mantendo, com isso, uma tirania “detestável” e “insuportável”. O Judiciário, embora já fosse relativamente bem organizado e independente em primeiro grau, não o era em nível de apelação. A separação, neste caso, tornou-se a pedra angular ao sistema constitucional estadunidense, cuja Constituição da Virgínia serviu de matriz à Constituição nacional.

Montesquieu, como dito, inspirou a pesquisa dos fundadores. Contudo, o pensador francês alinhavou, com base no contexto inglês, uma Constituição mista que atendesse aos interesses da democracia, aristocracia e monarquia. No caso dos Estados Unidos, apenas a primeira classe precisaria ser contemplada, já que nunca possuiu reis ou classes nobiliárquicas. O objetivo era, portanto, fortalecer o modelo republicano, em que a fonte de poder unicamente era o povo.

⁹⁷ Tradução nossa. No original: *The Legislative, Executive and Judiciary offices shall be kept forever separate; no person exercising the one shall be capable of appointment to the others, or to either of them.* Cf.: Draft Constitution for Virginia 1776. YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/jeffcons.asp>. Acesso em: 28/03/2020.

As exigências fundamentais que os colonos revolucionários deveriam realizar para dar forma a um novo sistema político e institucional eram substancialmente três: 1) reforçar a unidade entre as colônias; 2) manter a coesão republicana dos diversos grupos sociais; 3) garantir um sistema em contínuo movimento social e político, efeito de um desenvolvimento ininterrupto⁹⁸.

A república é tratada por James Madison, nos conhecidos capítulos 9 e 10 de *O Federalista*. Ali, seu entusiasta deixa bem pontuado a essência deste modelo, qual seja, evitar o claustro da tirania pelo domínio. A vantagem do modelo republicano, para Madison, é propiciar a convivência dos inúmeros grupos que constituem o Estado. Com efeito, vários interesses serão postos à mesa para a tomada das decisões mais estratégicas à coletividade. A formulação foi além do modelo montesquiano de república confederada, pela vantagem da União federal ampliar a participação de tais grupos, inibindo a proliferação de grupos que venham ao assalto do bem comum. Neste sentido, “a influência de líderes facciosos pode acender uma chama no interior de seus próprios Estados, mas será incapaz de espalhar uma conflagração geral pelos demais”, seja por motivos religiosos, financeiros ou quaisquer outras temáticas de índole local que se choquem contra o interesse geral⁹⁹.

Em nível nacional, a independência proclamada em 1776 foi levada a efeito por conta do aumento da tributação sobre produtos e serviços da colônia em razão da necessidade de a Coroa inglesa levantar fundos para a Guerra dos

⁹⁸ Tradução nossa. Do original: *Le esigenze fondamentali cui i coloni rivoluzionari dovevano dare realizzazione nel modellare un nuovo sistema politico e istituzionale, erano sostanzialmente tre: 1) il rafforzamento dell'unità delle varie colonie; 2) il mantenimento della coesione 'repubblicana' dei diversi gruppi sociali; 3) la garanzia di un sistema fondato sul rapido ricambio sociale e politico, effetto di uno sviluppo ininterrotto* (SILVESTRI, 1984, p. 4-5).

⁹⁹ Tradução e comentários nossos. No original: *A religious sect may degenerate into a political faction in a part of the Confederacy; but the variety of sects dispersed over the entire face of it must secure the national councils against any danger from that source. A rage for paper money, for an abolition of debts, for an equal division of property, or for any other improper or wicked project, will be less apt to pervade the whole body of the Union than a particular member of it; in the same proportion as such a malady is more likely to taint a particular county or district, than an entire State.* Cf: MADISON, James. *The Federalist Papers: Nos. 09 e 10 – The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection For the Independent Journal & The Same Subject Continued The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection.* YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed.asp>. Acesso em: 20/10/2020.

Sete Anos. Nas décadas de 1760 e 1770, sobretudo, o *Stamp Act*, que instituiu um imposto sobre o selo e documentos, e o *Tea Act*, que abriu o mercado norte-americano ao chá oriundo da Companhia das Índias, deram azo ao clima de insatisfação que influenciaram a convocação do *First Continental Congress*, em setembro de 1774.

Este Congresso marca o início da reação das colônias estadunidenses em prol de sua independência e formação de um Estado soberano. O *Second Continental Congress*, logo no ano seguinte, deliberou sobre melhorias das relações entre a metrópole e a colônia. A resolução publicada, como resultado das discussões, apresenta diversas críticas contundentes sobre o progressivo controle exercido pela Inglaterra, em alguns casos até violando o que havia sido pactuado outrora. Como resultado, apontou-se para a formação de um exército e orientação às colônias para se organizarem politicamente por meio de uma Constituição¹⁰⁰.

Após a independência, a forma jurídica adotada para a união das treze colônias foi a confederação por meio do *Articles of Confederation*¹⁰¹, de 1777, historicamente considerado a primeira “Constituição” daquele país. Verificou-se, todavia, que a organização política estabelecida restara débil, pois poucas eram as competências do governo central. Com efeito, convocou-se a Convenção Constitucional na Filadélfia, de 1787, para rever o seu documento fundamental. Desta convenção saiu o texto da Constituição dos Estados Unidos.

Distinto do processo revolucionário inglês, a promulgação da Constituição dos Estados Unidos foi fundamental ao constitucionalismo ocidental por ter inaugurado a categoria político-jurídica de um documento deste diapasão. Seus sete artigos, divididos em seções, traçam as linhas mestras para a formação da União federal: os direitos fundamentais dos cidadãos, que não constam deste texto original, foram acrescentados por meio de emendas, denominadas *Bill of Rights*. Versa o primeiro artigo sobre a formação do Congresso Nacional, fracionado em Senado (*Senate*) e Câmara dos Representantes (*House of*

¹⁰⁰ *Declaration of Taking Up Arms: Resolutions Of The Second Continental Congress*. In Constitution Society. Disponível em: <<http://www.constitution.org/bcp/takuparm.htm#001>>. Acesso em: 20/03/2020.

¹⁰¹ Após a promulgação da Constituição, os *Articles of Confederation* permaneceram em vigor até março de 1789.

Representatives). O artigo seguinte trata das questões atinentes ao Poder Executivo, na figura do Presidente e Vice-Presidente. O artigo terceiro fala das garantias do Judiciário, da Suprema Corte e dos *judges*. O artigo quarto determina a fé nos atos públicos praticados pelos Estados-membros, algo primordial no sistema federalista. O artigo quinto se relaciona ao processo legislativo, autorizando o Congresso a editar emendas ao texto constitucional. O penúltimo confere a supremacia da Constituição sobre as demais normas, devendo ser observada por juízes, além de conferir validade aos créditos contraídos antes dela. Por fim, o artigo sétimo determina que a ratificação do texto constitucional exige o voto de nove colônias, embora ateste a unanimidade em sua aprovação¹⁰².

No famoso capítulo 47 de *Federalist Papers*, James Madison aponta que havia uma rejeição ao texto constitucional por ele não ter conformado as três funções de maneira separadas e distintas, o que supostamente não conduziria a aquisição da liberdade política, consoante postulados teóricos gerais da época¹⁰³. Opondo-se a esta linha de afirmação, e fundado na análise de Montesquieu acerca da realidade inglesa, na qual não havia um definitivo distanciamento entre as funções, mas uma imbricação (como no caso do veto e do *impeachment*), Madison conclui pela separação de poderes aliada ao princípio dos freios e contrapesos, objeto de exaustiva discussão entre os federalistas.

O que subjaz a tais decisões constitucionais em prol dos freios e contrapesos era um país em crise, entre a anarquia e a tirania, consoante nos

¹⁰² Para além do texto constitucional, a afirmação de todo o contexto da história das colônias constituem um movimento muito peculiar dos Estados Unidos. Afirmou-se a independência das colônias e a criação da União, o federalismo, o Executivo que conjuga em si as funções de chefe de Estado e Governo, a separação dos poderes e a supremacia da lei. Como a independência judicial era garantida desde o período colonial, o que fomentou a ramificação do Judiciário, havia a estrutura necessária à instalação de uma Suprema Corte, responsável pela interpretação de diversos dispositivos constitucionais. Nos termos de Barroso (2016, p. 19) a plasticidade destes dispositivos garantiu a vitalidade da Constituição, alterada apenas por vinte e sete emendas em mais de vinte e três décadas de vigência.

¹⁰³ Em suas palavras: *What I have wished to evince is, that the charge brought against the proposed Constitution, of violating the sacred maxim of free government, is warranted neither by the real meaning annexed to that maxim by its author, nor by the sense in which it has hitherto been understood in America.* Cf: MADISON, James. The Federalist Papers: No. 47 – The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts. YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed47.asp>. Acesso em: 29/03/2020.

revela a análise de Roberto Gargarella. O cenário pós-independência era de muitas dívidas, pois o crédito inglês havia cessado e poucos credores exigiam o pagamento de uma multidão de devedores. Os legislativos estaduais acabaram cedendo à pressão das elites locais e lançando mão de inúmeros artifícios para minorar a situação, como a emissão de papel moeda. O sentimento de diversos delegados, ao chegar à Convenção constitucional, era de que “devia-se mudar, de forma radical, o sistema de tomada de decisões, se é que se queria evitar, no futuro, que as Legislaturas fossem meras caixas de ressonância das demandas populares” (GARGARELLA, 2006, p. 173). Para evitar a ação de facções, dever-se-ia organizar as instituições de modo a se evitar a cooptação dos governos locais, oferecendo uma saída de igualdade republicana de poder a maiorias e minorias.

Assim, na concepção do sistema constitucional estadunidense, os freios e contrapesos são ferramentas institucionais que servem de anteparo à liberdade, por tornar mais difícil a apropriação do poder ao oferecer armas iguais a variados setores. Este tema foi tratado no capítulo 51 de *O Federalista*, no qual se apresenta os fundamentos da independência (“é evidente que cada departamento deve ter uma vontade de seu próprio; e, conseqüentemente, devem ser constituídos de forma que os membros de cada um tenham o mínimo de gerência possível na nomeação dos membros dos outros”; e “é igualmente evidente que os membros de cada departamento devem depender o mínimo possível dos demais, pelos emolumentos anexados aos seus cargos”¹⁰⁴). Nesta toada, apesar de os constituintes saberem que o povo seria, desde sempre, a sentinela primária da lisura estatal, advogavam pelo controle institucional por precaução.

A par de tais pressupostos, e tendo o modelo dos Estados Unidos como paradigma, duas advertências dos federalistas (Madison ou Hamilton):

¹⁰⁴ Tradução nossa. No original: *it is evident that each department should have a will of its own; and consequently should be so constituted that the members of each should have as little agency as possible in the appointment of the members of the others; e It is equally evident, that the members of each department should be as little dependent as possible on those of the others, for the emoluments annexed to their offices*. Cf: MADISON, James; or HAMILTON, Alexander. The Federalist Papers: No. 51– The Structure of the Government Must Furnish the Proper Check and Balances Between the Different Departments. YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp>. Acesso em: 20/10/2020.

Primeiro. Em uma única república, todo o poder cedido pelo povo é submetido à administração de um único governo; e as usurpações são evitadas por uma divisão do governo em departamentos distintos e separados. Na república composta da América, o poder entregue pelo povo é primeiro dividido entre dois governos distintos e, em seguida, a porção atribuída a cada um subdividida em departamentos distintos e separados. Daí surge uma dupla segurança para os direitos do povo. Os diferentes governos se controlarão, ao mesmo tempo que cada um será controlado por si mesmo. Segundo. É de grande importância em uma república não apenas proteger a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas proteger uma parte da sociedade contra a injustiça da outra parte. Diferentes interesses existem necessariamente em diferentes classes de cidadãos. Se a maioria for unida por um interesse comum, os direitos da minoria serão precários¹⁰⁵.

É o que ocorre, por exemplo, no bicameralismo, quando, no interior do próprio Legislativo, há a necessidade de um projeto de lei tramitar por Casas com essências distintas para ser aprovada (Article I, Section 7), de modo a “resfriar o circuito de decisão parlamentar”¹⁰⁶ no transcurso das discussões e votações. O veto do Executivo e a sua rejeição pelo Congresso (Article I, Section 7) é outro instrumento de controle, assim como o *impeachment* deflagrado pelo Legislativo (Article I, Section 2). Já foi abordado que esta é uma tradição inglesa incorporada pelos fundadores, com pequenas adaptações. Tal relação favorece com que cada poder se desenvolva em sua própria velocidade, uma vez que “a

¹⁰⁵ Tradução nossa. No original: *First. In a single republic, all the power surrendered by the people is submitted to the administration of a single government; and the usurpations are guarded against by a division of the government into distinct and separate departments. In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself. Second. It is of great importance in a republic not only to guard the society against the oppression of its rulers, but to guard one part of the society against the injustice of the other part. Different interests necessarily exist in different classes of citizens. If a majority be united by a common interest, the rights of the minority will be insecure. Cf: MADISON, James; or HAMILTON, Alexander. The Federalist Papers: No. 51– The Structure of the Government Must Furnish the Proper Check and Balances Between the Different Departments. YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp>. Acesso em: 20/10/2020.*

¹⁰⁶ Tradução nossa. No original: *Lo stesso bicameralismo che contrassegna la struttura del potere legislativo trova il suo fondamento nell’opportunità di ‘raffreddare’ il circuito della decisione parlamentare (SILVESTRI, 1984, p. 13).*

rapidez é um bem ao executivo e um mal para a assembleia; a lentidão é um mal para o executivo e um bem para o Legislativo. Ambos assim, juntos, são um bem para o Estado”¹⁰⁷.

Ao vislumbrar todos estes elementos, Jeremy Waldron (2016, p. 49) –ao levar em conta que, “na verdade, Montesquieu disse muito pouco¹⁰⁸” – propõe leitura da separação de poderes de cariz mais abrangente, isto é, com base na engenharia constitucional estadunidense¹⁰⁹ e multifacetada em cinco diferentes vetores, a saber:

- 1) Separação de poderes, como divisão das funções governamentais de Estado.
- 2) Dispersão de poderes, cujo objetivo é a descentralização das prerrogativas, de modo que não restem em mãos de apenas uma pessoa.
- 3) Freios e contrapesos, na medida madisoniana tornada clássica – isto é, as funções possuem competências não-absolutas, que são controladas pelas demais na forma de vetos.
- 4) Bicameralismo.
- 5) Federalismo.

Frise-se também o controle judicial de constitucionalidade, não reconhecido originalmente pela Constituição, mas que já era objeto de debate, como se observa no número 78 de *O Federalista*, em que Alexander Hamilton afirma que “as Cortes devem declarar o sentido da lei”¹¹⁰. Em 1803, quatorze anos após o início da vigência do texto constitucional, tem-se o famoso julgado *Marbury v. Madison* (5 U.S., 1 Cranch, 137,1803), marco fundamental que

¹⁰⁷ Tradução nossa. No original: *la rapidità è un bene per l'esecutivo e un male per assemblee; la lentezza è un male per l'esecutivo e un bene per il legislativo. Entrambe, insieme, sono un bene per lo stato* (SILVESTRI, 1984, P. 07).

¹⁰⁸ Tradução nossa. No original: *In fact, Montesquieu said very little* (WALDRON, 2016, p. 60).

¹⁰⁹ É preciso admitir que, neste caso, a separação de poderes está presente na Constituição dos Estados Unidos mais por interpretação dos três primeiros dispositivos, algo diferente do que ocorre na Constituição brasileira de 1988, que o adotou de maneira expressa no artigo 2º.

¹¹⁰ Tradução nossa. No original: *The courts must declare the sense of the law. Cf: HAMILTON, Alexander. The Federalist Papers: No. 78 – The Judiciary Department. YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp>. Acesso em: 29/03/2020.*

inaugurou o *judicial review*. Em outros termos, trata-se de uma “implícita não-delegação”, o que significa que “a Constituição não atribuiu ao Presidente a competência para dar a palavra final no que toca às interpretações de ambiguidades, mas às Cortes”, consoante Cass Sunstein¹¹¹.

Com a Constituição dos Estados Unidos, a teoria política da separação de poderes se converteu em princípio constitucional de organização do Estado. Sua influência foi marcante e decisiva para que diversos outros países seguissem o mesmo rumo e editassem constituições, como ocorreu na América Latina. Outro exemplo cristalino é o da França, cujos amotinados de 1789 fizeram constar na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão o famoso artigo 16 que proclama que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Princípio constitucional estruturante da Constituição liberal e republicana, a separação de poderes se tornou alicerce fundamental dos regimes jurídicos inspirados pelo modelo gestado nos Estados Unidos. Se a modernidade arrefeceu, a ponto de alguns a localizarem no ataúde da história, tal crise não arrastaria consigo a separação de poderes e, por via de consequência, parte do Estado como conhecemos?

Eis as estruturas fundamentais da separação de poderes na modernidade.

¹¹¹ Tradução nossa. No original: *Marbury might be said to rest on a theory of "implicit nondelegation," to the effect that the Constitution is not properly taken to grant the President (or, for that matter, Congress) the final authority to interpret its ambiguities. That authority has been granted to the courts* (SUNSTEIN, 2006, p. 2584).

CAPÍTULO 3

ESTADO E MODERNIDADE

A proposta dos capítulos antecedentes foi erigir o Estado moderno em seus principais acontecimentos e ideias que eclodiram na separação de poderes. Desde o limiar desta pesquisa, frise-se, estamos tangenciando poder e direito, em suas múltiplas, pendulares e inevitáveis imbricações.

Delineamos a estrutura fundamental para a consolidação de uma sociedade fundada em novos paradigmas, ou seja, do modelo medieval, em que predominavam o feudalismo como sistema de organização social, política e jurídica, e a religião que conferia o amálgama espiritual e cultural a este complexo. Apontamos que tal alicerce sofreu alterações significativas ante a reforma protestante e a revolução científica, no que toca ao predomínio do catolicismo, bem como a vitória da monarquia e posterior revoluções liberais que desestruturaram o legado feudal – tendo em vista a construção de um modelo institucional que pudesse colmatar os novos interesses ascendentes das mais variadas classes e grupos – iluministas, burgueses, republicanos, liberais, entre tantos outros).

A partir do século XVIII, mas especialmente XIX, os países europeus já se encontravam em transição ante a preponderância destes novos grupos – seja pela influência iluminista, pelo espírito republicano que já se espraiava em um contexto ainda de predomínio monárquico, seja ainda pela forma de pensar liberal que alçou o capitalismo e a burguesia como sistema econômico e grupo hegemônico deste novo momento, que consolidou uma estrutura de valores e tradições diferenciadas e cujos reflexos são perceptíveis até nossos dias.

No que concerne à política e ao direito, o período anterior à tais influências foi taxado como trevas nos quais reinavam o absolutismo e a extrema fragmentação do direito ante a inexistência de liberdade e segurança. Tal modelo era visto como ineficaz aos propósitos da nova realidade ascendente. Para tanto, os Estados nacionais, pela sua soberania, alçariam o direito como linguagem fundamental e cotidiana das relações entre particulares e destes com

o poder público. O espaço conquistado pelo direito foi reflexo da necessária ampliação da burocracia, no diagnóstico de Max Weber.

A proposta do capítulo segundo desta tese foi construir o caminho da separação de poderes em seus conceitos mais elementares. Deste modo, antes de tratar da divisão dos *poderes* e sua justificativa institucional, mostra-se essencial perscrutar a relação do *poder* com a estrutura estatal jurídica ascendente, a partir do século XVII, no afã de se compreender a mútua influência destes movimentos. Pois, é preciso lembrar, que o Estado nacional europeu nasceu sob a égide do regime absoluto, que encontrou nos déspotas esclarecidos o amálgama de unificação, em torno de si, do poder em seus espaços de influência geográfica.

Desde o século XVII a fonte da legitimidade do poder era assunto de discussão entre os pensadores da época (em sua maioria, filósofos da política, atuantes em seus contextos). Como refluxo do império espiritual nas questões mundanas, por um abrupto retorno da teoria das duas espadas, questionava-se a legitimidade divina autoproclamada pelos soberanos. Vencida a guerra com a igreja, travou-se a batalha com a estrutura feudal legada do passado, e a institucionalização e conseqüente despessoalização do poder era o pórtico para a formação da estrutura almejada que resultaria em segurança jurídica. Afinal, parcela importante dos autores de cariz republicano e liberal alertava para o perigo de violação ao pacto social fundante pelo uso do poder público para fins pessoais.

A este respeito, Georges Burdeau (2005, p. 23-24) afirma que as pessoas inventaram o Estado para não ter de obedecer às próprias pessoas. Sendo assim “ou o poder é ligado a uma função em que encontre ao mesmo tempo seu título e seus fins, ou é uma propriedade de certos indivíduos e, por conseguinte, o instrumento de suas vontades ou de suas fantasias”. Isso significa que o poder deixou de ter a feição humana para se liquefazer no direito? Não necessariamente. O objetivo era estabelecer procedimentos, conferir maior liberdade aos legisladores e diminuir a influência dos soberanos nas decisões que impactavam a sociedade como um todo (por exemplo, solicitar mais recursos para uma determinada guerra).

As revoluções liberais, especialmente a francesa, são o estandarte da mudança, que legava a segundo plano a influência da sociedade de Corte ante a ascensão da burguesia empoderada pela revolução industrial. O projeto constitucional de limitação do poder se tornou emergencial. Por sua vez, a teoria da separação de poderes, dada a experiência parlamentar inglesa, estava no âmago de tal discussão. Enclausurar o poder em um procedimento jurídico foi a forma encontrada para satisfazer as exigências daquele momento histórico. O constitucionalismo liberal, deste modo, ganhou força ao separar os poderes, organizar as instituições estatais e garantir direitos individuais para obter, ao final, a liberdade e a segurança do povo, tornado agora a fonte de legitimidade do poder, e o Parlamento, sua casa de representação cuja competência precípua é criar e alterar a legislação.

Se é certo que a história não se consolida em definitivo, tratando-se, ao contrário, de um processo sempre em marcha, é forçoso reconhecer que novos elementos críticos tensionam ideias e instituições consolidadas por força da tradição. Ao longo deste capítulo, trataremos da relação modernidade e pós-modernidade, como fricção de dois mundos em transição. Seriam os pós-modernos *mochos de Atena*, a vislumbrar uma nova forma de estrutura institucional que, eventualmente, fará frente à que atualmente se encontra em vigência? Ou meros iconoclastas, a criticar o presente sem lançar luzes ao porvir?

3.1. ECLIPSE ESTATAL E DE SEUS PARADIGMAS FUNDANTES?

É lugar comum a afirmação de que o Estado passa por uma crise sem precedentes, reflexo da corrosão dos pilares da modernidade. A consequência direta pode ser encontrada nas instituições estatais, que passam por um colapso em sua confiança e pouca ou nenhuma esperança de mudança a médio ou longo prazo.

Diversos são os flancos em que o fenômeno eclipsante assola a instituição estatal: desde a baixa eficácia de sua atuação - no que diz respeito à sua intervenção na sociedade, especialmente em países que não viveram um Estado de bem-estar, como é o caso brasileiro - até o paradigma do sujeito que funda

a modernidade. A despeito de se considerar diversas mudanças no panorama político e jurídico para este século XXI, em comparação com os períodos anteriores, é oportuno marcar posição de que não há uma pós-modernidade que abale as fundações estatais. Ainda assim, necessária é a análise deste cenário de mudanças, que apresenta uma série de desafios para pensarmos nas instituições estatais. O intuito não é esgotar o assunto, mas exemplificar com questões que afetam a noção tradicional de soberania do Estado em suas vertentes interna e externa, tais como: crítica comunista, ascensão do social, crise de legitimidade política, totalitarismo e globalização.

A corrosão dos paradigmas estruturantes do iluminismo, que fundamentaram a modernidade, desvelaram o amálgama que constituía a sociedade pensada pela burguesia liberal. À medida que tais dogmas foram sofrendo abalos em suas construções, o edifício do Estado perdeu parcela de sua higidez. A ideologia comunista alçada à política de Estado é, talvez, o exemplo mais claro e perceptível de tais mudanças sugestionadas neste limiar de capítulo, em razão de ter dividido o mundo ao longo de todo o século XX e forçado o abandono das políticas liberais ortodoxas. A despeito de análises ideológicas ou axiológicas acerca de sua validade, as perguntas essenciais a serem feitas, aos préstimos desta pesquisa, são as seguintes: quais fatores motivaram a crítica comunista e por qual razão ela foi aceita por parte dos países?

O ataque ao Estado liberal – ou seja, do “capitalismo como sistema social”, nas palavras de John Rawls (2012, p. 348) – tem seu apogeu na Europa em meados do século XIX, com a Primeira Internacional (1864) e a Comuna de Paris (1871). Como as relações de trabalho foram renovadas, do vínculo vassálico para o operariado, os trabalhadores daquele período se encontravam em uma situação de exploração contínua e sistêmica, sem nenhum intermediário que guarnecesse seus interesses. Embora os liberais apregoassem a liberdade nos âmbitos político, econômico e social, como um apanágio extensível a todos, na prática o resultado observado pós-revolução industrial foi que, para além do formalismo jurídico, pouco valeria a previsão normativa se o exercício dos direitos não encontrasse respaldo na realidade da época – que hoje, aos nossos olhos, é considerada opressiva.

Tal crítica, do ponto de vista sociológico, foi feita por Ferdinand Lassale, que cunhou a expressão Constituição folha de papel e se tornou famoso pelo debate que Konrad Hesse estabeleceu com sua conferência de abril de 1862. Lassale, naquela oportunidade, questionava se a ordem constitucional disporia da força vinculante suficiente para tornar vigente as suas disposições em paralelo aos grupos mais poderosos, que buscavam a todo custo lhe usurpar. Com efeito, de nada serviria se este documento não encontrasse força o bastante, no seio da sociedade, para resguardar os direitos que enunciava, tendo em vista os fatores reais de poder – especialmente a vontade das elites – que serviam de óbice à sua eficácia (HESSE, 2009, p. 123-125).

Nesta toada, o mote do pensamento socialista adquiriu força ao demonstrar a distância entre a realidade de exploração acentuada sofrida pela classe dos trabalhadores, de um lado, e a previsão normativa e os discursos burgueses, de outro. Vislumbrada esta rachadura na fachada liberal, variados foram os pensadores que trataram de ampliá-la: pelo socialismo utópico, os anteriores a Karl Marx e Friedrich Engels, ávidos por manter vivo o espírito da revolução francesa, sem, contudo, bombardear a estrutura política e jurídica que lhes foi legada; pelo socialismo científico, os próprios Marx e Engels e seus seguidores, que advogavam pela impossibilidade de reforma do Estado, sendo a demolição e reestruturação da sociedade a partir de alicerces distintos o único caminho para o fim da relação de dominação sofrida pelo proletariado.

Cesare Pianciola (1998, p. 1197), após o fracasso da Primavera dos Povos, de 1848, aduz que:

[...] o problema principal era o de constituir organizações operárias autônomas e de obter para elas o reconhecimento dos direitos elementares de associação e de imprensa, a ampliação do direito de voto para além dos limites consitários dos ordenamentos liberais, o direito à greve e à contratação sindical.

É importante repisar que Karl Marx defendeu o fim do Estado e do direito, por alicerçarem a superestrutura, um aparato capitalista de exploração de uma classe sobre a outra. Na perspectiva jurídica, tornou-se tradicional apontar a relação entre os golpes desferidos contra o liberalismo e o desenvolvimento da

segunda dimensão de direitos fundamentais, relacionada a prerrogativas econômicas, sociais e culturais. Apesar de os documentos jurídicos da época declararem a igualdade formal de todos perante a lei, este grupo de direitos não era usufruído pela maior parcela da população, especialmente os trabalhadores, que exigiam, ao contrário da abstenção estatal em prol da garantia de liberdades – primeira dimensão de direitos –, a sua atuação como espécie de agente permissivo.

O estandarte comunista provocou uma reviravolta no modo de pensar. A Europa assistiu ao seu avanço como ideologia política e socioeconômica, forçando os países alinhados ao modelo econômico-liberal a preparar uma contraofensiva. A resposta veio na forma do Estado de bem-estar (*welfare state*), que atenuou o liberalismo clássico para marcar um período de intervenção econômica, social e cultural na sociedade, de modo a tentar garantir que tais países se mantivessem alinhados ao grupo capitaneado pelos Estados Unidos e Inglaterra. O refluxo deste modelo ocorreu apenas entre as décadas de 1970 e 1980 ante a ascensão da política neoliberal, que procurou ressignificar a intervenção do Estado em alguns setores da sociedade.

Mas não podemos dizer apenas que os postulados liberais sofreram críticas e, com isso, retiraram parte da legitimidade do Estado moderno, em si. No que tange à sua soberania interna, o decorrer do tempo potencializou a pluralidade e, com ela, a tensão, ínsita aos governos democráticos: o impacto foi sentido pelos poderes representativos, especialmente o Legislativo, no que tange à satisfação do bem-estar de seus cidadãos. Em outros termos, a pluralidade no contexto democrático trouxe à esfera pública a multiplicação de desejos e valores. Com efeito, a secularização que operava, em nome da razão, como antídoto contra discussões tradicionais e religiosas em âmbito público, converteu-se em subjetividade exacerbada que traz para esfera política discussões pontuais, que não diziam respeito ao domínio público.

Nesta linha, nas palavras de Nicola Matteucci (2011, p. 75-78), o Estado contemporâneo é paternal e sofre pressões para proporcionar felicidade aos cidadãos transformados em consumidores, em uma fórmula ambivalente que precisa congrega progresso econômico e contínua ampliação de direitos prestacionais. Este processo é lido por Hannah Arendt como a ascensão da

esfera social, que se medrou, em fins do século XVIII, entre o público e o privado. Enquanto o público é regido pela igualdade, e o privado pela exclusividade¹¹², o social tem como propulsão a discriminação, ou seja, é facultada a criação de greis e associações que distinguem seus membros de acordo com a sua natureza (como a categoria profissional ou ideológica). Para a filósofa, no entanto, o problema está quando o social é alçado à esfera política, convertendo o Estado em algoz ao talante dos interesses de grupos dominantes, como ocorreu na África do Sul com a segregação do *apartheid*: a esfera pública não era regida pela igualdade, mas pela discriminação.

Por não ser emissária de interesses de toda a sociedade, a esfera social se aproxima da privada no que tange à satisfação das necessidades individuais e de grupos em um modo aperfeiçoado, valendo-se da esfera pública, colonizando-a. Conforme apontado no capítulo anterior, a sociedade burguesa é marcada pela vitória da satisfação biológica – trabalho – sobre a busca à liberdade, emblema liberal que se tornou vão com o passar do tempo¹¹³. Neste domínio, não se espera a ação livre dos indivíduos, mas a segurança em seus diversos níveis. Como se deu este processo? Um notável elemento estabilizador foi a burocracia – o domínio de ninguém¹¹⁴. O outro foi a substituição do político pelo administrador, vez que a vitória do social coage a política a se transformar em gestor dos problemas sociais e artífice de estratégias para o desenvolvimento do progresso pela economia financeira, racionalização do

¹¹² O privado é exclusivo por ser o espaço de atuação do indivíduo, que age segundo seu alvedrio. Um exemplo claro desta característica é a inviolabilidade de domicílio: salvo nas estritas hipóteses legais, o indivíduo tem ali o seu domínio exclusivo.

¹¹³ Conforme Odílio de Aguiar (2004, p. 13): “social é então, para Arendt, a forma de vida que surgiu com a modernidade e na qual resultam privilegiadas a socialização e a funcionalização das atividades humanas, uma vez que o biológico priorizado impõe uma forma de organização dos homens em que eles não passam de meros meios, funções, para realização do progresso e, assim, como tais, como seres singulares, se tornam supérfluos. Essa é a razão da animosidade de Arendt para com a categoria do social. Isso significa o fim da liberdade para agir, começar algo novo, fundar comunidades, e o cerceamento da dimensão espiritual, da capacidade de descondição inerente ao exercício da faculdade de pensar”.

¹¹⁴ Em *Sobre a Violência*, texto já citado nesta tese, Arendt denomina a burocracia de domínio de ninguém ou tirania sem tirano, por não prestar contas de si mesma e ninguém poder ser responsabilizado. Em suas palavras: “em uma burocracia plenamente desenvolvida não há ninguém a quem se possa inquirir, a quem se possam apresentar queixas, sobre quem exercer as pressões do poder. A burocracia é a forma de governo na qual todas as pessoas estão privadas da liberdade política, do poder de agir: pois o domínio de Ninguém não é um não-domínio, e onde todos somos igualmente impotentes temos uma tirania sem tirano” (ARENDR, 1994, p. 58-59).

direito e da técnica, intervenção do Estado, entre outros¹¹⁵. Ao fim do processo, na atualidade, os cidadãos se tornam consumidores, e se voltam ao público apenas para dele obter vantagens, como em um balcão de negócios. A política perde seu sentido, deste modo, não sendo *locus* de liberdade, mas administradora de interesses e vontades.

Semelhante a uma Hidra de Lerna, no qual se corta uma cabeça e outras duas surgem no lugar da anterior, os interesses privados em âmbito público anulam a capacidade de o poder público prover até mesmo o essencial de um modo satisfatório. E tal dilema, como anunciado, é mais perceptível no Legislativo e na confiança às instituições democráticas. A sensação dos cidadãos em democracias consolidadas no ocidente, como o Brasil, é a da sua ineficácia em prover o que enunciam os documentos jurídicos. Por outro lado, não se veem perspectivas de mudanças: a crítica tem se voltado para as estruturas que erigem o modelo de pouca participação – o voto tem sido o único instrumento de regular exercício – e o fisiologismo da política partidária representativa. No bojo deste processo, estão os representantes e sua diminuta legitimidade para prover o interesse de tantos grupos, inclusive os seus, carregando a pecha do desvio de interesse público.

Voltando-nos ao Brasil, tal pressão sobre o poder público fortaleceu a figura do Chefe do Executivo¹¹⁶ em detrimento ao Congresso Nacional ao longo das últimas décadas. Assim, se os espaços de atuação são poucos e não há uma conexão entre os polos do processo de representação, em sentido contrário ao da limitação dos espaços ocupados pelos representantes, foi notória a perda de legitimidade popular e a ampliação da jurisdição constitucional. Uma das causas para a judicialização é a transferência da discussão política para a judicial. Ao não conseguir prover felicidade a cada cidadão, cumpre-se a previsão de Antonie Garapon: depois do protagonismo do Legislativo nos séculos XVIII e XIX e do Executivo no século XX, aparentemente este será o

¹¹⁵ A métrica de Estados e governantes, nesta realidade, é a eficácia, vetor que será explorado no próximo capítulo.

¹¹⁶ Segundo Roberto Gargarella, em *La Sala de Máquinas de La Constitución*, o hiperpresidencialismo é um fator histórico em toda a América Latina. A crise de confiança do Legislativo apenas aguçou ainda mais esta tendência. Este tema será abordado no próximo capítulo desta tese.

século de preponderância do Judiciário como via alternativa à inflexão entre o cidadão e as instâncias políticas das demais funções do Estado¹¹⁷.

Para além das suas instituições, o nacionalismo se enfraqueceu quanto ao caráter estruturante para a definição do território estatal, bem como os governos totalitários representaram duro golpe na instituição Estado-nação. O monismo jurídico encontrou críticos contumazes na segunda metade do século passado ao apontar novas fontes de normatividade – ainda que não reconhecidas formalmente. Com efeito, o monopólio dos *aparatos de justiça* em favor do Estado já deixou de existir em muitos países, uma vez que parceiros privados têm atuado progressivamente em segmentos que outrora constituíam monopólios estatais. Os exemplos mais comuns são: a arbitragem (que substituiu a jurisdição estatal), educação privada, administração penitenciária, exercício da segurança pública e até o emprego de corporações militares privadas, como se observou na Guerra do Iraque.

Aberto o flanco internacional, os Estados passaram a não sofrer pressão apenas do povo que o compõe. Por certo, desde a Paz de Vestefália (1648), eles têm sua soberania e independência internacionais reconhecidas. Mas seu poderio recrudescceu ao longo dos séculos, ao menos por dois fatores. O primeiro deles foi o estrago causado pela ascensão dos governos totalitários na primeira metade do século XX. Tal forma de governo vai além do puro despotismo, cuja mola propulsora é o temor (Montesquieu): sua natureza é contrária à dignidade humana, ao lançar o terror como arma fundamental da esfera política, colonizando todos os âmbitos de vida existentes em prol da obediência irrestrita. O palco fundamental e necessário para a dominação total da vida foram os campos de concentração, em que se observou a desintegração das personalidades jurídica, moral e humana. Após as hecatombes levadas a cabo por governantes nacionalistas (Hitler, Stálin, Mao-Tsé, Bizmungu, entre outros), a comunidade internacional fortaleceu a lógica dos direitos humanos contra os Estados nacionais.

O segundo fator foi a globalização econômica. Sabemos que desde a década de 1990, com a queda do Muro de Berlim e o fim da União Soviética,

¹¹⁷ Este assunto será retomado no início do capítulo quarto desta tese.

aumentou-se muito o poder de barganha das multinacionais em prol de benefícios fiscais, realidade, porém, que não colapsou o Estado em nível internacional. Mas, o capitalismo global tem força suficiente para ceifar a democracia soberana dos governos. Em meio a última crise econômica da zona do Euro, Amartya Sen (SEN, 2013, p. 30) lamentava que “pouco importa o que a população grega, espanhola ou portuguesa pensa comparada ao que pensam os líderes financeiros, as agências de classificação de risco e os bancos”.

A globalização também corroeu o papel do Estado no que tange às finanças globais. José Eduardo Faria (2009, p. 314), em artigo que discute o direito após a crise financeira de 2008, aponta que o papel dos Estados têm recrudescido progressivamente no campo do sistema financeiro global. Embora haja teorias divergentes, ele aposta que o caminho que se seguirá é o de redefinição das fontes do direito e aposta nos mecanismo de resolução de conflitos que não se valem da jurisdição nacional, o chamado *soft law*. Em qualquer hipótese, dada a sofisticação e rapidez que se exige para este setor, o “objetivo era desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no âmbito da economia, levando-o a se render ao pluralismo jurídico e à substituição da tradicional rigidez hierárquica dos códigos e leis pela diversidade e flexibilidade normativas”.

Período de eclipse do Estado-nação, do monopólio estatal de atuação na sociedade, da democracia e da política representativa. A estrutura fundamental do Estado, portanto, foi alicerçada sobre os fundamentos indicados ao longo dos dois capítulos anteriores. Embora tais elementos constituintes tenham sido tensionados e possam ser indicadas alterações pontuais, seria possível dizer que este edifício foi alterado ou está em franca decadência? Os pensadores da pós-modernidade construíram teorias que, supostamente, comprovariam ou ao menos denunciariam a ineficácia dos artefatos da razão moderna que outrora conferiam poder aos feiticeiros que as invocava¹¹⁸.

¹¹⁸ Uma advertência necessária. Se é certo que em determinadas áreas, como a epistemologia, há produção mais profícua sobre a pós-modernidade, é imperioso concordar com Sérgio Paulo Rouanet (1987, p. 236), quando aponta que “os teóricos do pós-moderno são surpreendentemente omissos com relação ao Estado”. A despeito de tal afirmação ter sido feita há mais de três décadas, ainda é perfeitamente verdadeira.

O debate filosófico para se determinar a transposição do paradigma racional-cientificista e todos os seus conseqüências adquiriu relevância ao longo do século XIX, período em que esta nova forma de dizer a verdade tinha de lidar com as velhas estruturas. Tal choque é apresentado por Max Weber por meio do paradoxo entre o desencantamento e a racionalização do mundo. Em sua leitura, com a reforma protestante teve início o desencantamento do mundo, ou seja, a exclusão do encanto, da magia como caminho de salvação, que, ao longo dos séculos, acabou se imiscuindo em meio às práticas cristãs. Como um retorno à verdadeira predestinação, Lutero foi o primeiro a *reestabelecer* a direta conexão entre Deus e a humanidade na ascese diária, sem a necessidade de intermediários, como os sacramentos católicos. É curioso que este desencantamento tenha início intrarreligioso, e que, por esta porta aberta, como vimos, outros movimentos aproveitaram a sua passagem em busca da secularização da esfera pública, que teve como resultado, nas palavras de Weber, o estabelecimento das raízes do “individualismo desiludido e de coloração pessimista” que se constituiu a partir de então (WEBER, 2004, p. 96).

De modo pendular, o desencantamento proporcionou a racionalização do mundo, ápice da modernidade, no qual se buscou a elevação da razão instrumental como métrica do mundo, a sistematização coerente das informações obtidas para a formulação de regras e princípios morais abstratos e universais que serviriam de guia às ações coletivas. Aqui se encontra outro conceito weberiano notável: a jaula de aço. Ao final de seu *Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, o sociólogo alemão desnuda como o capitalismo extrai a valorização do trabalho realizado pela ética protestante e o tornou um fim em si mesmo, uma espécie de engodo que marcaria o *modus operandi* da própria ética burguesa. Assim, sob o pálio do desencantamento do mundo, as pessoas lograram uma dominação ainda mais recalcitrante, a do trabalho pelo trabalho, clausura ética tão rígida como a religiosa.

Conforme será abordado adiante, ainda neste capítulo, Jürgen Habermas se vale de tal ideia weberiana de racionalização, perpetrada pela modernização capitalista, como um dos caminhos tomados pela economia no ocidente. Mas não o único. Apesar de a racionalidade instrumental (que visa o aumento da eficácia sistêmica) servir de parâmetro à economia e ao Estado, e, pela sua

dinâmica de desenvolvimento, com sua lógica, ter fagocitado o mundo da vida (instituições e indivíduos unidos pela linguagem), o pensador alemão crê na elevação da racionalidade comunicativa pela via da reabilitação da racionalização cultural, de modo a trazer o entendimento nas decisões democráticas, fortalecendo as instituições, além de proporcionar mais autonomia e liberdade aos indivíduos.

Ao interpretar tais postulados weberianos, Sérgio Paulo Rouanet (1987, p. 231-232) aduz que a racionalização conduzida em face do reinado religioso sobre a sociedade permitiu a emancipação de esferas axiológicas (autônomas) que outrora eram dispositivos à mercê do sopro divino. Destacam-se três delas: a ciência, a moral e a arte. Cada uma se desenvolveu em complexos institucionais próprios – ciência nas universidades, moral nas comunidades e arte em seus sistemas próprios de produção e consumo – e independentes – funcionais para o processo de modernização da sociedade, a despeito de às vezes elas entrarem em rota de colisão entre si e com os subsistemas que ainda, de alguma forma, têm suas raízes ancoradas no passado.

Assim, a modernidade declinaria em razão de, ao menos, dois de seus grandes sistemas fundamentais terem seguido em franca degradação ao longo das décadas. O primeiro deles é a crença no racionalismo como fator de emancipação e no progresso científico, tal qual Auguste Comte o enunciava. Nesta senda, destaca-se a crítica de Adorno, que aponta a transmutação da racionalidade em instrumento para servir aos interesses do capitalismo industrial, desvinculando-se, deste modo, de parâmetros éticos na consecução de tal objetivo. Em *Dialética da Razão*, Adorno e Horkheimer diagnosticam a filosofia do esclarecimento como um processo de autodestruição, pois, “abandonando a seus inimigos a reflexão sobre o elemento destrutivo do progresso, o pensamento cegamente pragmatizado perde seu carácter superador e, por isso, também sua relação com a verdade”. Sendo assim: “a disposição enigmática das massas educadas tecnologicamente a deixar dominar-se pelo fascínio de um despotismo qualquer, sua afinidade

autodestrutiva com a paranoia racista, todo esse absurdo incompreendido manifesta a fraqueza do poder de compreensão do pensamento teórico atual”¹¹⁹.

Vários pensadores de peso passaram a criticar o controle métrico e a inteligibilidade do mundo conferidos pelo racionalismo, excluindo-se, deveras, noções de subjetividade. O dilema encontrado no método cartesiano, segundo Maria Nelida Sampaio Ferraz (1995, p. 20), é fortalecer o *cogito* às custas do *sum*, especialmente por expulsar o tempo da existência. Como seria possível estabelecer o *eu* como parâmetro e métrica do mundo? Neste sentido, “para medir a realidade, o geômetra (como Descartes) só pode estender sobre a mesa um cadáver. É assim que o método cartesiano só procura dar conta da realidade, à custa de limitá-la, de cerceá-la, de imobilizá-la em seu movimento, de matá-la, enfim”.

Contra a certeza do *eu* cartesiano que crê pensar, Nietzsche (2014, p. 26) desvela que “*algo* pensa, porém não é o mesmo que o antigo e ilustre *eu*, para dizê-lo em termos suaves, não é mais que uma hipótese, porém não, com certeza, uma certeza imediata”. Ao lado de Heidegger, estes filósofos teceram críticas que procuraram desestruturar uma das mais significativas bases da modernidade, o *eu* que tem consciência¹²⁰. Assim, a modernidade iluminista que gestou o Estado é apontada como o próprio Leito de Procusto, pela sua intolerância ao estabelecer um *berço racional* com dimensões fixas sobre os quais o mundo deveria se encaixar. Aqueles que não se ajustavam ao padrão estabelecido, ou deceparam-lhes os pés ou esticaram-lhes o corpo de modo a aparentar normalidade.

E como tais questões resvalam na política e no direito? Desde o século XIX, especialmente no centenário seguinte, a força da subjetividade e da pluralidade tensionaram certezas¹²¹.

¹¹⁹ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Disponível em: https://nupese.fe.ufg.br/up/208/o/fil_dialetica_esclarec.pdf. Acesso em: 04/04/2020.

¹²⁰ Consoante a Stanford Encyclopedia of Philosophy: “Heidegger and Nietzsche are both important sources for postmodernism’s critical de-structuring or displacement of the signature concept of modern philosophy, the “subject,” which is generally understood as consciousness, or its identity, ground, or unity, and designated as the ‘I’”. Cf: <<https://plato.stanford.edu/entries/postmodernism/>>. Acesso em: 03/04/2019.

¹²¹ A este respeito, Chantal Mouffe (1996, p. 171) arremata: “abandonada a ideia racionalista de que é possível encontrar uma fórmula suscetível de harmonizar as diferentes finalidades dos homens, teremos de compreender que é radicalmente impossível uma sociedade da qual tenha

O segundo sistema é a filosofia do sujeito. Os gregos, ao buscarem a essência das coisas, que era imutável e conectada ao cosmos, colocavam o objeto no centro de suas investigações: ele era o detentor da verdade, e o sujeito que o investigava se dobrava diante dele. Por intermédio dos sentidos, conhecer era sinônimo de contemplar o mundo. Tal método realista foi o instrumento utilizado até o século XVI, quando se passou a desenvolver métodos e questionamentos sobre as estruturas de conhecimento subjetivas.

O movimento ocorrido na modernidade, em que a subjetividade já havia sido constituída, foi o de inverter esta lógica, de modo que o sujeito fosse o protagonista na relação com o objeto, conferindo-lhe sentido a partir de seu *eu*, ponto de partida e métrica para se conhecer a realidade. É o que Kant determinou ao afirmar que “até hoje admitia-se que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos” e, em paralelo, na modernidade o objeto teria de “se guiar pela natureza da nossa faculdade de intuição”¹²².

Todos estes fatores teriam contribuído para a inauguração da pós-modernidade?

3.2. CRÍTICA PÓS-MODERNA E MODERNIDADE TARDIA

Nietzsche é o grande emblema da crítica à modernidade. Seus seguidores atribuíram a ele a missão de ser Caronte, responsável por transportar o mundo à outra margem de sua existência: “Oh, esta insana e triste besta que é o

sido eliminado todo o antagonismo”. Oportuno mencionar que voltaremos a este tema adiante, ao tratar da crise das metanarrativas e seu efeito nos poderes do Estado.

¹²² Essa é a conhecida virada copernicana realizada por Kant e conhecida entre os filósofos. Segundo ele, era necessário inverter a disposição entre sujeito e objeto. Em suas palavras: “até hoje admitia-se que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos; porém, todas as tentativas para descobrir *a priori*, mediante conceitos, algo que ampliasse o nosso conhecimento, malogravam-se com este pressuposto. Tentemos, pois, uma vez, experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com o que desejamos, a saber, a possibilidade de um conhecimento *a priori* desses objetos, que estabeleça algo sobre eles antes de nos serem dados. Trata-se aqui de uma semelhança com a primeira ideia de Copérnico; não podendo prosseguir na explicação dos movimentos celestes enquanto admitia que toda a multidão de estrelas se movia em torno do espectador, tentou se não daria melhor resultado fazer antes girar o espectador e deixar os astros imóveis. Ora, na metafísica, pode-se tentar o mesmo, no que diz respeito à intuição dos objetos. Se a intuição tivesse de se guiar pela natureza dos objetos, não vejo como deles se poderia conhecer algo *a priori*; se, pelo contrário, o objeto (enquanto objeto dos sentidos) se guiar pela natureza da nossa faculdade de intuição, posso perfeitamente representar essa possibilidade” (KANT, 2001, p. 46).

homem!” (NIETZSCHE, 1998, p. 81). Variados foram os alvos de sua crítica¹²³. No que toca ao pensamento moderno, duas chamam atenção especial: o compositor Richard Wagner e o filósofo Jean-Jacques Rousseau. O caso de Wagner perpassa a modernidade estética e cultural, mas seus reflexos atingem a moral e a política quando Nietzsche passa a alvejar o pensamento de Rousseau.

Nietzsche foi um *décadent* assim como o compositor alemão, e o reconhece em seu livro *O Caso Wagner*, ao afirmar que “tanto como Wagner, eu sou um filho desse tempo; quer dizer, um *décadent*: mas eu compreendi isso, e me defendi. O filósofo em mim se defendeu” (NIETZSCHE, 2016, p. 09). O ápice da *fuga de Wagner* ocorreu pela sua entrega ao cristianismo, enquanto Nietzsche já havia declarado Deus morto e atacava todas as concepções de moral que repousavam na oposição entre o ideal e o real, bem e mal, justo e injusto, enfim, as morais utópicas que encerravam soluções dicotômico-maniqueístas.

Em *Genealogia da Moral*, livro cujo seu autor tem como alvo a ideia moderna de igualdade, extrai-se que o progressivo avanço da sociedade conduziu à domesticação dos impulsos humanos, castrando-os no que concerne a este seu aspecto natural e biológico. Tem-se, como resultado, um modelo de vida bifurcado: a fachada deveria denotar o civismo e o cristianismo a florados, a quimera de que todos eram cumpridores de suas obrigações privadas e coletivas. Nas entranhas, todavia, as paixões estavam encapsuladas, como se constituíssem as próprias Erínias caso fossem libertadas.

Nas palavras de Nietzsche (1998, p. 56-57):

O ensombrecimento do céu acima do homem aumentou à medida que cresceu a vergonha do homem *diante do homem*. O olhar pessimista enfatiado, a desconfiança diante do enigma da vida, o gélido Não do nojo da vida – estas não são características das épocas de maior maldade do gênero humano: como plantas pantanosas que são, elas surgem apenas quando há o pântano que necessitam – refiro-me à moralização e ao amolecimento

¹²³ Basta lermos *O Crepúsculo dos Ídolos*, no qual ele apresenta diversos alvos, como Sócrates, Platão, os cristãos entre vários outros.

doentios, em virtude dos quais o bicho “homem” aprende afinal a se envergonhar de seus instintos.

Wagner é a alegoria da crítica moral de Nietzsche, enquanto Rousseau¹²⁴ é a sua aplicação no plano político. Consoante Oswaldo Giacóia Junior (2003, p. 22-24), o filósofo franco-suíço alberga a formulação mais exaustiva e consistente do homem político afeito ao mundo das luzes e, não obstante ter sido o teórico da revolução francesa, exprimiu as principais ideias políticas da modernidade – liberdade, igualdade e fraternidade em escala universal. A alegoria do bom selvagem, trazida no *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, retrata o homem bom e compassivo em estado de natureza, porém que foi corrompido pelo processo social. Esta forma de Nietzsche, tal formulação rousseauiana incitava o cultivo dos predicados tidos positivos à natureza humana, enquanto o joio dos impulsos e paixões deveria ser pulverizado¹²⁵. Trata-se de uma espécie de economia pulsional, em cuja visão idílica lançou a natureza humana em um instrumental de análise maniqueísta.

Para Nietzsche, portanto, a causa da pequenez do homem moderno é reprimir as tensões e pulsões. Com efeito, erigiu-se um castelo de autocontenção rumo ao paraíso, obtendo com isso o conforto e a segurança em todos os seus níveis, inclusive reforçadas pelo Estado¹²⁶ e pela sociedade. Wagner e Rousseau, cada qual em seus âmbitos, representam esta fonte ao qual Nietzsche bebeu na juventude, mas que, liberto de seus grilhões, sua

¹²⁴ Sobre a relação entre Habermas e Rousseau, confira: DUTRA, Delamar José Volpato. *As Críticas de Habermas a Rousseau*. In FELDHAUS, Charles; DUTRA, Delamar José Volpato. **Habermas e Interloquções**. São Paulo: DWW Editorial, 2012.

¹²⁵ Oswaldo Giacóia (2003, p. 23) anota que “contra a concepção idílica de uma natureza humana pacífica e compassiva, à maneira de Rousseau – como um jardim adâmico de que se deve extirpar as ‘ervas daninhas’ -, Nietzsche propõe a sublimação do caos pulsional como caminho de grandeza, para a qual deve ser cultivado o indivíduo e a própria cultura”. Assim, como tratado em *Genealogia da Moral*, o filósofo do martelo desejava quebrantar o maniqueísmo que erigia a moral na sociedade moderna.

¹²⁶ Em *Genealogia da Moral*, Nietzsche (1998, p. 74-75) apresenta uma análise sobre o Estado acima de qualquer suspeita de estar conectada à sua crítica à modernidade: “algum bando de bestas louras, uma raça de conquistadores e senhores, que, organizada guerreiramente e com força para organizar, sem hesitação lança suas garras terríveis sobre uma população talvez imensamente superior em número, mas ainda informe e nômade. Deste modo, começa a existir o ‘Estado’ na terra: penso haver-se acabado aquele sentimentalismo que o fazia começar com um ‘contrato’. Quem pode dar ordens, quem por natureza é ‘senhor’, quem é violento em atos e gestos – que tem a ver com contratos!”.

porção de filósofo da maturidade procurou destruir a marteladas. Ou em outras palavras, a modernidade representa o *Acheron* sobre o qual ele procurou conduzir à novas formas de pensar, sem jamais ter tido a pretensão de *melhorar a humanidade*¹²⁷, mas sim libertar o Dionísio¹²⁸ reprimido no coração humano.

De fato, Nietzsche pode ser o emblema de um processo de contestação do discurso moderno que adquiriu força com outros notáveis pensadores daquele século (como Freud e Marx), cada qual em um aspecto crítico específico (Freud problematizou a ideia de liberdade das pessoas em relação ao inconsciente humano, objeto de desconhecimento, e Marx objetou o progresso ante o quadro de domínio sofrido pelo proletariado). Já no século XX, Popper questionou a verdade da ciência positiva, manancial de propulsão e orgulho da modernidade, por meio de seu conceito de falseabilidade. Como em um castelo de cartas, foi apenas questão de tempo para que outros aspectos modernos também se tornassem objeto de crítica ao longo daquele século, encorajando alguns autores a pensar em uma ruptura em direção à forma pós-moderna de pensar.

A este respeito, a rotulação da pós-modernidade – um conceito “pau para toda obra”, que é “aplicado a muitas coisas, talvez até coisas demais”, como apregoa Umberto Eco (2018, p. 29) – é, em suma, a tentativa de se afastar de tal modelo teórico constituído no contexto europeu do pós-feudalismo, forjado especialmente a partir do século XVII e tendo por base as rupturas iniciadas décadas antes. Como apontado outrora, a defesa neste capítulo é que *ainda* não se pode considerar a existência de uma definitiva ruptura da modernidade, o que levaria, consigo, por via de consequência, a própria noção de separação de poderes e, quiçá, da organização estatal que conhecemos. Ao contrário, afirmar-se-á a posição de que a pós-modernidade pode representar um período de corrosão dos paradigmas estruturantes ou até, em alguns aspectos, de transitoriedade da modernidade, porém que, do prefixo *pós*, no caso, não se pode denotar o *novo*.

¹²⁷ Faz-se referência à notável frase de Nietzsche de *Ecce Homo*: “a última coisa que eu prometeria seria melhorar a humanidade” (2008, p. 15).

¹²⁸ Na mitologia grega, Dionísio era o Deus do vinho, do teatro e da fecundidade.

A este respeito, e especialmente em nossas instituições políticas e jurídicas, a racionalidade ainda tem vigência, o que não significa que as críticas não sejam pertinentes e que diversas delas possam ser levadas em conta, como se fará, ao final deste capítulo, no que tange aos metarrelatos. No entanto, os fundamentos nos direcionam à posição de que o edifício estatal moderno sofre tensões e alguns de seus pavimentos estão em franca erosão; contudo, parece-nos precoce ou impreciso atestar a sua ruptura, assentando a modernidade estatal como superada ou dissolvida.

Não obstante, pode o Estado se encontrar em um lócus para *além da modernidade*, posição defendida nesta tese. Com efeito, a tripartição de poderes, um produto moderno em sua essência, também sofre de críticas ante a sua fragilidade em regular situações em determinados contextos, mas o cerne da teoria da separação segue rígida, no afã e o Estado continuar mantendo a relação direito e poder sob vigilância da lei e das instituições.

Em se tratando da crítica ventilada, Rouanet (1993, p. 96-101) indica que o ponto de convergência da crítica pós-moderna é o ideal emancipatório proposto pelo modelo de civilização liberal, que pode ser consubstanciado, em suma, no racionalismo, no individualismo e no universalismo.

A ideia de razão iluminista, tão cara aos modernos, expressava-se em dois sentidos antagônicos. O negativo implicava em uma libertação, isto é, tinha o condão de afastar o modelo vindouro de qualquer precedente teológico por meio da crítica à religião, do desencantamento do mundo (Weber) e de todas as relações nele estabelecidas. Por sua vez, o aspecto positivo se vinculava à crença na razão como ápice de uma revolução em todas as esferas da vida, sendo a ciência o epicentro instrumental para a definitiva transformação almejada. Racionalizar garantia, deste modo, a afirmação das instituições em nível social, político e econômico, tendo como resultado, ao fim e ao cabo deste processo, a liberdade dos grilhões escravagistas feudais.

Já o individualismo servia para formar o humano em si, retirando-o das cosmovisões comunitárias antigas que o relegavam à parte de um mecanismo que o transcendia e se afirmava acima dele – família, aldeia e *polis*, na acepção evolutiva aristotélica, podendo-se incluir também o feudo. Significa que a emancipação do homem no iluminismo buscou lhe conferir uma ética individual,

uma subjetividade levada a efeito pela filosofia do sujeito, cujas raízes tocam o humanismo. Deste modo, ao indivíduo foi acrescida uma finalidade em si, não outorgada tendo por base um estatuto comunitário ou uma classe, como a dos nobres no *Ancien Régime*. Rouanet frisa ainda que não se pode confundir individualismo com atomização, já que o sujeito estava conectado com as esferas da sociedade.

Por fim, o universalismo determinava a extensão do projeto emancipatório. Perpetrado pela razão e possibilitado pela ciência, o ideal de progresso que a todos conduziria à liberdade contra a tirania se estenderia à todos povos e a todo tempo, demovendo, assim, os particularismos locais considerados torpes e retrógrados. Aos projetos universais, prendia-se um olhar de inefável heroísmo, tal qual a pintura de Delacroix, *La Liberté guidant le peuple*, em que a reluzente dama da liberdade suplanta as máculas do antigo para instaurar a sua era de renovação universal.

A contestação teórica do projeto civilizatório proposto pelos iluministas é expresso pelo próprio Rouanet. A ciência, no plano crítico nietzschiano-heideggeriano, converteu-se em ideologia e agente de dominação sobre a natureza e as pessoas. Com efeito, a razão foi tida como servil mantenedora dos préstimos de poder. E antigos mitos e teologias tiveram um paulatino e triunfante retorno, neste período de dessecularização. Quanto ao individualismo, a figura do sujeito foi solapada, reavivando as noções comunitárias, vinculadas às ideias de raízes e identidades. Para Rouanet, o individualismo tem sido substituído pelo holismo. A rígida noção universalista, por sua vez, explodiu em incontáveis fragmentos de particularismos. As promessas universais para a economia – projeto de comunidade internacional interdependente, com base na divisão do trabalho – e política – que se voltaria contra o imperialismo – foram denunciadas. Aboliram-se os conceitos universais de natureza humana e opções políticas destinadas à libertação de todos¹²⁹.

Em meio a toda esta turbulência epistemológica e criativa, raras são as unanimidades dentre os pensadores. Todavia, é lugar comum entre múltiplos autores a indicação do livro *A Condição Pós-Moderna* (1979), de Jean-François

¹²⁹ A despeito destas considerações, apontar-se-á, adiante, que Rouanet mantém posição crítica à ideia de pós-modernidade.

Lyotard, como a propulsão inicial mais expressiva ao debate que não se encerrou desde a sua publicação¹³⁰. Nele, Lyotard, um pós-estruturalista, contribuiu de maneira significativa para a impressão geral de que os pós-modernos, na verdade, são tanto mais *anti* modernidade, por oposição, que propriamente *pós*, por sua superação. No caso do pensador francês, sua contrariedade tem como alvo principal a incredulidade com as metanarrativas, as fronteiras criadas pela epistemologia racional, além do uso da ciência de maneira instrumental e a individualidade iluminista que engessou qualquer noção de diferença.

Lyotard (2009, p. XVI), impactado pelas pesquisas de Wittgenstein, interpretou a pós-modernidade como uma rede constituída por jogos de linguagem, situação que contrasta em demasia com a modernidade bloqueada pela “artrose burocrática”¹³¹. Com efeito, “a função narrativa perde seus atores (*functeurs*), os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo, restando, em seu lugar, partículas de linguagem”. É nesta toada que ele define o pós-moderno como a “incredulidade em relação aos metarrelatos¹³²”, ou seja, contra os paradigmas atemporais e universalizantes que caracterizaram o período da modernidade em qualquer de suas vertentes – científica, política, entre outros.

O problema que o filósofo francês apresenta se relaciona com a legitimação dos discursos: enquanto a ciência moderna se autolegitimava com o auxílio da filosofia, o pós-moderno encontrou seu alicerce na informação, trazida pela era computacional e resultado das combinações linguísticas que pululam na/pela sociedade. Em tal perspectiva, a tecnologia de informação é objeto de poder, diagnóstico feito pelo filósofo francês na década de 1980 e que

¹³⁰ Perry Anderson, em seu livro *As Origens da Modernidade*, indica, todavia, que a criação do termo se deve ao espanhol Federico de Onís, na década de 1930, que o aplicou ao campo da poesia indicando “um refluxo conservador dentro do próprio modernismo” (ANDERSON, 1999, p. 10). Porém, é Lyotard o autor notabilizado por popularizar o conceito, inclusive o tendo integrado em âmbito político.

¹³¹ Conforme Lyotard (2009, p. 74): “a força de Wittgenstein consistiu em não colocar-se ao lado do positivismo que o Círculo de Viena desenvolvia e de traçar em sua investigação dos jogos de linguagem a perspectiva de um outro tipo de legitimação que não fosse o desempenho. É com ela que o mundo pós-moderno mantém relação. A própria nostalgia do relato perdido desapareceu para a maioria das pessoas. De forma alguma segue-se a isto que elas estejam destinadas à barbárie. O que as impede disso é que elas sabem que a legitimação não pode vir de outro lugar senão de sua prática de linguagem e de sua interação comunicacional”.

¹³² Este tema será retomado adiante, ao final deste capítulo.

se tornou verdadeiro. Basta vislumbrar as *big tech's* que, na atualidade, representam as marcas mais valiosas do mundo. Este diagnóstico, na visão de Perry Anderson (1999, p. 32), ao interpretar Lyotard, é denominado de sociedade pós-industrial, “na qual o conhecimento tornara-se a principal força econômica de produção numa corrente desviada dos Estados nacionais”.

Mas e o Estado? Para Lyotard, a burocracia representa o velho paradigma moderno, retrógrado ante a transparência e a velocidade necessárias para o mundo das trocas de informação, um monolítico que ainda persiste em meio ao mundo digital¹³³. Com efeito, a classe política tradicional e os administradores perderam seu *status* de monopolizadores das decisões coletivas e precisaram se curvar aos *experts*. Em suas palavras, “a novidade é que, neste contexto, os antigos polos de atração formados pelos Estados-nações, os partidos, os profissionais, as instituições e as tradições históricas perdem seu atrativo” (LYOTARD, 2009, p. 27-28).

Com Lyotard, portanto, a fratura adquiriu um termo, que, desde então, cobriu diversos níveis de crítica à modernidade e toda a sua estrutura epistemológica, avolumando seus vieses críticos. Enquanto, do ponto de vista social, é comum a leitura de “um fervilhar incontrolável de multiplicidades¹³⁴”, o espectro de teorias vai de um extremo a outro. Crise da razão, do sujeito e da ciência que resultam nos “conceitos zumbis” de Ulrich Beck¹³⁵ (2002, p. 14). Desencantamento com as promessas iluministas e ceticismo. Liquidez e fluxo ininterrupto ante as fronteiras preestabelecidas. Enfim, cada qual a seu modo, os pós-modernos procuraram retirar tijolos que dão legitimidade ao edifício moderno, denunciando se tratar de uma construção que se desfaz em pedaços ou mesmo em franco declínio.

¹³³ Valiosa (e atual) também é a seguinte afirmação: “o Estado começará a aparecer como um fator de opacidade e de “ruído” para uma ideologia da “transparência” comunicacional, que se relaciona estritamente com a comercialização dos saberes. É sob este ângulo que se arrisca a apresentar-se com uma nova acuidade o problema das relações entre as instâncias econômicas e as instâncias estatais” (LYOTARD, 2009, p. 06). Não estamos vivendo exatamente um período de valorização da informação?

¹³⁴ Nas palavras de Rouanet (1987, p. 234): “essa é a característica comum de todas as descrições da sociedade pós-moderna: o social como um fervilhar incontrolável de multiplicidades e particularismos”. A despeito de ser uma análise de mais de três décadas, é inegável que tal afirmação segue atual.

¹³⁵ Tratam-se de antiquadas categorias da teoria social, como Estado, família, classe social, nação entre outros.

Zygmunt Bauman é o mais conhecido deles. Alguns de seus livros, inclusive, tornaram-se *best sellers*, e sua análise da liquidez nos comportamentos e instituições se tornou mundialmente conhecida. Embora tenha se valido do termo pós-moderno em seus primeiros trabalhos, o pensador polonês rejeita esta expressão para dar lugar ao termo liquidez¹³⁶. A modernidade, em si, não teria deixado de existir, porém alterado seu estado de solidez (molduras e fronteiras estáveis e duradouras no espaço e no tempo que delimitavam o agir humano) para a liquidez (efemeridade nas relações que serviu para acentuar a velocidade das mudanças e formas em diversos âmbitos da vida). Com isso, aos olhos de hoje, uma teoria clássica soa “pesada”, “sólida”, “condensada”, “sistêmica”, em oposição à modernidade contemporânea que é “leve”, “fluída”, “capilar” e “em rede” (BAUMAN, 2001, p. 33).

Entre alguns, é verdade, o próprio prefixo *pós* já foi rejeitado. É o caso de Gilles Lipovetsky, que não chancela o seu uso. Ao contrário, analisa os reflexos de uma modernidade em espiral hiperbólico que se reflete em nossa contemporaneidade – por tal razão, o filósofo utiliza o sufixo *hiper* em seus estudos, como hipermodernidade, hiperindividualismo, hipercapitalismo, hiperconsumo, entre outros, como refluxo das instituições que fundavam a modernidade, a exemplo do Estado, a religião e a família¹³⁷.

¹³⁶ Bauman aponta, em *Modernidade Líquida*, que ser moderno significa “estar sempre à frente de si mesmo” e “ter uma identidade que só pode existir como projeto não-realizado”. Contudo, duas características seriam absolutamente novas, distinguindo o nosso período histórico: “A primeira é o colapso gradual e o rápido declínio da antiga ilusão moderna: da crença de que há um fim no caminho em que andamos, um *telos* alcançável da mudança histórica, um Estado de perfeição a ser atingido amanhã, no próximo ano ou no próximo milênio, algum tipo de sociedade boa, de sociedade justa e sem conflitos em todos ou em alguns de seus postulados. [...] A segunda mudança é a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes. O que costumava ser considerado uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (“individualizado”), atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e seus recursos. Ainda que a ideia de aperfeiçoamento (ou de toda modernização adicional do *status quo*) pela ação legislativa da sociedade como um todo não tenha sido completamente abandonada, a ênfase (juntamente, o que é importante, como o peso da responsabilidade) se trasladou decisivamente para a auto-afirmação do indivíduo” (BAUMAN, 2001, p. 37-38).

¹³⁷ Lipovetsky (2004, p. 52-53) indica que o neologismo pós-moderno tinha o mérito de salientar uma mudança de direção. A seu ver, no entanto, o termo é desajeitado, pois não houve uma superação do modelo pretérito, mas a constituição de um novo. Assim, “no momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rótulo *pós-moderno* já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia”. Por tal razão, considerando que “esta época terminou”, “hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpotência, hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado – o que mais não é *hiper*? O que mais não expõe uma modernidade superlativa?”.

Conforme observa Lipovetsky (2004, p. 54):

A sociedade que se apresenta é aquela na qual as forças de oposição à modernidade democrática, liberal e individualista não são mais estruturantes; na qual periclitam os objetivos alternativos; na qual a modernização não mais encontra resistências organizacionais e ideológicas de fundo. [...] O Estado recua, a religião e a família se privatizam, a sociedade de mercado se impõe: para disputa, resta apenas o culto à concorrência econômica e democrática, a ambição técnica, os direitos do indivíduo.

Tendo em vista todos os sufixos atribuíveis à este período, no bojo da crítica pós-moderna, a presente tese seguirá parte do caminho trilhado por Jürgen Habermas¹³⁸, quando reconhece que a modernidade precisa de ajustes, mas não está liquidada – *ainda* – como alguns apontam, tratando-se, em verdade, de um projeto inacabado. Na linha do pensador, não é possível identificar um rompimento com a modernidade, pois ainda não superamos os seus fundamentos e estrutura. Em tal caso, é necessário revisitar o paradigma que sustenta a racionalidade moderna. Isso significa, em termos habermasianos, transformar a razão subjetiva que fundamentou a modernidade iluminista em uma razão de comunicação. Deste modo, o pensador alemão não somente apontou para a manutenção da modernidade, como também identificou o seu caminho alternativo¹³⁹.

Oportuno frisar que Habermas (1989, p. 165) entende a ação comunicativa do seguinte modo: “falo em agir comunicativo quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas”. Este conceito (orientação para o entendimento mútuo) é formulado pelo autor em oposição à “orientação voltada

¹³⁸ Como aporte às elucidações aqui trazidas, indicamos: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica Principiológica e Colisão de Direitos Fundamentais: teorias de Aléxy, Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 11, n. 1 - p. 135-141 / jan-jun 2006.

¹³⁹ Consoante Bárbara Freitag (1993, p. 33): “para Habermas, que nos forneceu outra interpretação da modernidade, impõe-se uma mudança de paradigma: da ação instrumental para a ação comunicativa, da subjetividade para a intersubjetividade, da razão monológica para a razão dialógica”.

para o sucesso”, quando o interlocutor estabelece seus próprios critérios estratégicos para obter o convencimento, objeto de seu interesse. Assim, enquanto o entendimento pressupõe um acordo dentro de condições especificadas, o outro visa apenas o atingimento daquele objetivo perquirido, algo que deve ser utilizado na lógica instrumental de nossas vidas pessoais, mas que não se adequa à formação de uma racionalidade democrática.

Ao longo de sua obra, e no percurso construtivo de sua teoria da modernidade que aponta para a renovação do paradigma da razão – portanto, a teoria da modernidade orbita na mesma galáxia que a teoria da ação comunicativa –, Habermas se valeu do pensamento de autores variados – modernos e, ditos ou apontados como pós-modernos – por discordar total ou parcialmente das observações que opuseram, constituindo-se, assim, em um mosaico crítico da modernidade. Bárbara Freitag (1993, p. 30-41) organiza e sistematiza todos eles em três grupos: 1) as análises com pendor para a sociologia; 2) os pensadores de vertente filosófica; 3) a crítica estética da modernidade¹⁴⁰.

Acerca dos sociólogos, Habermas analisa a obra de Talcott Parsons e Max Weber. O primeiro, referencial pensador especialmente nos Estados Unidos, contribuiu com a teoria habermasiana no que toca a ideia dos subsistemas econômico e de poder, bem como por ter analisado os processos de racionalização como traços de modernização, elemento que o próprio Weber também assumiu em sua obra. Porém, a crítica é que sua teoria de ação se manteve atrelada à teoria sistêmica, sendo que o ideal do filósofo alemão é a busca pelo entendimento no bojo da sociedade.

Weber, por sua vez, é um dos maiores emblemas da sociologia moderna, e defendeu a equação que previu a racionalização como a própria modernização da sociedade capitalista. Contudo, conforme já tratado, ele não exaltava tal processo, pois indicava o desencantamento como seu refluxo: a racionalização trouxe, consigo, a perda de coerência, haja vista a religião ter servido como amálgama da vida, alfa e ômega de praticamente todas as atividades humanas

¹⁴⁰ A arte é o *locus* no qual emergiu a necessidade de reflexão moderna. Em se tratando dos préstimos deste tese, tal análise não será abordada.

realizadas no lar ou na coletividade. Outro detalhe observado na obra de Weber se refere a autonomização das esferas de valor – ciência, moral e arte.

Habermas concordou com o sociólogo sem deixar de criticá-lo pela redução de suas análises gerais ao campo da ética, incluindo a questão econômica – reduzida à ética do trabalho. Com efeito, a teoria weberiana acaba por atribuir-lhes uma interpretação em termos instrumentais. Deste modo, para Habermas, a despeito de ter identificado a estrutura fundamental, a leitura do fenômeno da racionalização – e, por conseguinte, da modernidade – acabou por seguir somente a lógica instrumental e, neste caso, “não há lugar, nesse processo, para a razão comunicativa”¹⁴¹, seu grande intento. Aqui, ocorre a cisão entre os autores, ponto no qual se localiza a alegoria habermasiana de separação entre sistema e mundo da vida.

O segundo grupo de pensadores a que Habermas faz referência são os filósofos, que deveriam concentrar suas análises mais no mundo da vida e sua modernização cultural que propriamente no sistema – tarefa mais adequada aos sociólogos. Mas é certo que a compreensão da modernidade, com suas especificidades e patologias, só se realizará por meio de uma interpretação cooperada entre estas duas modalidades de pensar a modernização – cultural e do sistema.

Por didática, e após analisar os distintos modelos interpretativos da modernidade elaborados pela filosofia, Habermas divide tais pensadores em dois grupos: os conservadores e os pensadores do marxismo. O primeiro grupo se subdivide em três. O primeiro deles é composto pelos jovens conservadores – como Georges Bataille, Michel Foucault, Jacques Derrida e Jean-François Lyotard. Eles têm em comum o apoio intelectual encontrado na obra de Nietzsche e Heidegger, cultivam posição afeita ao anarquismo e qualificam a modernidade como racionalidade posta a serviço da instrumentalização e do domínio. Na modernidade, assim, impera a ação instrumental em prol do controle.

¹⁴¹ Apontamento de Freitag (1993, p. 33), que resume o ponto nos seguintes termos: “em suma, também para Habermas, Weber é o grande teórico da modernidade cujas tendências gerais, aquisições e patologias ele diagnostica com perspicácia e precisão. Mesmo assim, Weber cometeu simplificações que cabe corrigir”.

O segundo grupo é o dos velhos conservadores – Leo Strauss, Hans Jonas e Robert Spaemann –, regidos com base em posições anteriores à modernidade ao não legitimar suas conquistas, criticando os supostos avanços iluministas, por valorizar o neo-aristotelismo. De maneira oposta aos pós-modernos, poderiam ser tidos como pré-modernos: não criticam a modernidade, por considerar que ela sequer existiu.

O terceiro grupo de filósofos é constituído pelo que Habermas denominou de neo-conservadores – como Arnold Gehlen, Gottfried Benn, Carl Schmitt e o jovem Wittgenstein –, críticos da modernidade cultural, porém entusiastas da modernização societária – crescimento econômico, progresso tecnológico, entre outros. As três esferas de valor – ciência, moral e arte – seguiriam, tendo esta visão de mundo como base, alijadas da razão comunicativa e da deliberação democrática, mantendo-se como assunto de especialistas.

Já os filósofos do marxismo são analisados por Habermas em dois grupos. Os ideólogos do socialismo de Estado são divididos em stalinistas – conservadores, que não reconheciam as revoluções que culminaram no fim da União Soviética –, leninistas – mais moderados –, e reformistas – progressistas de esquerda, críticos da revolução bolchevique desde os seus primórdios por não representar o verdadeiro socialismo.

O outro grupo é o dos marxistas ocidentais, fracionados em socialistas de esquerda – que admitem autocrítica, mas não se desvinculam do marxismo como meio de interpretação social –, reformadores social-democratas – a exemplo de Otto Bauer, que aceita algumas instituições burguesas visando a melhoria social das condições de vida, como o Estado democrático e os mecanismos de mercado – e a esquerda não comunista – a exemplo de Claus Offe, Pierre Bordieu, Cornelius Castoriadis, Alain Touraine e, possivelmente, o próprio Habermas –, que representa o efeito da introdução do pensamento marxista nas universidades, algo que serviu de filtro para a sua utilização em esquemas interpretativos novos.

Com efeito, Habermas indica que a sociedade moderna caminhou no sentido da reprodução material ao diminuir os dissensos pela lógica da produção e distribuição de mercadorias, que necessariamente diminui os espaços de arguição de seus interlocutores. A este respeito, Marcos Nobre (2012, p. 20)

pontua que, sob esta lógica, “o mundo e os atores sociais são tomados não como sujeitos dotados de opiniões, visões do mundo e crenças, mas como meros objetos, como meios com vistas à consecução de um fim determinado”. Com a razão comunicativa, Habermas indica a possibilidade de o discurso racional, ao lado da razão instrumental, ser utilizado como ferramenta de decisão, um antídoto para minorar os conflitos tendo em vista o entendimento entre as partes envolvidas, ponto de chegada da teoria habermasiana. O autor identifica dois tipos de ação social: no mundo da vida há o predomínio das ações comunicativas, enquanto as instrumentais configuram o sistema.

O mundo da vida é o espaço das experiências triviais e cotidianas que são compartilhadas entre os membros de uma sociedade, falantes de idioma comum e tradições semelhantes. Segundo Habermas (2012, p. 248), “na perspectiva de participantes, o mundo da vida aparece como horizonte formador de contextos para processos de entendimento”. Ele constitui o espaço social em que a “ação comunicativa permite a realização da razão comunicativa, calcada no diálogo e na força do melhor argumento em contextos interativos, livres de coação” (FREITAG, 1993, p. 26). O mundo da vida, a partir de sua modernização cultural, subdividiu-se em três subsistemas: ciência, cultura e estética.

Já o conceito de sistema, que complementa o anterior, descreve as estruturas que ampliam o social para além dos dispositivos naturais a todos nós – como a linguagem. Em outras palavras, elas servem para manutenção e continuidade da sociedade, empobrecendo a linguagem ao se estabelecer padrões de mecanismos linguísticos tendo em vista a produção e distribuição de bens e serviços à esta comunidade. As instituições características da modernização do sistema são a economia – que forma o mercado – e o Estado, cujos mecanismos de auto regulação são o dinheiro e o poder. Neste espectro, predomina a razão instrumental – voltada para fins –, sendo a linguagem secundária¹⁴².

¹⁴² Na perspectiva habermasiana (2012, p. 330-331), “meios como o dinheiro e o poder se assentam sobre vinculações motivadas empiricamente, codificam uma forma teleológica de tratar quantidades de valores calculáveis, tornando possível uma influenciação estratégica generalizada nas decisões de outros participantes da interação, *passando ao largo* dos processos de formação linguística do consenso. À medida que simplificam a comunicação linguística e a substituem por uma generalização simbólica de prejuízos e ressarcimentos, o contexto do mundo da vida em que os processos de entendimento estão inseridos, é

Habermas aponta que os processos de racionalização e dissociação, ocorridos no interior do sistema, levaram à colonização do mundo da vida, impondo a sua lógica e a influência de seus mecanismos de integração – dinheiro e poder – para além das esferas da economia e do Estado¹⁴³. Neste sentido, o diagnóstico de Habermas é o de que o Estado teria sido convertido para dar vazão apenas à razão instrumental. O grande dilema de tal perspectiva é a política democrática, que, por excelência, deve se pautar na discussão entre os envolvidos, converter-se em signo instrumental, tendo como propulsão uma racionalidade que não lhe convém, que estabelece agires estratégicos.

Este é o panorama pelo qual Habermas segue apostando na modernidade: ela não se completou, pois a razão comunicativa não recebeu a atenção que deveria para comandar o âmbito do mundo da vida, que lhe cabe.

O objetivo visado pela emancipação da dominação é o de reduzir ao mínimo necessário o domínio em alguma medida inevitável (porque garantidor em última instância da reprodução material da sociedade) do sistema. Com isso, a razão comunicativa teria ampla margem para comandar processos coletivos democráticos de decisão a que deveriam se submeter os imperativos sistêmicos. E não o contrário (NOBRE, 2008, p. 23).

Desta maneira, Habermas se tornou o amálgama de sustentação das análises que oxigenam a uma nova abordagem da modernidade, desprendida de alguns de seus alicerces fundantes, como o paradigma da subjetividade, para que, na razão comunicativa, as esferas de valor do mundo da vida possam se desenvolver com menor influência instrumental, distanciando-se das patologias observadas nos dois séculos da modernidade, em especial a colonização do mundo da vida pela racionalidade instrumental.

desvalorizado em benefício de interações controladas por meios, e, como consequência, a coordenação das ações não necessita mais no mundo da vida”. Por tal razão, a elevação da razão instrumental como métrica do mundo da vida conduz à banalização da linguagem. O efeito é o engessamento de setores, como a democracia, cujo funcionamento demandam a interação linguística e a busca por consenso.

¹⁴³ Consoante apontamento de Bárbara Feitag (1993, p. 27), “a racionalização da economia e do Estado resultou na hegemonia da ‘racionalidade instrumental’. A modernização societária significou, ao mesmo tempo, a expulsão da ‘racionalidade comunicativa’ do mundo do sistema e sua limitação ao ‘mundo vivido’, de modo que as questões econômicas e de Estado não são levadas adiante por meio do discurso, mas por símbolos linguísticos pré-concebidos”.

3.3. A METÁFORA DO PÊNULO DA MODERNIDADE

Pelo exposto até então, não se legitima, ao menos do ponto de vista estatal, uma completa mudança de paradigma no seio da modernidade, e sim tensões pendulares no bojo das estruturas já conhecidas. Nesta linha, Rouanet (1993, p. 230) aponta que a indefinição do termo se deve a expressão de um “estado de espírito mais que uma realidade”. Entretanto, tais pensadores levam a crer que a modernidade “envelheceu”¹⁴⁴, levando consigo as noções de universalidade e de interesse público, que permanecem como peça de antiquário nos ordenamentos jurídicos, sendo, na prática, substituída por noções micrológicas. Assim, a política deixou de se realizar apenas no campo estatal para abarcar também a sociedade civil e suas agendas de segmentos e grupos específicos: seu efeito mais imediato é que as principais bandeiras progressistas foram tomadas pela dialética dos grupos – homem e mulher, etnias dominantes e minorias, heterossexuais e homossexuais, entre outras.

O que o faz seguir tal linha de pensamento? Rouanet, assim como outros autores, como Habermas, aduz que não se vislumbra uma ruptura qualificável o bastante que represente uma transposição entre duas margens distintas, a despeito de a construção de algumas pontes terem sido levadas a cabo. Quanto às relações sociais, o autor identifica que houve somente uma “intensificação de características já antigas” (ROUANET, 1989, p. 259), pois permanecem as mesmas estruturas sociais que influenciam e despontam em comportamentos abrangentes – consumismo, hedonismo, narcisismo, entre outros. O mesmo se pode dizer da economia: o mundo segue sob a regência do capitalismo, por óbvio, com diferenças em relação aos dois últimos séculos, mas não há, no

¹⁴⁴ Variados são os fundamentos para a constatação de que a modernidade envelheceu. A percepção é de que “as vanguardas do alto modernismo perderam sua capacidade de se escandalizar e se transformaram em *establishment*; os grandes mitos oitocentistas de progresso em flecha e da emancipação da humanidade pela ciência ou pela revolução são hoje considerados anacrônicos; a razão, instrumento com que o Iluminismo queria combater as trevas da superstição e do obscurantismo, é denunciada como principal agente da dominação. Há uma consciência de que a economia e a sociedade são regidos por novos imperativos, por uma tecnociência computadorizada que invade nosso espaço pessoal e substitui o livro pelo micro, e ninguém sabe ao certo se tudo isso anuncia uma nova Idade Média ou uma Renascença” (ROUANET, 1993, p. 231).

horizonte, indicação contemporânea de rompimento desta ordem para qualquer outra nova forma de relação econômica.

Em relação ao Estado, objeto maior de nosso interesse, quando Rouanet escreveu o texto a que se faz referência, os países ocidentais se movimentavam em direção à realidade pós-keynesiana, o que se convencionou chamar neoliberalismo. De maneira sintética, representou menor intervenção estatal na sociedade pelo desmonte do Estado de bem-estar social, vez que o perigo do comunismo quedou ante a queda do Muro de Berlim e o fim da União Soviética, respectivamente ocorridos em 1989 e 1991. Ainda assim, a leitura do autor segue atual, pois, no que se refere ao *quantum* intervencionista do Estado na sociedade, trata-se apenas de uma alternância pendular.

Acerca da política, Rouanet identificou a vastidão de novos direitos como um dispositivo da pluralidade potencializada pelo liberalismo político e sua defesa da liberdade. É preciso discordar, em alguma medida do autor, para ressaltar a importância dos movimentos sociais que por um século lutaram por maior igualdade. A despeito deste detalhe, forçoso reconhecer que se trata de uma dinâmica no interior da própria noção moderna de direitos. Por tal razão, conclui o autor que “o pós-moderno é muito mais a fadiga crepuscular de uma época que parece extinguir-se ingloriamente que o hino de júbilo de amanhã que despontam”. (ROUANET, 1993, p. 269).

Por tais razões, tendo em vista o objetivo de criticar a pós-modernidade como um momento já em vigência, e ainda por ser improfícuo citar todos os pensadores que se alinham à esta crítica, tarefa hercúlea e impossível, mostra-se mais pertinente aos objetivos desta tese indicar formas diversas de se vislumbrar caminhos pela modernidade em crise – como feito com Habermas – e, tanto mais interessante no que tange ao seu aspecto político, que concerne ao Estado e à sociedade. Para tanto, valer-nos-emos das lições de Heller e Fehér, e sua metáfora do *pêndulo da modernidade*.

Após o bicentenário da Revolução Francesa, em 1789, que simbolicamente representa o lançamento da modernidade, os pesquisadores da *New School for Social Research* – NSSR, de Nova York, Ágnes Heller e Ferenc Fehér, foram alguns dos raros pesquisadores da política e do Estado que pesaram na balança da história a relação entre modernidade e pós-

modernidade. O momento não poderia ser mais referencial: os eventos de 1989 e 1991 – conforme já mencionado, a queda do Muro de Berlim e o fim da União Soviética – lançaram a premente necessidade de se repensar o projeto da modernidade, haja vista o período das revoluções sociais ter chegado ao fim com o fracasso comunista – e tendo em si a inquietante marca do totalitarismo, prole indesejável que foi partejada pela própria revolução moderna no interior do projeto iluminista.

Desde o início de seu texto, é possível perceber a cautela de ambos os autores em tratar da pós-modernidade, não como uma panaceia, mas um ponto privilegiado de observação do que estes dois séculos representaram: a modernidade beirou a condição de ser destruída – pelo totalitarismo, por exemplo –, todavia, é fato que sua construção epistemológica, enraizada em nossas instituições, não pode simplesmente ser deixada para trás. Como instrumento de análise deste período, valeram-se da metáfora do *pêndulo da modernidade*. Erigido com base em lógicas e dinâmicas próprias, sua oscilação serve de instrumental analítico e compreensivo do momento presente.

Não sabemos quão longe oscilará de volta [o pêndulo], e defendemos opiniões diferentes sobre a extensão ideal dessa oscilação. Tampouco sabemos se tentativas desesperadoras e arriscadas de empurrá-lo novamente em direção ao outro extremo, que agora está vago, se repetirão, apesar de podermos esperar que não. Essa incerteza deriva do fato de não haver hermenêuticas do futuro; o texto que lemos está sempre no presente (HELLER; FEHÉR, 1994, p. 49).

Antes de adentrar na pós-modernidade, propriamente, Heller e Fehér estabeleceram um paralelo entre a pré-modernidade e a modernidade em si no afã de encontrar as chaves que constituíram o período político pós-1789. Tal arquétipo tem uma característica messiânica, mas não-axiológica: os modernos não estabeleciam tal comparativo em categorias de superior-inferior – basta ter em conta o respeito nutrido pelos autores da antiguidade clássica –, mas viam algo novo e diferente em seu tempo. Por conseguinte, colocavam-se como portadores das respostas necessárias à salvação de seu mundo, balizando-se, deste modo, em metanarrativas que os conduziriam ao inexorável caminho do

progresso, a despeito do cuidado de se afastar da matriz salvífica judaico-cristã, que representava o mundo feudal em seu esplendor.

Como sabemos, as metanarrativas que fundamentam o discurso científico moderno dizem respeito à *salvação* ou *queda*, e, para tanto, tiveram de se sobrepor ao período antecedente como uma *diferença de atitude* para com este passado de trevas. A história foi convencionaada para dar vazão a tal caminho que conduz à redenção libertadora. Todavia, “não se pode traçar um projeto divino nela [história]” (HELLER; FEHÉR, 1994, p. 52), pois a incógnita com relação aos acontecimentos futuros é a marca extenuante de nossas vidas. Ainda assim, a política moderna constituiu um universalismo empírico, ao passo que: 1) os ordenamentos pré-modernos eram rapidamente subjugados; 2) e os particularismos, à medida que eram superados, pareciam indicar que o *fim da história* se aproximava.

Retomando os alicerces do pêndulo, acerca da dinâmica da modernidade, que antecede ao seu ordenamento, afirmam os autores que ela pode ser resumida em conceito único: a dialética. Em outras palavras, a modernidade se estruturou na negação de conceitos. Seu avanço se deu pela constante superação de conflitos internos: ao invés de implodir o ordenamento ante a oposições surgidas no transcurso do tempo, sustentaram-no com base em algum historicismo. A percepção foi de que quanto mais novo, mais adaptado à realidade da justiça dinâmica¹⁴⁵. Neste sentido, a dialética opera com a defesa/ataque da instituição moderna, restando duas concepções distintas e colidentes sobre o justo: o conceito *vencedor* representa o melhor.

O ordenamento moderno é “a estrutura permanente de e o mecanismo para a distribuição (ordenação) e redistribuição (re-ordenação) da liberdade e das oportunidades de vida ao lado do processo de manutenção (reprodução) do conjunto da unidade social” (HÉLLER; FEHÉR, 1994, p. 58). Enquanto os pré-modernos se organizavam por modelos de reciprocidade assimétrica –

¹⁴⁵ Segundo Héller e Fehér (1994, p. 54), “em contraste com a justiça estática, a justiça dinâmica não trata da aplicação do mesmo padrão para cada um e todos aos quais, consistente e continuamente, o padrão se aplica; antes, trata-se de testar e duvidar dos próprios padrões, sejam eles normas ou regras. [...] A prática da justiça dinâmica aparece também nas sociedades pré-modernas, embora normalmente só em épocas de crises, e, mais frequentemente, sempre que um ordenamento social substitui outro”.

estratificação social¹⁴⁶ –, a modernidade busca a simetria pela regra de que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”¹⁴⁷, tendo sido, esta, a grande revolução política e jurídica do século XIX: implodir a sociedade estamental – ao menos do ponto de vista formal, já que o desafio ainda atual na maior parte do mundo tem sido o de extrair o enunciado de liberdade da lei e lhe conferir materialidade.

Se no período pré-moderno, a hierarquia divisória determinava o espaço de cada um na sociedade, na modernidade a ordenação social, que aponta para a liberdade de todos, ocorre por meio de instituições funcionalmente especializadas – políticas, econômicas, educacionais, entre outras. Sua própria composição deve refletir, em um modelo ideal, a plena isonomia de oportunidades a qualquer ingressante – independente de qualquer atributo pessoal –, embora, de maneira ambivalente, elas se organizem pela assimetria interna – hierarquias, funções, chefias e gerências.

As instituições na modernidade são o presságio de quão livres podem ser os cidadãos de determinado Estado, a variar segundo sua ramificação, abertura e atuação. No entanto, dois são seus maiores e decisivos desafios: 1) introduzir estabilidade em um corpo social sempre efêmero e cambiante; 2) manter a renovação, de maneira que todos, cumprindo os requisitos indicados, possam ser atingidos e compor sua estrutura. Veja, assim, o dilema em declarar a liberdade de todos e constituir uma sólida base social na modernidade, de sensível equilíbrio se comparada à pirâmide que representava o período anterior.

¹⁴⁶ A reciprocidade assimétrica significa que cada qual conhece o seu exato lugar de atuação na sociedade. O ápice desta construção se deu com Platão e sua famosa *Callipolis*, estrutura civil-eugênica descrita no livro *A República*, na qual os cidadãos encontrariam a sua liberdade à medida que cada um desempenhasse a sua função de acordo com sua capacidade. Todos, independente de gênero ou qualquer outro atributo, receberiam a mesma educação e encontrariam à sua classe pelo tempo dedicado aos estudos. Trata-se, portanto, de uma aristocracia do conhecimento. Platão estabeleceu três classes: a dos comerciantes (possuidores de riquezas, cuja virtude é a temperança, adquirida pela experiência nos negócios), a dos guerreiros (que seriam mantidos pela *polis* e não teriam família, pois deveriam se dedicar somente à proteção da cidade e de seus cidadãos. Suas virtudes seriam a coragem e a prudência) e a dos magistrados (que não se entregaram aos bens ou à fama heroica. Sua função é governar a *polis* e proporcionar justiça, por meio de sua virtude: a sabedoria). A justiça seria obtida na medida em que todos fossem governados por boas leis e exercessem suas funções. Cf: PLATÃO, 2012, p. 72-99.

¹⁴⁷ Artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A partir de tal dinâmica, os autores tratam da lógica da modernidade, elemento que confere propulsão ou *tendências de movimento* ao pêndulo. Segundo eles, as principais e mais operantes lógicas em todo o período moderno são: 1) a divisão do trabalho; 2) a arte de governar; 3) a tecnologia. A primeira depende do modo de distribuição das funções, com ampla influência do mercado em sua realidade cotidiana. A última tem relação com o controle sobre a natureza e o desenvolvimento de meios para não se dobrar aos seus julgos. Já a arte de governar é o próprio espírito moderno em busca de liberdade, que não se limitou à estrutura fechada do modelo aristotélico – aristocracia, monarquia, politeia e suas formas degeneradas, quais sejam, oligarquia, tirania e democracia), mas tinha por convicção emancipar-se para encontrar caminhos próprios¹⁴⁸.

Neste momento, a metáfora do pêndulo da modernidade ganha corpo. Segundo os autores, a emergência destas lógicas, isto é, a energia cinética que conferiu oscilação ao pêndulo, teve início com a necessidade de se criar uma arte de governo adequada aos préstimos do momento, qual seja, a democracia liberal, regime que deu voz aos anseios do projeto liberal-burguês. Ela se manteve como modelo de governo ideal até os desgastes provocados pela crítica comunista. Contudo, seu maior inimigo foi, certamente, os regimes totalitários do século XX. Desde então, o pêndulo sempre tem oscilado entre estes dois extremos.

Na atual conjuntura, face à derrocada da onda¹⁴⁹ ditatorial das últimas décadas, ainda há uma força cinética em prol dos governos livres, embora alguns países tenham lideranças cujos discursos populistas sejam

¹⁴⁸ Três menções necessárias a serem feitas: as lógicas são dinâmicas, combinam-se entre si e, com efeito, adaptam-se à realidade de cada sociedade. Nesta toada, as três lógicas seguem combinadas entre si e variam segundo cada sociedade. Um exemplo citado é o do sistema comunista, que estabeleceu uma “rede de controle patológica dentro da lógica da divisão funcional do trabalho”, com sua política de vigilância constante e punição aos indivíduos. Para tanto, o governo adotou o modelo totalitário, tudo a serviço de um acelerado (e à qualquer custo) impulso à industrialização (tecnologia), o que resultou na “mais mórbida versão de modernidade” (HELLER; FEHÉR, 1994, p. 66).

¹⁴⁹ Utiliza-se aqui este vocábulo como menção às ondas de democratização de Samuel Huntington. Para ele, os avanços e retrocessos da democracia podem ser expressos através da metáfora da onda, no qual houve um primeiro impulso ao longo do século XIX até os anos 1920, momento em que se reverberou o absolutismo na Europa e América Latina. Com o fim do totalitarismo, nova onda produziu governos democráticos por vinte anos, quando novamente houve um refluxo, a partir da década de 1960, desta vez em quase todos os continentes. A última onda está a favor da democracia, e pode ser observada desde a década de 1990. Cf: HUNTINGTON, 1994, p. 26-29.

antidemocráticos ou coloquem em xeque suas instituições. No mesmo sentido, a tecnologia, que sempre representou o suprassumo do apogeu científico, perdeu parte de sua legitimidade ante as crises ambientais e pesquisas sobre as alterações climáticas. Todos estes fatores são energias contrárias que fazem o pêndulo oscilar para lados distintos.

Nesta toada, porém, é no escopo da sociedade, gerida pela divisão do trabalho e *locus* de realização da vida dos indivíduos, que, segundo os autores, verificam-se os arcos cadenciais mais amplos do pêndulo. Em verdade, é na efervescência do seio social que se observa a liberação da energia vital para o movimento pendular¹⁵⁰: é vital, pois, como dito, a modernidade opera em uma dinâmica dialética e o pêndulo oscila pelo mover das lógicas. Assim, se o ponteiro parar, estaria declarada a morte do projeto moderno, uma espécie de pane seca do Estado e da sociedade. Tal situação, segundo os autores, ocorreu com o auto-esgotamento do regime soviético, e a razão foi o caminho e o *modus operandi* adotados para o atingimento de seus objetivos: “o ordenamento social moderno não pode sobreviver sem assegurar liberdade para a oscilação de seu pêndulo” (HELLER; FEHÉR, 1994, p. 72).

Com base em tais pressupostos, significa que as crises da modernidade são, em sua maioria, internas e reflexo da oscilação deste pêndulo utópico pelas suas periferias mais extremas? Em parte sim, o que não significa que não haja novos fatores críticos ao sistema, como é a questão do elemento legitimador das metanarrativas, objeto de análise nesta tese. Imperioso recapitular que o movimento político sempre está oscilando entre seus pontos extremos atualmente conhecidos: do individualismo ao comunitarismo. A sociedade moderna é, em essência, individualista, mas foram fundados sistemas estatais – como a separação de poderes – para conter apenas a ação individual e de mercado.

¹⁵⁰ Como reforço à esta ideia, cite-se trecho dos autores em que desenvolvem a ideia da força social, em especial nas questões laborais, para a oscilação pendular: “são precisamente as experiências constantemente em mudança, provocadas pelo “vaivém” entre instituições e vida cotidiana, a pulsação normal da lógica da divisão funcional do trabalho, que geram a energia cinética para os impulsos, necessária para o balanço do pêndulo. Colocado em linguagem mais simples, pessoas cujas vidas são primordialmente conduzidas dentro da lógica da divisão funcional do trabalho, entre suas instituições e na vida cotidiana estruturada por ela, e que têm na fundação liberal a liberdade de expressar suas diferentes opções e preferências, mudam de tempos em tempos a direção da oscilação do pêndulo” (HELLER; FEHÉR, 1994, p. 71).

A pós-modernidade – bem como o “entrincheiramento das democracias liberais”, pelo totalitarismo – se encaixa exatamente aqui: o trepidar do pêndulo aumentou com a crise das metanarrativas que conduziam ao inevitável progresso ou à ideais emancipatórios. Com a derrocada do comunismo – projeto de matriz comunitária –, a avaliação dos autores é que o impulso do momento seja por mais individualismo, mas sem as oposições binárias características do século XX – como capitalismo versus socialismo –, abraçando, desta vez, temas que envolvem gênero, religião, família, entre outros.

Estivemos sob o encanto da grande narrativa por tempo demais; estamos acostumados com histórias de *longue durée*. Mas enquanto considerarmos exclusivamente o “vaivém” do pêndulo entre os extremos de *Gesellschaft* e *Gemeinschaft* [individualismo e comunitarismo], permanecemos no interior da grande narrativa. O perigo de eliminar o próprio princípio do pêndulo está implícito ao entendimento do pêndulo em termos de histórias de *longue durée*. Porque a grande narrativa tende a atingir um limite, e o narrador normalmente não mostra a mínima inclinação a voltar de lá para qualquer outro ponto. Por causa disso, os passos excessivamente grandes da “narrativa *Gesellschaft* e *Gemeinschaft*” devem ser desestruturados para podermos ver, debaixo deles, os movimentos capilares (HELLER; FEHÉR, 1994, p. 73).

Sem as grandes narrativas para ocultar o movimento pendular-binário de uma extremidade à outra, restam as desveladas e novas dinâmicas sociais reais. Os autores defendem, todavia, que não se trata de universalismo reconhecer a imperiosa guarida que se deve conferir aos princípios da democracia e aos direitos humanos, talvez o único legado do liberalismo político. Nas periferias econômicas do mundo, porém, a estrutura formal do ordenamento foi copiada, mas falta-lhe a propulsão causada pela dinâmica dialética. Afinal, a força do pêndulo tem origem no interior da sociedade¹⁵¹, pois “não há nada automático

¹⁵¹ Abordamos as criações de gabinete no limiar do capítulo segundo desta tese.

Já abordamos este ponto (criações de gabinete) no capítulo anterior, quando tratamos de Montesquieu e o princípio que subjaz às formas de governo. Como reforço a esta questão, por outro ponto de vista, salutar a observação de Georges Burdeau, quando analisou o desafio dos novos Estados africanos e pontuou que “em todos os países antigos, é a nação que fez o Estado; ele formou-se lentamente nos espíritos e as instituições foram unificadas pelo sentimento nacional. No Estado novo, tal como surge no continente africano, é o Estado que deve fazer a nação” (BURDEAU, 2005, p. 18). A despeito do conteúdo de “nação” já estar em

ou autogerador nas oscilações do pêndulo da modernidade” (HELLER; FEHÉR, 1994, p. 77). Mas enquanto a justiça se mantém dinâmica, é traço de que há liberdade, e minimamente o pêndulo pode se mover.

Assim, a metáfora de Heller e Fehér serve de auxílio para se compreender o movimento de oscilação existente na relação Estado e sociedade, sem objetar que alguns apontamentos podem indicar um movimento cinético mais considerável que outros. Todavia, as bases que fundamentam o pêndulo ainda se encontram sólidas o bastante para se afirmar que não há no horizonte uma pós-modernidade suficiente a quebrantar as instituições do Estado. Em igual medida, a separação de poderes – indicada pelos autores como elemento comunitarista, isto é, que vai além da figura do indivíduo na busca de esquadrihar regras de convivência social – segue como elemento republicano e liberal cuja essência é perceptível na intrincada relação entre poder e direito, *anima* que perpassa toda esta pesquisa.

Algumas análises, como afirmado, desmistificam inclusive parte das metanarrativas. No que toca à soberania no plano interno do Estado, por exemplo, a teoria de Michel Foucault acerca da microfísica do poder se tornou pedra angular entre os pensadores de que a noção estruturalista-liberal do poder – concentrado no Estado e que, por meio da violência, tutelava a sociedade – não serviria aos propósitos emancipatórios da humanidade, mas seria tão somente outro modo de dominação. Como Arendt, citada no capítulo anterior, Foucault concebia o poder como uma prática no interior da sociedade¹⁵², cujas relações o produziam. Por tal razão, ele não poderia estar *localizado* em lugar algum, mas funcionaria como uma rede.

O filósofo francês, com tal análise, não pretende desprezar a leitura jurídica do poder como soberania. Segundo ele, entre os séculos XVI e XVIII, tal poder atuou de fato nas sociedades, proporcionou a construção das grandes monarquias administrativas, limitou e também reforçou o poder do rei e, por fim,

colapso em nossos dias (o texto de Burdeau foi escrito em 1970), a essência da ideia mantém seu vigor: é um desafio a Estados novos, africanos ou latino-americanos, de incorporar às suas realidades fragmentadas institutos políticos e jurídicos importados de contextos distintos e esperar que funcionem bem, como no país de origem. Este é o alvo de Heller e Fehér quando analisam a efervescência de cada contexto social.

¹⁵² Consoante afirmação de Foucault (2015, p. 274), ao expor acerca da análise não econômica do poder: “O poder não se dá, não se troca nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação”.

serviu como instrumento nas mãos de variadas autoridades de distintos credos. Em síntese, “o modo como o poder era exercido podia ser transcrito, ao menos no essencial, nos termos da relação soberano-súdito” (FOUCAULT, 2015, p. 289). Contudo, ao considerar que o Estado não poderia ser o único polo de poder na sociedade, era preciso retirá-lo do campo analítico do Leviatã e pensar tendo por base a categoria de dominação, ou seja, captá-lo em suas extremidades, para além da formalidade jurídica, através de novas tecnologias de domínio.

Desde o início da Idade Média, o poder exercia tradicionalmente duas grandes funções: a da guerra e a da paz, que ele assegurava pelo monopólio dificilmente adquirido das armas; a da arbitragem dos litígios e da punição dos delitos, que assegurava pelo controle das funções judiciárias. *Pax et Justitia*. A estas funções foram acrescentadas, desde o fim da Idade Média, a da manutenção da ordem e da organização do enriquecimento. Eis que surge, no século XVIII, uma nova função: a disposição da sociedade como meio de bem-estar físico, saúde perfeita e longevidade (FOUCAULT, 2015, p. 301).

A nova economia do poder, o mecanismo disciplinar, surge especialmente a partir do século XVIII, pela força do capitalismo industrial. Sua autoridade se exerce sobre os corpos dos indivíduos, não sendo um poder explícito, como o era à época das penas de suplício tratadas em *Vigiar e Punir*, mas diluído e executado por meio das instituições disciplinares – como a escola, a prisão, o quartel e o hospital psiquiátrico, a chamada nosopolítica¹⁵³. Sua função é produzir corpos dóceis, moldados e configurados de acordo com as necessidades sociais, por meio das tecnologias do controle do tempo e da vigilância, e liquefeitas na forma de hierarquia, sanções normalizadoras, exames, entre outros mecanismos.

Com efeito, a pessoa se torna produto do poder, mas também objeto do saber. Em suas palavras: “o exercício do poder cria perpetuamente saber e, inversamente, o saber acarreta efeitos de poder” (FOUCAULT, 2015, p. 230-231). Para Foucault, poder e saber caminham *pari passu*: o hospital psiquiátrico, ao criar a figura do louco, amplia o cabedal de conhecimento e retroalimenta o

¹⁵³ O prefixo *noso*, de origem grega, indica doença.

poder, seja do Estado, na forma de reforço aos tentáculos de seu domínio, seja dos próprios médicos e da ciência¹⁵⁴.

Pela metáfora de Heller e Fehér, uma análise como esta poderia ser explicada pelo afastamento do pêndulo de uma visão comunitarista de arte de governo, somado também ao quebrantar de uma metanarrativa geral que indicava haver tão somente dois polos possíveis de oscilação. Embora, conforme tenhamos observado, é a força social que, segundo os autores, confere impulso ao pêndulo, e não uma teoria como a de Foucault, que ao fim não procura estabelecer uma alternativa segura e confiável a seguir, na lógica dialética moderna de encontrar novos fundamentos de justiça que critiquem o seu antecessor. Aliás, Foucault sequer deixou-se levar pelo canto das sereias ao enunciar uma *nova teoria do poder* de jaez universalizável¹⁵⁵: propôs apenas uma análise não-jurídica do poder.

A percepção de que não há o caminho certo de oscilação do pêndulo em busca de uma verdade, agora sim, definitiva, ainda que tenhamos ciência de sua provisoriedade, é a porta de entrada em um momento *para além* da modernidade: em outras palavras, a suposta pós-modernidade estaria na percepção do pêndulo e de seu movimento. A provocação que encerra a pesquisa é: será que manteremos o pêndulo em oscilação, mesmo ante à descrença quanto às metanarrativas legitimadoras?

¹⁵⁴ De maneira explícita: “a burguesia não se importa com os loucos; mas os procedimentos de exclusão dos loucos puseram em evidência e produziram, a partir do século XIX, novamente devido a determinadas transformações, um lucro político, eventualmente alguma utilidade econômica, que consolidaram o sistema e fizeram-no funcionar em conjunto. A burguesia não se interessa pelos loucos mas pelo poder; não se interessa pela sexualidade infantil mas pelo sistema de poder que a controla; a burguesia não se importa absolutamente com os delinquentes nem com sua punição ou reinserção social, que não têm muita importância do ponto de vista econômico, mas se interessa pelo conjunto de mecanismos que controlam, seguem, punem e reformam o delinquente” (FOUCAULT, 2015, p. 288).

¹⁵⁵ É o que explicita Roberto Machado, que introduz a publicação de *Microfísica* na 13ª edição da Editora Graal. Em suas palavras: “é preciso ser menos geral e englobante. Porque a análise de Foucault sobre a questão do poder é o resultado de investigações delimitadas, circunscritas, com objetos bem demarcados. Por isso [...], é importante não perder de vista que se trata de análises particularizadas, que não podem e não devem ser aplicadas indistintamente sobre novos objetos, fazendo-lhes assim assumir uma postura metodológica que lhes daria universalidade” (MACHADO, 1979, p. XVI). Neste sentido, a arqueologia, e menos ainda a genealogia, têm o condão, na obra de Foucault, de serem alçadas a categoria de uma ciência ou sistema.

A consciência da condição pós-moderna que, no mesmo ato, descobre o “princípio do pêndulo” e nega a narrativa sublime do progresso ilimitado, pode oferecer uma resposta teórica ao problema. Resta ver se essa resposta funcionará na prática, se homens e mulheres dos tempos modernos, tradicionalmente levados a entusiasmos de curto prazo pelas promessas extraordinárias das narrativas sublimes, terão energia para manter o pêndulo em movimento sem qualquer uma dessas promessas, apenas na esperança – não garantida – de uma boa vida. (HELLER; FEHÉR, 1994, p. 77-78).

O universalismo dá lugar à forte tendência contextual, no qual a grande maioria das bandeiras políticas não podem ser plenamente defensáveis, à exceção de temas superados, como racismo e uso de mecanismos de tortura. E esta política do contexto tem sido implacável com os partidos políticos, ainda estruturados por uma lógica binária. Aqueles que agem de modo distinto, distanciando-se de sua bandeira ideológica, são tidos por oportunistas.

Para os autores, portanto, este conceito poderia ser aventado pela suposta quebra da oscilação binária pela norma dialética, mas não como um rompimento com a modernidade, que só ocorreria com o estacionar do pêndulo: ao contrário, teorias que desafiam a dialética apenas o movimentam de maneira distinta.

3.4. A MORTE DA CONSTITUIÇÃO METANARRATIVA E O ESTADO PARA ALÉM DA MODERNIDADE

A par do exposto, percorremos um caminho teórico que nos conduziu da formação do Estado à sua consolidação e “queda”. Apontadas as razões para se manter a crença na racionalidade moderna, não como *second best* vez que ainda não há uma matriz que a substitua, faz-se necessário tratar dos metarrelatos, elemento que, semelhante a Virgílio guiando os passos dantescos do caos à salvação, atuou como profeta da modernidade iluminista ao indicar um caminho soteriológico. Questionável é sua permanência na atualidade, assim como parte do próprio entusiasmo comteano com noções positivo-emancipatórias. Seria o rearranjo do Estado, e da separação de poderes, ante a um nihilismo tonitruante?

Há algum tempo a questão das metanarrativas cruzou os caminhos de pesquisa de J. J. Gomes Canotilho. Embora tenha lhe chamado a atenção, não há em sua vasta obra um texto que enfrente este tema de modo suficiente, tendo surgido como menção em meio à discussões paralelas. Por outro lado, é curioso que este movimento tenha passado despercebido à doutrina brasileira, que pouco desenvolveu a temática diante de nosso constitucionalismo.

Trivialidades à parte, a origem da abordagem às metanarrativas teve início quando o professor de Coimbra anunciou a morte da Constituição dirigente no prefácio à 2ª edição do livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* – publicado pela Coimbra Editora no ano de 2001. Com efeito, parte da doutrina, a exemplo de Lenio Streck, tergiversou acerca de tal afirmação, discordando do panorama apresentado. Em resposta aos brasileiros, Canotilho retomou o tema em uma conferência realizada em Curitiba¹⁵⁶, que, transformada em texto, foi posteriormente publicada no Brasil, na Espanha e em Portugal¹⁵⁷. Para evitar mal-entendidos, ele trouxe a explicação a que se faz referência, na íntegra: “compreender-se-á, assim, a relativização do dirigismo quando, em certos escritos, afirmámos que a Constituição dirigente morreu. Entenda-se: morreu a Constituição metanarrativa” (CANOTILHO, 2008, p. 156).

Quando Canotilho fala da Constituição dirigente, refere-se a um projeto moderno de transformação da realidade levada a cabo por sujeitos históricos bem delimitados e identificados, como as classes trabalhadoras, no caso das Constituições sociais, ou as forças armadas, nos contextos em que elas exerciam forte influência. Em outras palavras, promover-se-ia uma revolução social através da norma constitucional e pelas mãos do sujeito moderno triunfante, que caminhava rumo ao seu destino de libertação. Este é o aspecto da Constituição programático-dirigente que jaz pela bruma da história.

¹⁵⁶ Consoante o prólogo do livro mencionado, o texto que será citado foi “elaborado para uma intervenção no IV Simpósio de Direito Constitucional, realizado em Curitiba, em 2003. Posteriormente, foi publicado na *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Ano 2003, Vol. 3, p. 453-475, com o título “Estado Adjectivado e Teoria da Constituição” (CANOTILHO, 2008, p. 16).

¹⁵⁷ A publicação em Portugal, e que será utilizada neste texto, deu-se em artigo que compõe o livro “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*.

Contudo, há dimensões do dirigismo que ele reconhece se manterem. A primeira é que ela representa um projeto histórico pragmático de vinculação do legislador ao programa constitucional, levando-o a implementar o comando deixado pelo constituinte. A segunda é a diretividade programática que se mantém, não mais nos textos nacionais no interior das fronteiras soberanas do Estado, mas na Constituição supracional, realidade que se impõe com fortaleza no contexto português, em razão da União Europeia. Por fim, a programaticidade do ideal de busca pela igualdade real entre todos os cidadãos, a princípio tida como desfalcada de força vinculante, mas que adquiriu centralidade no debate jurídico desde os anos 1990. O que morreu, portanto, é a parcela metanarrativa das Constituições do século XX (CANOTILHO, 2003, p. 14-16).

Apontamos, anteriormente, que Lyotard ilumina a senda que conduz à mudanças do saber científico, autorreferente de outrora, convertido em tecnologia, trazendo consigo seus novos objetivos – informação – e novas ferramentas – a programação algorítmica. Com efeito, a ciência iluminista, que traria a emancipação do homem, legitimada pela filosofia da história¹⁵⁸, passa a ser lida apenas como uma forma de armazenar informação. Revolucionário mesmo, neste caso, seriam os instrumentos, e não a enciclopédia: o alcance do conhecimento, do mais alto dos céus ao interior das moléculas que nos constituem, dependem de ferramentas.

No bojo de *A Condição Pós-Moderna*, como mencionado, ele refere o pós-moderno como a *incredulidade em relação aos metarrelatos*. A este respeito, e embora se discorde que tal movimento poderia representar uma passagem para a pós-modernidade, por se caracterizar como um trepidar do pêndulo, é certo que a crise das grandes narrativas representa o estampido da aldrava factual a

¹⁵⁸ Consoante Lyotard (2009, p. 15), a ciência arroga-se como moderna no momento em que a filosofia é utilizada como instrumento de sua própria legitimação. Em suas palavras: “Originalmente, a ciência entra em conflito com os relatos. Do ponto de vista de seus próprios critérios, a maior parte destes últimos revelam-se como fábulas. Mas, na medida em que não se limite a enunciar regularidades úteis e que busque o verdadeiro, deve legitimar suas regras de jogo. Assim, exerce sobre seu próprio estatuto um discurso de legitimação, chamado filosofia. Quando este metadiscurso recorre explicitamente a algum grande relato, como a dialética do espírito, a hermenêutica do sentido, a emancipação do sujeito racional ou trabalhador, o desenvolvimento da riqueza, decide-se chamar “moderna” a ciência que a isto se refere para se legitimar.

bater na porta da modernidade, indicando a chegada de mudanças: seu ruído é notório demais para passar despercebido.

Nesta toada, os metarrelatos, conceito popularizado por Lyotard, são as grandes narrativas utilizadas no período moderno para conferir direção e sentidos inefáveis à história. Em oposição ao período das trevas medievais, mas que curiosamente se valeram de semelhante enredo da soteriologia cristã ao indicar o *caminho de salvação da modernidade*, serviam como artifício de legitimação para os rumos adotados em tal período, conferindo um papel totalizante e universal aos valores – como a liberdade – que sedimentavam a vida e suas instituições. Em outros termos, funcionavam como a descoberta dos ventos que conduziam ao destino final da humanidade emancipada, sendo necessário apenas orientar as velas para tal direção.

Um exemplo, que teve início e fim no bojo da modernidade – e que mesmo ante a eclosão de sua crise e fim não destruiu o pêndulo – foi o comunismo. A grande narração que subjaz a esta ideologia pode ser vislumbrada no *Manifesto Comunista*, de Karl Marx e Friedrich Engels. O estabelecimento do inimigo, a burguesia, fica claro desde as primeiras páginas, em especial por ela ter destruído o feudalismo, porém mantido as relações de classe para satisfação de seus interesses, tendo feito, com isso, “da dignidade pessoal um simples valor de troca: substitui as numerosas liberdades, conquistadas duramente, por uma única liberdade sem escrúpulos: a do comércio”.

A récita estaria na emancipação da classe trabalhadora pela tomada do poder: “o objetivo imediato dos comunistas é o mesmo que o de todos os partidos proletários: constituição do proletariado em classe, derrubada da supremacia burguesa, conquista do poder política pelo proletariado” (MARX; ENGELS, 2005, p. 42 e 51). Como sabemos, os países que levaram adiante um regime comunista acabaram se desvirtuando em ditaduras. Com efeito, o solo semeado pelo anseio de profundas revoluções no *status quo* foi regado pelo sangue de muitos: seus frutos acabaram se tornando deveras amargos, realidade sombria ante o ideal libertário que lhes deu propulsão inicial.

Mas o lado oposto da trincheira não representava exatamente um oásis de liberdade. É curioso que o suposto avanço comunista serviu de estratégia para que governos criassem metanarrativas semelhantes a um contragolpe,

rumo à salvação da nação, mas à favor de seus interesses. Foi o caso de Getúlio Vargas e a Constituição brasileira de 1937, que serviu de justificação para a instauração do regime. Como é notório, Vargas adotou a Carta como anteparo ao Estado Novo, no qual a narrativa estruturante era a luta em face de uma ascensão comunista no país¹⁵⁹. Sabemos o resultado nefasto à democracia que representou a suposta *infiltração comunista*: centralização das competências no Executivo, dissolução dos Legislativos – foram quase nove anos sem o funcionamento do Congresso Nacional, de 10 de novembro de 1937 a 23 de setembro de 1946 – e consequente violação de direitos políticos, admissão de suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas (art. 166) dentre outras medidas.

Nesta medida, ao lado de outros exemplos notórios – como o ideal de progresso iluminista, qualquer nacionalismo exacerbado ou as crenças monoteístas –, as metanarrativas *são histórias sobre histórias*, que, como uma trama bem tecida, abrangem e explicam outras pequenas histórias tendo por base modelos conceituais, conectando-as todas como se narrativa única fossem¹⁶⁰. Sendo o caminho correto e inevitável da história, elas justificavam a tomada de determinadas posições, ainda que contrárias a outros ideais dominantes.

Entretanto, o ideal cientificista, verdadeiro eldorado dos iluministas por representar o epicentro deste sistema no qual as demais histórias em seu entorno gravitavam, entrou em declínio e lançou dúvidas sobre todas as esferas

¹⁵⁹ Veja-se o preâmbulo:

“ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;”

¹⁶⁰ Tradução nossa. No original: *a metanarrative is a story about a story, encompassing and explaining other 'little stories' within conceptual models that make the stories into a whole* (BAOFU, 2012, p. 202).

que tinham na verdade e progresso científicos o seu manancial legitimador. Tal declínio gerou uma crise de dupla ordem. A primeira delas é de representação, ou seja, não é mais possível apresentar uma visão objetiva do mundo que nos cerca, restando somente uma série de paradigmas conflitantes, erigidos com base em uma lógica construtiva-desconstrutiva, muito próxima ao critério da falseabilidade de Karl Popper. A segunda foi o apogeu da tecnologia que ofuscou e lançou dúvidas quanto a autorreferência científica, colocando-a a serviço da técnica e a outros fatores de interesse – econômicos e políticos, por exemplo. Desta maneira, quando a principal engrenagem não encontrava mais vigor a fim de movimentar todo o sistema, “a função narrativa perdeu seus atores (*functeurs*), os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo” (LYOTARD, 2009, p. XVI)¹⁶¹.

Quais são os impactos da supressão das metanarrativas para o Estado e o direito? Consideráveis, na visão de J. J. Gomes Canotilho. Ele identifica que, na base dos textos constitucionais de nosso tempo, presentes ali elas se faziam – e ainda se fazem. Por certo, o professor de Coimbra se baseou em Lyotard ao abordar o tema e conceituar as metanarrativas. Em suas palavras:

Trata-se das grandes récitas omnicompreensivas e totalizantes que conferem à história um significado certo e unívoco. Elas transportam a emancipação da humanidade e dão sentido à vida dos homens. A grande récita judaico-cristã promete a *ressurreição* e a *salvação*. A metanarrativa iluminista e positivista acena com o *progresso*. A grande metanarração marxista vislumbra a *desalienação* do homem através da ditadura do proletariado. As filosofias historicistas, no seu conjunto, acreditam num *sentido* irreversível da história (CANOTILHO, 2008, p. 154).

¹⁶¹ Oportuno mencionar, como contraponto, que Sérgio Paulo Rouanet invalida a crítica de Lyotard às metanarrativas. Em suas palavras: “posso admitir que em outras épocas as grandes narrativas desempenhavam um papel mais importante que hoje, mas nem a narrativa iluminista, segundo a qual a ciência contribui para a emancipação do gênero humano, nem a narrativa especulativa, segundo a qual ela se integra no corpo de um saber universal, estão ausentes na ciência de hoje: até hoje os cientistas invocam o valor humanista e libertador da ciência, e o sonho positivista da *unified science* é o equivalente contemporâneo do enciclopedismo de Hegel (ROUANET, 1987, p. 262).

Assim, os metarrelatos serviram de vetores para o futuro, legitimando um caminho tido por certo – como ocorreu no país de nosso professor lusitano com a Constituição de 1976, cujo texto tem por objetivo “abrir caminho para uma sociedade socialista” (preâmbulo) por meio de uma sociedade sem classes (artigo 1º, já alterado), desejo do constituinte originário que seria materializado pela aliança “entre o movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticas” (artigo 10º, já revogado). Tal compromisso se alinhava a um olhar que recrudescera após a Queda do Muro de Berlim, em 1989, e o fim da URSS, em 1991, mas que já havia sido atenuado, do ponto de vista ideológico, pela Lei Constitucional 1/1982. Nas palavras de Canotilho, esta opção constitucional está aniquilada, pois “morreu a ‘Constituição metanarrativa’ da transição para o socialismo”.

De fato, Canotilho declara a morte da Constituição dirigente no que concerne a tais grandes récitas, que “explicam pouco e prometem muito” (CANOTILHO, 2008, p. 155) por assumirem para si a função de transformação social em uma realidade contemporânea que pode lançar seu texto bem-intencionado à loquaz ineficácia ao não cumprir com seu ideal. A análise de Canotilho é compreensível pela metáfora do pêndulo da modernidade, conforme expomos anteriormente: o vigor do movimento de seu pulsar brota da sociedade; as únicas experiências, nada satisfatórias do ponto de vista democrático, de imposições constitucionais são nas ditaduras que, cedo ou tarde, tornam-se ocas e colapsam sobre o seu próprio peso autoritário.

A raiz da crise do dirigismo constitucional estaria em uma suposta pós-modernidade? Ao menos para o jurista português, a resposta é negativa. Segundo ele, o antimodernismo político contesta o papel de protagonismo do indivíduo em meios aos processos da modernidade, assinala a lógica individualista despersonalizadora e coloca em xeque os ideais democráticos, bem como profana o Estado de Direito ao mostrar sua lógica repressiva. Não obstante a tais argumentos, sua posição é clara: “continuamos a reivindicar a nossa formação moderna” (CANOTILHO, 2008, p. 157).

Persiste a crença do professor no otimismo moderno em criar meios para tornar as pessoas donas de seus atos e destinos¹⁶². E se o texto constitucional ainda carrega marcas de tal otimismo, então este deverá continuar sendo o paradigma a pulsar na Constituição. Denota-se, portanto, certa contradição em seus argumentos: se por um lado declara a morte da Constituição metanarrativa, por outro, agarre-se à salvaguarda de liberdades e direitos fundamentais como um traço moderno. Não seria ela também, em si, um metarrelato em âmbito normativo? Talvez, embora projetos de emancipação individual e social por meio do direito seriam a récita, aqui criticável; e, no caso em tela, é possível argumentar que a defesa de direitos estrutura a própria modernidade jurídica, que ainda não se cumpriu.

Assim, a despeito de a filosofia do sujeito estar em crise, Canotilho exorta que não se deve aniquilar todo o projeto moderno: o Estado constitucional deve vigorar com base na compreensão humanista do direito, valendo-se dos esforços necessários para impedir a perversão da dignidade humana ao lançar as pessoas à condição de objeto. Em outras palavras, o aspecto fabuloso do constitucionalismo foi imolado no altar da história, restando, em definitivo, noções substanciais e procedimentais. Em suas palavras: “o que eu defendo é que um texto, para ser operacional, tem que transportar dimensões materiais que se possam concretizar” (CANOTILHO apud COUTINHO, 2003, p. 24).

A morte embrionária dos metarrelatos nas Constituições do século XX nos conduz a duas análises, uma de caráter especulativo e outra de cariz consequencial. No primeiro caso, aponte-se ser curioso que a ciência iluminista, ansiosa por transcender as matrizes teológicas, tenha se valido de um ferramental místico ou teológico, convertendo-se em saber narrativo que aponta para um fim emancipatório, semelhante ao cristão audaz pela vida extraterrena. Não é necessário considerável esforço hermenêutico para compreender que o

¹⁶² Em outra oportunidade, em encontro *online* promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, registrada no livro *Canotilho e a Constituição Dirigente*, o professor de Coimbra reafirmou-se como um moderno. Em suas palavras: “continuo a considerar-me um moderno. Apesar da abertura para curiosidades factuais relativamente aos pós-modernos e para reconhecer que eles, com alguma crueldade, nos colocam imensos problemas de compreensão do mundo e da vida, eu continuo a afirmar-me como moderno, porque acredito nos projectos, nas transformações, e nesta ideia de que, através do Direito, se pode formatar melhor uma sociedade. Portanto, essa ideia se mantém viva, mesmo quando se analisam teorias abstractas da Constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 43).

funcionamento do relato cristão é muito semelhante ao adotado pela ciência iluminista – do ponto de vista discursivo –, tendo-se substituído apenas o seu *telos* – salvação divina pelo ideal de progresso. A constatação indicada por Canotilho seria o ápice do processo de desencantamento weberiano, no exato ponto de máximo estresse do paradigma racional?

É possível. De toda sorte, retirada do *locus* de estandarte a serviço das fábulas autorreferentes, a concretude normativa elevou-se à condição de tônica que conduzirá a Constituição ao longo deste século. Pois, se as metanarrativas atingiram o seu fim, por certo, resta aos textos constitucionais dialogarem tanto mais com a realidade que buscam regular. Em outras palavras, valendo-se do prefácio do livro de Canotilho (2001, p. XXIX) que serviu de epitáfio à teoria da Constituição dirigente, o professor aponta que ela “está morta se o dirigismo constitucional for entendido como o normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias”.

Em igual medida, tais constatações vão de encontro a diversos argumentos trazidos por Konrad Hesse em sua conhecida teoria da força normativa e a necessidade de a Constituição jurídica vicejar em diálogo às raízes históricas da sociedade. Alguns dos pressupostos para que a Constituição atinja este estágio são fincar suas raízes no presente – “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” –, seu texto ter plasticidade – “afigura-se, igualmente, indispensável, que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança desses condicionantes” (elementos sociais, políticos e econômicos dominantes) – e estar aberta à pluralidade – “a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social” (HESSE, 1991, p. 20-21).

Caso contrário, a Constituição “quando tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade” (HESSE, 2009, p. 12), como é o ponto em referência – metanarrativas. Ao usar o termo *utopia*, Hesse, assim como Canotilho, não indica que o constitucionalismo seja incapaz de operar transformações na sociedade, como a busca pela liberdade e igualdade de seus

cidadãos. Ao contrário, a Constituição se transforma em força normativa quando é capaz de impor tarefas que são, paulatinamente, mais naturalmente respeitadas. Em outras palavras, e em sintonia à esta tese, quando o direito é capaz de regular parte das relações do poder em determinada sociedade. Deste modo, a consciência geral terá tanto a vontade de poder como a de constituição sedimentadas como baluartes em suas vidas cotidianas.

Abandonadas, portanto, as utopias, nas palavras de Hesse, e/ou fábulas, nos termos de Canotilho, resta enquadrar o Estado e a Constituição neste novo tempo. E para fins deste tese, chamaremos de *Estado para além da modernidade* o arquétipo que não reconhece a pós-modernidade e nem tampouco legitima as metanarrativas, mas tem o condão de localizar o constitucionalismo neste momento histórico. Tangenciar este conceito significa reconhecer que o moderno e o pós-moderno tensionam entre si as mesmas instituições que regulam a vida em sociedade; que embora não mais se acredite na influência contemporânea de perspectivas teóricas do século XVII, é também forçoso pensar em uma transição definitiva da realidade estatal para um novo período histórico; é, ainda, buscar compreensões acerca de nossa realidade com base neste choque de ideais, seja para entender parte do que se vive hoje, mas também olhar o horizonte das próximas décadas no intuito de se pensar as mudanças sofridas no Estado.

Assim, apesar de os ventos terem sido consideráveis, as fundações que erigem o Estado parecem seguir firmes e a plasticidade de suas instituições permitiu a sua manutenção. Ao se considerar a separação de poderes como dogma e espinha dorsal da Constituição liberal, em paralelo ao *Estado para além da modernidade*, resta saber: o que esperar deste princípio para esta nova realidade?

Eis o Estado para além da modernidade.

CAPÍTULO 4

CONSTITUIÇÃO E NOVOS VIÉSES DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A metáfora essencial que conduziu esta tese até aqui foi a relação pendular – e secular – estabelecida entre poder e direito. O vínculo entre estes conceitos é elementar e perpassou cada momento da pesquisa: da formação do Estado à separação de poderes. A norma jurídica atua como a barragem de uma represa, estabelecendo fronteiras no afã de disciplinar o poder e suas relações. Deixada a seu turno, sabemos que ele alagaria todos os aspectos da vida humana.

No entanto, é preciso considerar que o direito, por si, não é onipresente nem tampouco onipotente: seu vigor depende, em grande medida, da legitimidade conferida pelos cidadãos e da atuação das instituições. Em outras palavras, ele não é um dado, mas um construído¹⁶³, ou ainda, não é um compêndio de regras a ser revelado, mas perpassa a contínua e ininterrupta construção coletiva. As obras de gabinete não encontram solo fértil para vicejar, ao menos em uma república. Diferentemente da autoridade, a legitimidade do sistema jurídico, como instrumento de resolução de conflitos e pacificação social, depende da participação cidadã, e não deve se confundir com imposição ou violência: a Constituição, como materialização do poder conjunto, será uma folha de papel se não for expressão e reflexo da sociedade que pretende regular.

É preciso levar em conta, ainda, que, sendo movido pelo agir humano, nenhum sistema se mantém incólume aos seus respectivos malogros – quais sejam, a imprevisibilidade quanto aos resultados, a irreversibilidade do processo e o anonimato dos autores¹⁶⁴. Daí, reforça-se, a necessidade de instituições para o cultivo e salvaguarda das linhas mestras constitucionais, de modo a: 1) conferir durabilidade às decisões fundamentais tomadas no passado e consequente amparo a grupos com menor capacidade de influência política – caso contrário,

¹⁶³ Faz-se alusão a Hannah Arendt. Frise-se, contudo, que a autora usou tal expressão para designar os direitos humanos.

¹⁶⁴ Este tema foi tratado no item 2.1.

o sistema majoritário poderia, dentro das regras do jogo, eliminar seus desafetos potenciais; 2) bem como ampliar a plasticidade do texto constitucional, evitando-se rupturas a qualquer pequena tensão.

A pluralidade, neste sentido, demanda regras de convivência, sob pena de entrar em combustão espontânea. A história é testemunha do caminho tortuoso que se tem trilhado no afã de compor um modelo que sobreviva ao caldeirão flamejante do dispositivo plural. O Estado de Direito, em suas peculiaridades geográficas, é a estrutura que legitimamos – e lhe justificamos a existência – por creditar ser a mais adequada para enfrentar os dilemas dos últimos séculos. É forçoso reconhecer, porém, diversas limitações deste paradigma na colmatação das questões postas em nossos dias. Algumas delas, exploradas no capítulo anterior, lançam-no à condição de inoperância pelo rompimento do fio condutor que nos conecta com a modernidade, hipótese esta que rejeitamos. Outras, todavia, são inevitáveis, como a questão dos metarrelatos, analisada anteriormente e que também perpassará este capítulo.

A proposta dos dois primeiros capítulos desta tese foi, na toada da relação poder e direito, mostrar o caminho que delimitou as fronteiras jurídicas do poder soberano. É parte constituinte do Estado de Direito que determinados grupos e ideologias influenciem o modo de ser e pensar da população, obtendo ganhos e ocupando cargos estratégicos que podem, eventualmente, ampliar a sua influência. O que a nossa ordem jurídica não admite é a elevação de seus valores e costumes perante os demais, como se sagrados fossem, na exata etimologia da palavra. A soberania, deste modo, apresenta-se tal qual o Cérbero que vigia a esfera estatal: o poder liquefeito na estrutura do Estado permite distintas formas de ser – requisito liberal – sem o domínio de outrem – condição republicana.

Este é o campo sobre o qual a separação de poderes é levada a efeito. Sua existência coincide com o apogeu do direito à qualidade de sintaxe do Estado, ao converter o poder segmentado em soberania una e lhe constranger pelas regras jurídicas. O pêndulo, todavia, move-se na direção dos ventos plurais que brotam do seio social: como descrito no capítulo 2, o grande fiador da teoria da separação de poderes, Montesquieu, teorizou que os princípios que jazem por detrás das formas de governo indicam a permanente existência de um

povo que movimenta as estruturas do Estado. De nada vale imaginar arranjos complexos que não encontrarão solo fértil nele, que ao fim é o fator de legitimação da Constituição e da ordem jurídica por ela fundada.

Pluralidade. Agir humano. Direito e poder. Todos estes assuntos formam o mosaico conceitual que impacta em nosso tema, perpassando o Estado e a separação/atuação de seus poderes. A este respeito, a noção política de Carl Schmitt pode ser um amálgama que facilita esta compreensão, ao entrelaçar as instituições¹⁶⁵ ao inevitável conflito social, fator inerente e resultante da pluralidade. Segundo ele, a sociedade liberal emasculou o político em troca do conforto, tendo gerado, como resultado fictício, o enclausurar da política no Estado – ideia manifesta no famoso pórtico de *O Conceito de Político*: “o conceito de Estado pressupõe o conceito do Político” (SCHMITT, 2009, p. 19) – e a suposta dissolução de conflitos em prol da paz e segurança jurídicas¹⁶⁶. O quebrantar dos metarrelatos modernos na contemporaneidade, dentre eles o ideal de progresso dos liberais, desvela o elemento político que pode ser localizado no interior, mas também fora do Estado.

Na ambivalência do lugar comum de se pensar a natureza humana – como boa ou má –, Schmitt desmistifica o idealismo liberal ao apontar o conflito como parte constituinte de nossas vidas. A seu ver, é no político que a tensão e o conflito se manifestam. Para tanto, valeu-se do conhecido critério do amigo-inimigo como noção conceitual do político. Em tal arquétipo, não se identifica um opositor a ser exterminado, mas se sobreleva o elemento do embate de ideias entre pessoas e grupos, manifestado na oposição, no conflito, na luta potencial para se obter uma vitória diante da arena epistemológica. Por isso o inimigo não é o adversário a ser neutralizado, o *inimicus* em sentido amplo, mas é *hostis*¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Por certo, o que nos convém é utilizar a noção teórica de Schmitt, uma vez que, no campo das instituições em si, o pós-guerra testemunhou o apogeu do regime democrático e seu aprofundamento no bojo das sociedades. A parte mais conhecida da teoria schmittiana é anterior a este momento, motivo pelo qual não a analisaremos.

¹⁶⁶ Isto porque, segundo Cesar Ramos (1996, p. 177-178), “O decisivo, para o liberalismo, não é a afirmação do político, mas a sua limitação”. Com efeito, o individualismo liberal não tinha o condão de potencializar o político, mas lhe enclausurar. Outro detalhe da posição antiliberal schmittiana diz respeito à “convicção moral num otimismo da bondade e perfectibilidade do homem”, perspectiva que ele contrapõe em variados momentos de sua obra.

¹⁶⁷ Em suas palavras: “inimigo não é o concorrente ou adversário em geral. Tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico” (SCHMITT, 2009, p. 30).

A metáfora utilizada como ilustração desta dinâmica é a guerra, o meio político mais extremo, uma vez que o combate sempre é possível no tabuleiro das relações cotidianas. Isso não quer dizer que o fim último do elemento político seja necessariamente o conflito armado: como potência, significa, ao contrário, que a perfeita neutralidade não pode ser vislumbrada em tal contexto, pois “um planeta definitivamente pacificado, seria um mundo sem a distinção entre amigo e inimigo, por conseguinte, um mundo sem política” (SCHMITT, 2009, p. 37). Também não significa que o Estado não detenha o *jus belli* e aponte quem são os inimigos potenciais de seu povo, uma vez que ele ainda é um player vigoroso no cenário mundial.

Como realidade autônoma, deste modo, a política não é substância, mas a arena no qual as disputas ocorrem. Este instrumental schmittiano enriquece a leitura do próprio pêndulo da modernidade, cuja efervescência é observada no âmago social pelas relações estabelecidas entre indivíduos e grupos – e, porque não, fundadas em distinções de amigo-inimigo. Apesar deste olhar, as metanarrativas conduziram o direito por um caminho de fuga de tal realidade efervescente. Foi o caso do constitucionalismo, que se deixou levar, ao longo de um século, por este canto das sereias, logo após ter se descolado da ordem privatista que marcou os séculos XVIII e XIX.

Contudo, é o momento de retorno ao mundo do ser, para constatar que não há exatamente harmonia melíflua entre os poderes, porém disputas hegemônicas no interior do próprio Estado; que a teoria tripartite pode não servir para os fins almejados nos textos constitucionais; ou ainda que a atuação do poderes precisa se respaldar na exigência de nosso tempo, recebendo influências de vetores específicos, no caso, eficiência para o Executivo, responsabilidade ao Legislativo e pluralidade ao Judiciário.

De toda sorte, resta saber: este modelo é suficiente para os desafios da atualidade?

4.1. DIREITO E PODER: SEPARAÇÃO DE PODERES, METARRELATOS E O CONSTITUCIONALISMO

A separação de poderes, legado do pensamento republicano que se materializou como princípio jurídico por força da Constituição liberal, é resultado da busca secular pela contenção do poder pelo próprio poder, em um arranjo institucional recíproco entre funções que, do ponto de vista da tradição, sempre foram apontadas como as mais relevantes em um contexto estatal com pendores liberais – legislar, administrar e julgar.

A essência da teoria, desta feita, são as relações recíprocas. Alicerçados em Montesquieu, a questão da tripartição, em si, é secundária ante a sua natureza fundamental, localizada de modo certo pelo filósofo franco-suíço: “para que não se possa abusar do poder é preciso que o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1973, p. 156). Tendo em vista todo o conteúdo apontado pela ótica do Estado, sua construção se deu, em um primeiro momento, pela tentativa de emancipar o poder político por meio da blindagem à influência do comando eclesiástico.

Em outros termos, cada Estado, fundado em seus contextos e peculiaridades, arquitetou os limites para as relações recíprocas entre as suas funções. Em uma perspectiva tradicional da doutrina nacional, o patamar considerado como de excelência para a dinâmica da teoria seria aquele em que o Poder Executivo é contido de maneira efetiva a agir no bojo da estrutura normativa geral estabelecida pelo Legislativo – e tendo por base o procedimento prévio estabelecido –, cujo cumprimento, em nível constitucional, é garantido por um Judiciário independente.

Esta seria uma dimensão relacional primeva, que tem seu objetivo plasmado na contenção do Executivo pelo fortalecimento das demais instituições. Com o passar dos anos, e ampliação da complexidade da atuação do Estado na sociedade, às três funções foram agregadas diversas outras instituições, todas elas com garantias reconhecidas, criando um complexo jogo de novas contenções extra-institucionais. No Brasil, tem-se variados exemplos, como Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunal de Contas e autarquias.

Conforme tratamos, até a alocação do poder do Estado nas três funções mencionadas, as monarquias se tornaram absolutas e perderam vigor, ao mesmo tempo que o Legislativo afirmou-se, paulatinamente, como função que deveria se manter apartada do Executivo (na Inglaterra, por exemplo, pela relativização da regra do *King in Parliament*). Já o Judiciário obteve chancela como função independente apenas no começo do século XIX, a partir do voto do *justice* John Marshall no precedente que reconheceu a revisão judicial como competência judicial.

Naquele século, a separação de poderes deixou de ser doutrina para se tornar um princípio inviolável pela força do positivismo jurídico, conformando, por esta via, uma visão jurisdicista da teoria. Subjaz a esta visão a supremacia da legalidade, princípio pelo qual o Estado de Direito foi entronizado, embora do ponto de vista material se admitam inúmeros instrumentos com força de lei postos à disposição dos executivos mundo afora, como os decretos e a medida provisória, no caso brasileiro¹⁶⁸.

Consoante Hans Kelsen (2000, p. 364-369), o poder quando liquefeito no Estado passou a se comunicar por meio dos conceitos de validade e eficácia da ordem jurídica, cujos efeitos resultaram na unidade territorial e do povo. Para ele, em conhecida abordagem, a tricotomia é em essência uma dicotomia, vez que de um lado se tem a criação das normas gerais (*legis latio*) e de outro a sua aplicação pelo Executivo e Judiciário (*legis executio*). Para Kelsen, a competência executiva notadamente se subdivide em duas: de administração (viés político) e de polícia. No caso do Legislativo, sua principal função não é de criar todas as normas, mas *normas gerais* por meio de seus órgãos centrais¹⁶⁹, haja vista todos os poderes disporem de alguma capacidade normativa.

¹⁶⁸ Discussões acerca do suposto/possível abuso no uso de tais instrumentos normativos com força de lei não cabem nesta pesquisa. Contudo, longe de devaneios romanescos, sabemos que o Executivo tem a preponderância entre as funções, agindo as demais como mecanismos de controle e frenagem para que as decisões governamentais se mantenham no bojo do Estado de Direito a ser observado. Portanto, é natural que, sendo o poder mais forte, os executivos acabem por dispor de mecanismos com força de lei à sua disposição.

¹⁶⁹ Para Kelsen (2000, p. 367), “o conceito moderno de legislação não poderia surgir até que a criação deliberada de normas gerais por órgãos centrais começasse a se colocar ao lado, ou no lugar, da criação consuetudinária e que essa função fosse confiada a um órgão caracterizado como representante do povo ou de uma classe do povo”.

Por meio de tal cadência cooperativa entre as funções, o Estado e o direito se regeneram continuamente. E, tendo em vista este sistema que, semelhante a um mecanismo sincrônico, funciona de maneira integrada e apontando ao mesmo fim, o jurista austríaco afirmou que “a doutrina dos três poderes do Estado é – em termos jurídicos – a doutrina dos diferentes estágios da criação e da aplicação da ordem jurídica nacional”. Isso porque a separação de poderes se afigura como a estrutura no qual o Estado encarna sua forma elementar e, mais do que isso, age, haja vista ser por meio das instituições republicanas conectadas aos poderes que o público se materializa.

No que concerne à noção de plena harmonia entre os poderes do Estado, é preciso considerar o corriqueiro e histórico protagonismo do Executivo, por suas condições próprias e especialmente em regimes presidenciais, mas sem negar a existência de disputas hegemônicas por certo predomínio em determinados momentos. Na linha já indicada anteriormente por Garapon e vislumbrada ao longo do segundo capítulo, o nascimento do Estado no contexto europeu, especialmente inglês, deu-se pela preponderância de um Legislativo ávido por limitar o absolutismo monárquico – ainda que ele mesmo tenha vestido as vestes de algoz quando abusou de suas próprias prerrogativas.

Esta primeira etapa é denominada por Gustavo Zagrebelsky (2005, p. 33-34) de *Estado de Direito Legislativo*. Em *El derecho dúctil*, ele aponta a íntima relação existente entre a ascensão do positivismo jurídico e o apogeu do Legislativo, cuja leitura do mundo e significado de justiça estariam limitados aos dizeres da lei. Em seus termos: “uma ciência do direito reduzida a isto não conseguia reivindicar nenhum valor autônomo. Era, pois, apropriada a afirmação desdenhosa: três palavras revisoras do legislador convertiam bibliotecas inteiras em lixo”¹⁷⁰. O autor estabelece contraposição ao *Estado constitucional*, alçado à condição de referência no século XX, no qual houve uma mudança na posição da lei, que precisou se adequar e se subordinar ao paradigma constitucional.

A crítica ao positivismo, por certo, não é tão simples, nem tampouco se encerra na contraposição à tal suposta nova forma de ver o direito pela ótica

¹⁷⁰ Tradução nossa. No original: *una «ciencia del derecho» reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era, pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.*

constitucionalista, vez que a maior parcela normativa dos sistemas jurídicos seguem em pleno funcionamento pelas regras do *tudo ou nada*, na expressão de Ronald Dworkin, sem mencionar o fator de inovação e sustentação que o positivismo representou ao Estado de Direito em seu surgimento, no afã de controlar o arbítrio das vontades e das paixões. O constitucionalismo apresentou novos fundamentos que ainda estão em construção, e, apesar do seu inegável apogeu, especialmente desde o pós-guerra, as proposições entre os dois modelos não são absolutamente excludentes, como se um sistema substituísse o outro.

O Estado de Direito nasceu na Europa parlamentarista, tendo buscado concentrar, deste modo, a hegemonia nas mãos do legislador. Como enunciamos nos dois primeiros capítulos, no ilustrativo jogo pendular entre poder e direito, era preciso que o último pudesse colocar a lei como parâmetro do primeiro, de modo a controlar eventuais absolutismos. Assim, na dinâmica estrutural que se aplicou nos Estados Unidos e países que sofreram sua influência direta, que é o caso brasileiro, o modelo republicano instaurou a soberania popular, de modo que o povo fosse a sentinela contra arbitrariedades perpetradas – isto é, o povo como emissor e destinatário da legislação. Em tal engenharia constitucional, o Legislativo está umbilicalmente conectado à fonte do poder constituinte.

Tendo por base esta dinâmica fundamental, e buscando um paradigma que fosse distinto ao aplicado no passado europeu, no qual as três prerrogativas consideradas mais essenciais para a formação da esfera pública acabaram orbitando no monarca, a estrutura de separação de poderes tinha o condão de demover o aparato de criação legislativa daquele que seria seu maior beneficiário e respectivo aplicador. Este processo ganhou força e se afirmou ao longo dos séculos XVIII e XIX.

A preponderância do Legislativo no afã de servir de freio ao monárquico se consolidou com maior hígidez no contexto europeu, mas não se pode negar a sua importância no Brasil. Em 1822 foram instituídas assembleias provinciais, cujos mandatários controlavam orçamentos e detinham competências regionais. Desde 06 de maio de 1826, passou a funcionar, já com previsão na Constituição

de 1824, o Legislativo nacional¹⁷¹. Como nos lembra Jorge Caldeira (2015, p. 46-54), tendo em vista o contexto ocidental, apenas Inglaterra e Estados Unidos possuem tradição legiferante mais antiga que a brasileira.

Anota também o fato interessante da mescla estabelecida pela fonte de poder e ordem ser depositada no imperador com poderes divinos – como os déspotas esclarecidos, “Defensor Perpetuo do Brazil” e que guiaria o povo ao seu destino soteriológico, tendo para si o controle dos Poderes Moderador, Executivo e judicial –, mas de institutos normativos que ecoavam a soberania popular. Deste modo, a despeito dos interesses locais e próprios de seus membros, o Poder Legislativo servia de peso significativo na balança que fora desenhada para favorecer o imperador. Os conflitos entre os poderes arbitrários do imperador e a representação popular foram recorrentes até a abdicação de Dom Pedro I, em 1831, e seguiu adiante no período regencial (até 1840).

Já no Segundo Reinado, Dom Pedro II editou o Decreto n. 523, de 20 de julho de 1847, que criou a figura do Presidente do Conselho dos Ministros, aproximando nosso sistema do parlamentarismo¹⁷², ainda que às avessas em referência ao praticado na Inglaterra¹⁷³. Ao longo deste período, sucessivas foram as alterações de gabinete, alternando-se entre os partidos conservador e liberal – cuja insurreição de alguns de seus membros culminou na criação do partido republicano¹⁷⁴, em 1868, tendo sido a abolição do poder moderador a sua principal bandeira.

¹⁷¹ Na verdade, Jorge Caldeira (2015, p. 53) anota que “desde 1532, eleições regulares das autoridades locais perduram em todas as cidades construídas no atual território nacional. Esse é um fato histórico geral, regular, constante. No nível local, quase nunca houve uma autoridade que não fosse eleita”.

¹⁷² Nas palavras de Caldeira (2015, p. 48): “Funcionava assim: o gabinete tinha de conseguir maioria no Parlamento. Quando perdia, um novo ministério era apresentado, o Parlamento era dissolvido e eleições eram convocadas. O Poder Moderador ajudava: os novos ministros eram nomeados provisoriamente pelo imperador; promoviam a chamada derrubada – isto é, trocavam funcionários públicos ligados ao ministério caído por outros, seus aliados. O uso da máquina garantia vitórias eleitorais tranquilas”.

¹⁷³ O termo o *parlamentarismo às avessas* é comum entre os historiadores nacionais para retratar este período do Segundo Reinado. Ele faz alusão ao paradigma inglês, no qual a *House of Commons* é eleita e o partido majoritário indica o chefe de governo. Por aqui ocorreu exatamente o oposto, com a subordinação do Legislativo: Dom Pedro II era o detentor do poder moderador e nomeava o Presidente do Conselho de Ministros, cargo que seria equivalente ao do Primeiro-Ministro, autoridade esta que era competente para a indicação dos demais membros e formação de seu gabinete.

¹⁷⁴ Extinto no Estado Novo, o Partido Republicano elegeu quatro Presidentes da República: Campos Salles (1898 a 1902), Rodrigues Alves (1902 a 1906 e 1918-1919, pois faleceu antes

No período republicano, o Poder Legislativo se ramificou de uma vez por todas. É preciso lembrar que a soberania popular se afirmou ante a abolição da estrutura monárquica existente – especialmente representada pelo poder moderador, conselho de Estado, Estado confessional e composição de membros vitalícios –, tendo-se instituído o presidencialismo – com mandato fixo e sem direito à reeleição – e o federalismo, que trouxe vigor aos estados-membros¹⁷⁵. Assim, apesar do cenário de preponderância do Presidente da República, conforme será retomado adiante com base no olhar de Roberto Gargarella, é possível considerar momentos de efetiva preponderância do Legislativo brasileiro.

Por sua vez, já no século XX, a afirmação constitucionalista, em grande parte por influência hegemônica do maior vencedor da segunda guerra, demandou novo olhar que se atribuiu à intervenção do Estado na sociedade, manifesto pela ampliação de suas competências e, por conseguinte, pela multiplicação das instituições públicas, estrutura esta que tradicionalmente foi atribuída à chefia estatal¹⁷⁶. Com efeito, especialmente em sistemas presidencialistas, foi a vez do Executivo dispor de preponderância em relação aos demais poderes, especialmente para dispor de todo este complexo e ramificado sistema¹⁷⁷. Viu-se, de igual modo, a multiplicação do populismo, prática política que se desencadeia até os nossos dias e que representa uma força em prol do Executivo que o torna, na balança de poderes, ainda mais hegemônico em relação aos demais.

de cumprir o mandato), Washington Luís (1926 a 1930) e Júlio Prestes, que não assumiu devido à Revolução de 1930 que colocou Getúlio Vargas no poder.

¹⁷⁵ O federalismo fortaleceu os estados-membros na medida do fortalecimento da política local, pela criação legislativa de cada estado e também pela eleição dos presidentes estaduais, eleitos por voto direto dos homens alfabetizados maiores de 21 anos.

¹⁷⁶ Bruce Ackerman estabelece uma crítica ao que considera inadequado na tradição dos Estados Unidos no qual o controle da administração ficou todo à cargo do Executivo. Para ele, o contexto presidencialista, que herdamos pelo nosso contexto geográfico – zona de influência estadunidense – abriu-se a caixa de pandora da influência política na administração, algo menos perceptível no parlamentarismo. Este tema será tratado no próximo item desta tese.

¹⁷⁷ Para Luiz Henrique Cademartori (2007, p. 62-63), a crise da legalidade que forçou a incorporação do Estado Legislativo ao constitucionalismo se deveu: 1) pela necessidade de estar imbuído de uma forte dimensão axiológica que o definisse nos moldes proclamados pelo iluminismo racionalista; 2) e também de que a lei deixou de ser vista como expressão da vontade geral em um sentido neutro, mas como produto de grupos com seus interesses específicos dispersos no espectro social.

Acerca do populismo, Nadia Urbinati aponta em *Me the People – How Populism Transforms Democracy* que o termo não comporta conceito específico, embora seja muito utilizado pela doutrina, talvez mais como uma polêmica ferramenta em posse de governantes e menos por uma noção analítica em si. Para ela, trata-se, na verdade, de um projeto de governo que se apoia e se fortalece pelos meios de representação democrática – sendo “incompatível à formações políticas não-democráticas¹⁷⁸” por se assentar no consentimento voluntário da população. Quais as causas para a sua fortaleza em nossos dias? Segundo a autora, poder-se-iam tangenciar ao menos três causas: 1) a incapacidade da política tradicional, especialmente pela via dos partidos políticos, na entrega de todas as promessas do constitucionalismo democrático¹⁷⁹; 2) o crescimento da desigualdade econômica e social de modo geral nos países democráticos; 3) e o apogeu de uma oligarquia em nível global que enfraqueceu a soberania popular.

Sendo assim, para Urbinati, o que ela denomina de *populismo democrático* é uma nova forma de governo baseada em dois fenômenos: 1) a relação direta de um líder com parcela da sociedade apontada por ele como *a certa* ou *a boa* – por óbvio, seus eleitores em potencial; 2) e o papel superlativo da audiência, de modo a convocar a população de maneira constante e imediata sempre que for necessário. Para a consolidação deste processo, há três ordens de obstáculos que se tornam alvos de seus ataques constantes, quais sejam: 1) os organismos de opinião intermediários, como os partidos; 2) a mídia tradicional; 3) e os organismos e sistemas institucionalizados de fiscalização e controle dos atos e decisões governamentais e políticas. A conjugação destes

¹⁷⁸ Tradução nossa. No original: *populism is incompatible with nondemocratic forms of politics* (URBINATI, 2019, p. 05).

¹⁷⁹ Segundo a autora, deve-se entender o constitucionalismo democrático como “a ordem política assentada na promessa de direitos básicos (essenciais ao processo democrático) pela limitação do poder majoritário-governamental, por prover estáveis e regulares oportunidades de mudanças majoritário-governamentais, por garantir os mecanismos procedimentais e sociais para que a maior parte da população participe do jogo político e pela prerrogativa de influenciar decisões e possibilidade de alternância de quem as toma”. Tradução nossa. No original: *Constitutional democracy is the political order that promises to protect basic rights (which are essential to the democratic process) by limiting the power of the majority in government, by providing stable and regular opportunities for changing majorities and governments, by guaranteeing social and procedural mechanisms that permit the largest possible part of the population to participate in the game of politics, and by influencing decisions and changing who makes decisions* (URBINATI, 2019, p. 03).

fatores conduz a instauração de uma obcecada ou quase passional *política de parcialidade*, que, ao distender a democracia ao seu extremo, põe em risco a legalidade e a separação de poderes (URBINATI, 2019, p. 02-05).

Para além da questão populista, retornando ao apogeu do Executivo durante o século XX, o caso brasileiro é significativamente ilustrativo, seja pela consolidação da preponderância desta função, seja ainda pela quebra das regras do jogo republicano ante os dois regimes absolutistas vivenciados neste período (1930 a 1945, com Getúlio Vargas, e 1964 a 1985, com os militares). No limiar de nossa era republicana, o fortalecimento político e econômico das oligarquias agrárias estaduais, que se aliaram aos governadores, dificultava a atuação do governo central brasileiro. Este processo teve início no governo de Campos Sales, em 1898, e se estendeu por toda a Primeira República – desde a Proclamação da República até o ano de 1930. Já Getúlio Vargas, empunhando o populismo como poucos em nossa história, tendo sido absolutamente exitoso em multiplicar seu capital político se valendo da afirmação de direitos sociais e coletivos, de maneira ambivalente acenou tanto para o autoritarismo como para a democracia: se, por um lado, diluiu o poder dos governadores pela intervenção nos estados, por outro lançou as bases de nosso direito eleitoral – decretou o Código Eleitoral de 1932, instituiu este ramo do Judiciário, trouxe maior transparência ao processo e reconheceu a existência jurídica dos partidos políticos.

O movimento constitucionalista, de 1932, forçou a convocação da Constituinte de 1934, cujo texto manteve a gangorra varguista entre os dois extremos – em geral, manteve os princípios republicano e federativo, a separação de poderes, o presidencialismo e o sistema representativo, além de admitir o voto feminino e instituir a Justiça do Trabalho; por outro lado, reforçou as competências privativas da União Federal em relação às remanescentes dos Estados e enfraqueceu o bicameralismo pela conversão do Senado Federal em órgão de colaboração da Câmara dos Deputados.

A gangorra ambivalente se rompeu, todavia, com a Constituição de 1937, após o levante e manutenção de grupos políticos antagônicos, como os conservadores de Plínio Salgado e os integralistas de Luís Carlos Prestes. Vargas dissolveu o Congresso Nacional e aniquilou a Constituição de 1934

partejada em seu governo, outorgando um novo texto, em 10 de novembro de 1937. Inaugurou-se, assim, o Estado Novo. A nova Constituição reflete um Estado elitista nos moldes do já existente durante toda a Primeira República, mas com uma diferença: enquanto naquela o sistema se baseava na autonomia dos estados-membros e na política dos governadores, o Estado Novo interveio diretamente nos estados através da implementação da extensa rede de órgãos burocráticos de controle subordinados ao Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, em substituição ao Ministério da Fazenda. Com o objetivo de desidratar as extremidades, este órgão central agia sob a batuta do Presidente da República, cujas competências orçamentárias e fiscalizatórias ecoavam o poder do Catete para o restante do país. Vargas se manteve no poder até 1945.

O segundo momento, como sabemos, decorreu do golpe militar. Em 13 de março de 1964, no Comício Central ocorrido na Central do Brasil, no Rio de Janeiro, o Presidente da República anunciava o seu propósito de operar estatizações e diversas reformas, dentre elas, a reforma agrária. Em 31 de março de 1964, o Jornal “Correio da Manhã” publica o famoso editorial “Basta”, em que demonstrava todo o descontentamento com a condução das decisões políticas nacionais. Em nome da “liberdade democrática, governo da maioria com a colaboração e respeito das minorias¹⁸⁰”, foi instaurado o regime militar no Brasil. Mas as promessas podem se tornar vãs ante a tessitura da história: foram 21 anos de manutenção do poder nas mãos das forças armadas e violação à direitos e liberdades fundamentais¹⁸¹.

A Constituição de 1967 foi outorgada com o objetivo de conferir legitimidade ao regime militar. Federalista do ponto de vista formal, porém na prática o contexto político indicou um Estado unitário, no qual se observou a

¹⁸⁰ Faz-se alusão ao discurso de posse do Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, proclamado em 15 de abril de 1964. Cf: BRASIL. Presidência. Discurso de Posse Castelo Branco. Disponível em: < <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/castello-branco/discursos/discurso-de-posse/discurso-de-posse/view>>. Acesso em: 15/11/2020.

¹⁸¹ Somente no final de 1970 se cogitou na distensão ou flexibilização do regime militar, a despeito de, em 1977, ter havido um pacote da Presidência da República com catorze emendas e sessenta e seis decretos-leis, para demonstrar que mesmo o processo de diminuição da força do regime seria controlado. No final de 1970, com o processo de anistia, e limiar dos anos 80, houve o início da redemocratização, com as diretas já, emenda constitucional 25/1985, Comissão Afonso Arinos e constituinte para elaboração do texto promulgado em 1988.

dilatação do Executivo, tendo como resultado o desequilíbrio da separação de poderes e extinção dos freios e contrapesos¹⁸². Aos poucos, o próprio regime minou a eficácia constitucional que, embora vigente, perdeu a sua legitimidade, seja pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 – que materialmente foi um novo texto, de duzentos artigos – somado aos atos institucionais. A partir de então, a despeito de a fachada jurídica, em sua formalidade, manter-se intacta, país o mergulhou de vez em uma ditadura.

Quanto ao Judiciário, é recente a sua preponderância, porém não menos importante, haja vista que inúmeras decisões fundamentais, em variados países, têm sido tomadas pelas Cortes, em especial, as constitucionais. O fenômeno vivenciado em distintos países é o primado da supremacia interpretativa dos Tribunais sobre a lei produzida por aqueles que detêm a legitimidade democrática para a sua produção. Qual sua razão? As constituições, que aglutinaram a política e se tornaram pedra angular da concretização dos direitos fundamentais, tornaram-se prescritivas, sendo sua sentinela mais mordaz a Corte Constitucional. Com efeito, a arena em que são tomadas as principais decisões políticas deixou de ser os Parlamentos em direção aos Tribunais – em especial para as Supremas Cortes, principalmente em modelos normativos com textos constitucionais rígidos e prolixos, como o brasileiro.

Se por um lado a constitucionalização dos direitos permitiu uma reviravolta na compreensão de sua eficácia, por outro lado iniciou um complexo problema para a hermenêutica jurídica. Os critérios clássicos de resolução de conflitos normativos – hierárquico, temporal e especial – e os instrumentos de interpretação tradicionais – gramatical, sistemático, histórico e teleológico – deixaram de ser uma ferramenta útil no momento em que temas axiológicos vieram à tona no mundo jurídico, embora sejam o critério fundamental para a quase totalidade dos conflitos jurídicos. Todavia, tornaram-se praticamente

¹⁸² No que tange ao Legislativo, o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, permitia ao Presidente decretar o recesso do Congresso Nacional, tomando para si a função legislativa. No mesmo dia de publicação do AI-5, fora também publicado o Ato Complementar n. 38, fechando o Congresso Nacional. Quanto ao Judiciário, vários magistrados foram aposentados e ainda a tutela jurisdicional se tornou inócua perante os atos praticados em obediência ao Ato Institucional 5 – segundo o artigo 11: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

inócuos frente a normatividade atribuída aos princípios constitucionais na hipótese de sua colisão. Eis o espaço de preponderância das Cortes constitucionais.

Ao que tudo indica, o Poder Judiciário deterá influência paulatinamente significativa ao longo deste século. Flávio Pansieri (2018, p. 253-255) adverte que a jurisdição constitucional, ainda que atue de modo emancipatório, não pode estabelecer novas hipóteses de restrições a direitos, caminho este que, segundo ele, vem sendo adotado há mais de uma década pela Corte constitucional brasileira. Em outras palavras, tal competência pertence ao Legislativo nacional, pela via do processo legiferante, jamais pela via da interpretação judicial.

Para demonstrar seu ponto de vista, o jurista aponta três exemplos que indicam tal movimento. O primeiro trata da Resolução n. 07, de 18 de outubro de 2005, emanada do Conselho Nacional de Justiça, cujo teor é a vedação à prática do nepotismo¹⁸³ no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo como fundamento a impessoalidade, constante do *caput* do artigo 37 do texto constitucional. O inciso I deste dispositivo, todavia, estabelece que qualquer restrição a empregos e cargos públicos se dará apenas por lei, restando a evidente contradição desta advertência constitucional com a natureza jurídica da Resolução publicada pelo Conselho, que sequer possui capacidade normativa primária. O Supremo Tribunal Federal não apenas reconheceu a constitucionalidade da Resolução – Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 – como ainda editou Súmula Vinculante sobre a matéria e estendeu seus efeitos aos demais poderes em todas as suas esferas.

Na mesma linha de argumentação, e em prol do fortalecimento da democracia, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3999 e 4086 em face da Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007, do Tribunal Superior Eleitoral, que, pela via de um ato normativo secundário, estabeleceu novas hipóteses de perda de mandato

¹⁸³ Pontue-se que o autor não fez defesa ao nepotismo, mas sua crítica se refere ao método, não ao conteúdo da decisão, justificada por um aparato de moralidade em detrimento ao dispositivo legal. Ao chamar a atenção para as consequências, indicou ser preciso “fazer uma escolha: ou nós nos alinhamos a um modelo de procedimento que garanta a democracia ou imaginamos que, de tempos em tempos, podemos escolher os valores pelos quais parte (ou a totalidade?) de nossa ordem jurídica será reinterpreta. A dúvida fundamental é sobre quem recairá o poder de escolha destes valores” (PANSIERI, 2018, p. 253).

eletivo. Não obstante, a Corte eleitoral criou novas competências para o Ministério Público – matéria reservada a edição de Lei Complementar – e novas atribuições aos Tribunais Regionais Eleitorais – matéria adstrita ao texto constitucional.

O terceiro e último exemplo é o caso do julgamento de autoridades com foro por prerrogativa de função. O Supremo, no julgamento da Ação Penal 937, interpretou o dispositivo constitucional para determinar que o foro conferido aos deputados federais e senadores se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas. A decisão se aplica apenas ao Legislativo, a despeito de as autoridades dos demais poderes também gozarem de tal prerrogativa, inscrita na Constituição.

Com base na experiência brasileira, seriam estes indicativos que está a se insculpir uma *Supremocracia*¹⁸⁴ no bojo de nosso regime democrático? Estaria Carl Schmitt certo ao denunciar os efeitos deletérios de uma “magistratura criadora” ao conferir a competência do exame judicial à magistratura e, ato contínuo, estabelecer uma superioridade do juiz perante o legislador¹⁸⁵?

Para além de tais provocações, estas disputas hegemônicas poderiam levar os ordenamentos a retroagir ao período monárquico europeu, no qual determinada função era superior e controlava todas as demais, fato este no qual o poder inundaria os diques jurídicos? Não se acredita, em razão de a engenharia constitucional na atualidade prever o mover, o tensionar e o acomodar entre as funções, havendo mecanismos de controle estabelecidos que, apesar de também estarem em movimento, suportam a balança da tripartição. E, hoje, há dois notáveis diferenciais para com o passado: 1) há instituições ramificadas em todo o sistema, vigilantes quanto à envergadura do agir de cada poder; 2) há liberdade de imprensa no contexto republicano, no

¹⁸⁴ A forja do termo *supremocracia* remete a dois fatores, segundo Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444-445). A alocação do STF no topo do Poder Judiciário nacional, movimento ansiado por décadas mas que somente com a edição da Súmula de efeito vinculante que se materializou, em definitivo. E em segundo lugar, o lugar de destaque que o Supremo passou a ocupar desde a década de 1990, mas especialmente ao longo dos anos 2000.

¹⁸⁵ A este respeito, cf: SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Para aprofundar a discussão: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição Judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em der hüter der verfassung. **Dois pontos**: Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 63-84, dezembro de 2020.

qual, contra toda forma arbitrária, nas palavras de David Hume (2003, p. 05), “não há método mais simples para isso do que soar o alarme de uma ponta à outra do reino”.

4.2. ESTARIA A TRIPARTIÇÃO DE PODERES SUPERADA?

Quanto ao segundo ponto invocado na introdução do capítulo, se se permanece a espinha dorsal do constitucionalismo moderno – do ponto de vista orgânico ou formal –, qual seja, a ideia de separação como relações recíprocas ou distribuição de competências, condições mínimas para que o Estado não seja tomado de assalto – preocupação republicana –, tendo como consequência a violação de liberdades fundamentais – critério liberal –, a mesma afirmação não pode ser feita a respeito da tripartição de funções. Dito de outra forma, é possível afirmar que o ideal da separação se mantém vivo, talvez mais fortalecido pelo estandarte democrático do século XX, tal qual um dique cuja finalidade precípua seja evitar que as águas do absolutismo inundem toda a esfera pública – projeto que vem sendo constituído há séculos.

A este respeito, seria a tripartição de poderes dispensável para este século? Para alguns autores, como Bruce Ackerman e Luigi Ferrajoli, a resposta é positiva.

Ackerman se tornou um dos mais conhecidos autores a examinar a tripartição na atualidade, problematizando a questão em prol de avaliar as condições para a formulação de um caminho renovado. Tal projeto foi realizado em dois famosos estudos seus, intitulados *The New Separation of Powers* (2000) e *Good-bye Montesquieu* (2010). O propósito do primeiro texto é erigir o parlamentarismo limitado – *constrained parliamentarianism* –, modelo que, supostamente, reúne vantagens do presidencialismo e do parlamentarismo e busca afastar suas principais limitações, de modo a ser o melhor caminho possível para uma atualização do paradigma tripartite.

Frise-se que, a nosso ver, o autor é mais afortunado em localizar os dilemas atuais do que, necessariamente, apresentar um modelo que seria mais adequado aos dilemas pelos quais as democracias. Afinal, é imperioso o estudo pontual de cada contexto para, enfim, identificar qual solução – provisória – seria

a mais adequada. De toda sorte, a sua proposta final é localizar o arquétipo que se amolde aos tempos atuais no afã de limitar o governo democrático. Este propósito é reconhecido por Ackerman como o ideal do último século, afinal, a democracia é o primeiro grande tema do moderno constitucionalismo; sua limitação é o segundo¹⁸⁶.

A justificativa para tal empreitada é que o modelo de separação gestado nos Estados Unidos – tripartite, bicameral e com uma Suprema Corte – mostrou-se parcialmente eficiente apenas em seu próprio contexto, mas não como objeto de exportação paradigmática. Isto porque, em primeiro lugar, sequer foi adotado nos países em reconstrução, influenciados pelo lado ocidental do mundo bipolar – casos de Japão, Itália e Alemanha no pós-guerra. E, ainda, no contexto latino-americano, o modelo se mostrou frágil na contenção ao absolutismo, afirmação verdadeira ante a pródiga história de ditaduras na região¹⁸⁷.

O fundamento de Ackerman se resume na seguinte indagação: “separar os poderes para qual benefício?”¹⁸⁸. Em prol da democracia, da competência profissional e da salvaguarda de direitos fundamentais. Com relação ao primeiro ideal, a proposta em lume foi a de analisar o processo democrático-legiferante na relação entre Legislativo e Executivo em ambos os sistemas. Duas são as consequências. Ackerman conclui que a exportação do modelo de separação dos Estados Unidos no que toca a produção da lei – sistema bicameral e presidência – mostrou-se *desastroso*. No caso da América Latina, como indicado acima, todos os países da região sofreram, em algum momento de sua história, um colapso constitucional em que o Executivo, intransigente ao Congresso,

¹⁸⁶ Tradução nossa. No original: *The first great theme of modern constitutionalism is democracy; the second is its limitation* (ACKERMAN, 2000, p. 685).

¹⁸⁷ A definição do modelo gera muitas suspeitas. A adoção do parlamentarismo no Brasil, que vez ou outras surge como alternativa às tensões políticas corriqueiras, foi objeto de plebiscito, Apresentado como alternativa ao presidencialismo, foi realizado em 21 de abril de 1993. Como sabemos, o modelo presidencial foi mantido. É preciso lembrar ainda que, de 02 de setembro de 1961 – publicação da Emenda Constitucional n. 4 – a 03 de janeiro de 1963 – publicação da Emenda Constitucional n. 6 –, adotou-se o parlamentarismo no Brasil. O Presidente da República seria eleito indiretamente, pelo Congresso Nacional por maioria absoluta de votos, e com mandato de cinco anos. Cabia ao Presidente, em especial, “I - nomear o Presidente do Conselho de Ministros e, por indicação dêste, os demais Ministros de Estado, e exonerá-los quando a Câmara dos Deputados lhes retirar a confiança”. As competências, outrora do Presidente, destinadas ao Presidente do Conselho de Ministros eram enunciadas no artigo 18 da Emenda de 1961.

¹⁸⁸ Tradução nossa. No original: *Separating power on behalf of what?* (ACKERMAN, 2000, p. 639).

absorveu os demais poderes e converteu o governo em um regime autoritário¹⁸⁹. Ou ainda, a segunda hipótese, no qual o Congresso tende a se dobrar ante os pendores presidenciais, gerando, como consequência, perda de espaço de poder e de legitimidade na vida nacional¹⁹⁰. Em outras palavras, o traço que se tornou marcante nos governos latino-americanos, como já apontado, foi a afirmação do Executivo com forte atuação legislativa – autorizado pela própria lei ou pelo abuso de algum instrumento constitucional –, resultando na conversão do Legislativo em mero coadjuvante do governo.

Mas o próprio parlamentarismo, cujo maior expoente é o modelo inglês, também não tem aceitação plena em Bruce Ackerman. Com exceção da Alemanha e do próprio Reino Unido, vários governos parlamentares encontraram dificuldades em consolidar uma maioria suficiente hábil a encetar estabilidade por um período de alguns anos. Este é o caso da Itália, cujos presidentes do *Consiglio dei Ministri*, com algumas exceções, permaneceram no cargo por menos de dois anos¹⁹¹. O modelo de separação de poderes, por sua vez, afasta-se de tal instabilidade ao fincar prazos certos nos mandatos de

¹⁸⁹ É o que Ackerman denominou de *Linzian nightmare* ou pesadelo de Linz, referência a seu colega Juan Linz, estudioso do direito constitucional comparado na região. Em citação, no original: *Generations of Latin liberals have taken Montesquieu's dicta, together with America's example, as an inspiration to create constitutional governments that divide lawmaking power between elected presidents and elected congresses — only to see their constitutions exploded by frustrated presidents as they disband intransigent congresses and install themselves as caudillos with the aid of the military and/or extraconstitutional plebiscites. From a comparative point of view, the results are quite stunning. There are about thirty countries, mostly in Latin America, that have adopted American style systems. All of them, without exception, have succumbed to the Linzian nightmare at one time or another, often repeatedly* (ACKERMAN, 2000, p. 645)

¹⁹⁰ Variadas são as críticas de Ackerman ao modelo presidencial ao longo do texto. As principais delas são: o culto da personalidade que o cargo traz àquele que se elege, sendo bem mais forte que o próprio partido, enquanto o Primeiro-Ministro necessita se manter como liderança ao cultivar uma base de apoio aquecida sob pena de perder a confiança de seus pares; a ampliação de suas competências pela edição de decretos unilaterais que têm o condão de transformar o Legislativo nacional em refém de seus próprios receios – isto é, deixar para o Executivo a tomada de decisões em repercussões que deveriam ser discutidas, mas que podem impactar de modo negativo para com os eleitores –, transferindo a atividade legislativa para o presidente; em busca de reeleições, o sistema presidencial permite uma longa série de propostas que jamais sairão do mundo discursivo, o que é mais complexo no sistema parlamentar, pelo chefe de governo brotar daquele mesmo reduto; e por fim, que será tratado adiante, Ackerman aponta também que o parlamentarismo permite maior especialização da burocracia, pois seu tempo como líder pode ser curto e, deste modo, tende-se a ser diminuta a ingerência política pela dependência do governo em funcionários melhores treinados para implementar os projetos do governo.

¹⁹¹ Citando Lijphart, Ackerman (2000, p. 652) afere como 1.28 anos o tempo médio dos gabinetes no governo italiano. No original: *Between 1945 and 1996, the average Italian Cabinet lasted 1.28 years before it was displaced by the next governing coalition.*

legisladores e administradores. Além disso, Ackerman pontua também a autoridade legislativa plena que os vencedores podem obter, algo mais complexo no sistema de separação de poderes de matriz madisoniana.

No que toca ao segundo benefício – especialização funcional –, o jurista desloca a sua análise da produção da lei para a sua aplicação. Neste sentido, devemos cultivar um espaço na vida pública que não seja tomado por decisões políticas, porém que privilegie a especialidade técnica? Sabemos que, em variados momentos, os representantes podem relativizar ou simplesmente desconsiderar os argumentos técnicos tendo em vista soluções simples ou imediatistas, em especial nos períodos eleitorais. Ackerman aponta em sentido positivo para tal perspectiva, sinalizando para uma questão digna de considerável nota: a administração pública deve estar sob a liderança direta do Presidente da República?

Trata-se de um ponto de relevo no contexto do livro, e de fundamental reflexão em nossos dias. O professor de Yale indica, de modo expresso, que os constitucionalistas precisam se lançar no desafio analítico do que chama de quarta força do Estado contemporâneo: a burocracia estatal, que de modo algum se assemelha àquela existente no século XVIII, momento em que estruturamos a separação de poderes. Para tanto, é fundamental pensar seriamente em distanciar alguns de seus setores dos tentáculos de influência política parlamentar ou governamental, garantindo-lhes, especialmente, aprovar normas específicas e ter poder para tomar algumas decisões em se tratando de questões que envolvam imperioso conhecimento técnico. Para ele, e para nós também, ao final, é o Estado de Direito e a democracia que saem fortalecidos.

Neste sentido, Ackerman (2000, p. 689-690) afirma não ser possível exigir eficiência da burocracia se ela estiver à mercê de interferências políticas extremas. Além disso, parece evidente que, pela extensão que o Estado e suas políticas atingiram, seja necessário o estabelecimento de uma instância de controle – denominada de *integrity branch* –, que aja com rigor no que concerne à aplicação de recursos públicos, ainda que não componha a *santíssima*

trindade da atual engenharia constitucional de separação trinitária¹⁹². Por outro lado, deve-se buscar a efetividade dos regulamentos administrativos, de modo que não sejam apenas mitos de legitimação, porém inexistentes na prática. Ou seja, é necessário ofertar algum poder legiferante de regulação à burocracia. E ainda, imperioso indicar que os vigilantes não possuem poderes irrestritos: se por um lado devem ser funcionários protegidos e bem pagos, por outro não devem ter competências investigativas do alto escalão, no afã de se evitar guerras partidárias.

Aqui é necessário um aparte que nos afasta das lições do professor de Yale. É preciso lembrar que a legitimidade democrática deve sempre se sobrepor ao critério de especialização técnico-funcional, ainda que ele seja desejável em muitos âmbitos do Estado no qual a eficiência precisa ser a mola propulsora na tomada de decisões. Afinal, caso uma medida seja considerada equivocada, sempre há possibilidade de controle pela via da pressão midiática e, especialmente, pelo voto, o que não ocorre com servidores públicos com estabilidade. Assim, para não converter a democracia em uma tecnocracia, não se deve atribuir cegamente poderes normativos e decisórios à administração sem um sistema de controle, sob pena de se constituir um modelo absoluto em meio ao governo republicano.

Por fim, o último benefício de se separar os poderes é a salvaguarda dos direitos fundamentais, e, por via de consequência, da própria democracia. O questionamento acerca do *representational reinforcement* volta-se à manter apenas na tutela jurisdicional a garantia de direitos fundamentais ou se deveríamos pensar em uma via eleitoral que impeça que determinado grupo vitorioso no pleito procure se blindar e acabe, pela via legiferante, por violar direitos de outros grupos. É natural admitir que faz parte do jogo que a coalizão vitoriosa busque proteção de eventuais oposições não-satisfeitas com o resultado das eleições. Mas qual é o reflexo de tal duelo de forças para a democracia?

¹⁹² Paráfrase com tradução nossa. No original: *The mere fact that the integrity branch is not one of the traditional Holy Trinity should not be enough to deprive it of its place in the modern separation of powers* (ACKERMAN, 2000, p. 693).

Ackerman aqui pretende enquadrar as agências independentes de supervisão do processo eleitoral, que, segundo ele, acabam enfocando sua atuação na lisura da contagem de votos. Ele denomina de *democracy branch* a necessidade de se criar mecanismos para afastar dos poderes representativos as funções de uma comissão eleitoral que deve ser independente, “cruciais para a manutenção da confiança em nossas instituições democráticas¹⁹³”. Nesta toada, ainda, o Estado não pode se furtar de estabelecer programas de assistência aos menos favorecidos, de modo que obtenham condições mínimas para não serem apanhados como presas fáceis pelas famigeradas cantilenas de candidatos oportunistas.

A par desta estrutura fundamental, o que Bruce Ackerman denomina de parlamentarismo limitado tem como epicentro uma Câmara eleita competente na escolha de um governo e na produção da lei ordinária, e outra Casa legislativa, designada e mais fraca, que representaria a União federal. Tal sistema seria freado por instituições independentes para além da tripartição, pelo povo através de referendos sequenciais e pela Corte constitucional. O governo, por sua vez, encontra limites tanto nos Tribunais, como na instância de controle que vigiaria a aplicação de recursos em geral e ainda pela faculdade regulatória da burocracia, hábil em conferir prestação técnica às necessidades governamentais na implementação de seu programa.

Por esta estrutura, que é parlamentar mas se beneficia de uma Constituição escrita com uma rígida separação de poderes, além de uma Suprema Corte, percebemos que a parte essencial do argumento encetado é o modo como Ackerman se convence da falência do modelo tripartite, embora a essência da teoria, disposta na fórmula de relações recíprocas, é por ele reforçada no afã de também ver fortalecida a democracia – como reflexo da necessidade de comissões independentes para cuidar do processo eleitoral. É possível reafirmar, portanto, que nem o Estado de Direito nem o regime democrático podem sobreviver sem a separação de poderes. A engenharia

¹⁹³ Tradução nossa. No original: *The functions of the Electoral Commission are crucial to maintaining public confidence in our democratic institutions. It is vital, therefore, that the Commission is wholly independent of the government of the day, and is seen to be scrupulously impartial in its dealings with political parties* (ACKERMAN, 2000, p. 717).

constitucional, desta maneira, precisa se reinventar, e o modelo guerreado não aparenta ser passível de salvação no alvorecer deste século.

Não satisfeito com esta pesquisa, Ackerman resolve de uma vez por todas declarar o necessário e inadiável abandono do modelo tripartite. Já em 2010, em artigo intitulado *Good-bye, Montesquieu*, publicado no livro *Comparative Administrative Law*, o autor foi muito mais mordaz: a despeito da obra montesquiana ser referencial – no que toca ao objeto deste tese, especialmente pelo avanço na análise da Constituição mista aristotélica, por ter impingido uma leitura funcionalista em paralelo à anterior concepção classista¹⁹⁴ –, é o único caso no direito constitucional em que uma teoria do século XVIII ainda mantenha seu status quase canônico. Sendo assim, é possível que, ao longo deste século, testemunhemos novos arranjos institucionais no que toca a separação de poderes, deitando por terra a sua tripartição.

Além de apontar o dilema da separação em se tratando das diferenças entre os modelos presidencial e parlamentar – como feito na obra anterior –, Ackerman questiona a razão de algumas funções estratégicas para o aprimoramento democrático não terem distinção mesmo não se encaixando na tríade Legislativo, Executivo e Judiciário. Em caráter experimental, lança um modelo composto por quatro etapas para assinalar se determinada função deveria ser considerada excepcional e, por conseguinte, configurada como um poder de Estado. Seriam elas: a identificação de um valor governamental fundamental, se este valor mereceria proteção constitucional especial, identificar técnicas para o suposto novo poder ser incentivado a atuar de modo mais coeso em sua competência e, por fim, estabelecer análises comparadas a fim de enriquecer as observações da prática.

O autor retoma o exemplo da questão das Comissões Eleitorais, celebrado pela doutrina e já indicado anteriormente. O que legitimaria a sua fundamentalidade para que pudessem adquirir a distinção de poder de Estado? A despeito de parecer evidente a necessidade de afastá-las dos possíveis interessados em obter o seu controle, no caso os poderes representativos, o que

¹⁹⁴ Ou seja, Montesquieu se afastou do modelo inglês, que o motivava, no que toca à tripartição em si. Ao invés de uma Casa de Lordes que representava a nobreza e uma Casa de Comuns aos plebeus, o olhar tripartite se voltou às funções em si.

não pareceria, a princípio, ser um problema no Brasil já que adotamos a lógica de Hans Kelsen e inserimos tal competência no âmbito judicial, a democracia é, possivelmente, o valor governamental fundamental, justificando sua proteção constitucional especial para evitar conflitos de interesse ou afastar influências políticas. O estudo comparado poderia ocorrer com a Índia, que, segundo Ackerman, mostra-se eficiente na contagem de votos. Acusando a ingerência do modelo eleitoral dos Estados Unidos, indica a fórmula óbvia e literal adotada pelos constituintes na aplicação do modelo de Montesquieu: não se encaixando em nenhum outro poder, a administração das eleições teve de restar como um expediente do Executivo¹⁹⁵.

Mas isto significa que, preenchidos estes critérios, deveríamos multiplicar o número de funções de Estado? A cautela aqui indicada pelo autor são duas. Primeiro: quanto mais elevado o número de poderes, maior a complexidade para coordená-los e, ao final, gerar um “todo coerente” – *coherent whole*. Em segundo lugar, é preciso pensar de forma sistêmico-constitucional. O verdadeiro escrutínio popular ocorre com a possibilidade de controle pela via dos poderes representativos, o que seria dificultado em se tratando de um Banco Central independente, por exemplo. Há aqui, deste modo, uma questão de legitimidade democrática. Isto significa que o mantra montesquiano se revela de impossível modificação? Não na visão de Ackerman. A tônica do autor é indicar cautela ao enunciar teorias mirabolantes, mas o fato é que há cada vez mais instituições independentes que “atuam em funções importantes – embora não se encaixem na tríade atual¹⁹⁶”.

Com base em toda a reflexão até aqui encetada, tendo em vista o adequado funcionamento do direito administrativo, neste momento de apogeu

¹⁹⁵ De maneira irônica, Ackerman (2010, p. 130) culpa Montesquieu pelo desempenho ruim das instituições que conduziram ao conhecido caso de Bush vs Gore. No original: *Consider, for example, the infamous election contest between Bush and Gore in 2000. Montesquieu must take part of the blame for the spectacularly poor performance of American institutions in resolving the dispute. Given the country's traditional commitment to Montesquieu's trinity, it seemed obvious to the leading participants that the administration of elections is just- another- ordinary- part of the executive branch. After all, it certainly is neither legislative nor judicial – and the only other box that remains is executive. Therefore, voting administration must be executive – it's positively un- American to think that there is a fourth category, isn't it?*

¹⁹⁶ Tradução nossa. No original: *Instead, we must modify the mantra to take account of an institutional world in which independent institutions play increasingly important functions – even though they cannot be classified as legislative or judicial or executive* (ACKERMAN, 2010, p. 131).

de um Estado constitucional estruturado por forte ramificação burocrática, uma potência que não pode ser desconsiderada, como bem o faz Bruce Ackerman, é de se pensar acerca dos fundamentos de nossa ordem jurídica a fim de adequar a estrutura dos poderes para o atingimento destes fins. A razão de ser do modelo tripartite, gestado há mais de dois séculos, teve vazão pela necessidade de se criar condições de atuação do Poder Legislativo – e Judiciário, por influência direta do constitucionalismo dos Estados Unidos, conforme falado. Dito de outra forma, a teoria se tornou princípio por força da Constituição mista, e sempre teve como pressuposto impedir que o Executivo se apoderasse das demais funções. Isto se justifica por ser esta a função com mais *energia*¹⁹⁷ em qualquer arranjo político e constitucional.

É preciso, portanto, pensar nos fundamentos de nossa ordem jurídica de modo a verificar a adequação da própria engenharia constitucional. Em outras palavras, identificados tais alicerces, o motor da Constituição – ou seja, as instituições que levarão adiante a satisfação de tais fundamentos – estão desenhados para aquele fim? Em análise prefacial, o artigo 1º da Constituição de 1988 apresenta cinco fundamentos da ordem jurídica nacional: soberania (I), cidadania (II), dignidade da pessoa humana (III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV) e pluralismo político (V). Estes cinco elementos podem ser combinados entre si, de modo a se constituir em vetor que direciona as instituições políticas e jurídicas em suas atuações?

Se se identificar tal vetor constitucional como a garantia dos direitos fundamentais¹⁹⁸, a teoria do garantismo pode servir de paradigma a instrumentalizar a análise da adequação da tripartição de poderes à esta finalidade e, em caso negativo, sua pretensa alteração. Nesta senda, delinear-se-ão as noções básicas deste modelo a fim de apresentar a sua proposta quanto à inadequação da teoria de Montesquieu. Assim, embora tenha se espreado pelo direito como uma teoria aplicada ao direito penal, a começar pelo

¹⁹⁷ Como apontamos exaustivamente ao longo de toda a tese, o caminho da separação nada mais é do que estabelecer parâmetros de reciprocidade de modo a conter o Executivo. Ele possui mais *energia*, ou seja, detém força mais considerável em relação aos demais por administrar o Estado.

¹⁹⁸ Dentre os fundamentos constitucionais apontados, os direitos fundamentais englobam, de modo indiscutível, quatro dos cinco dispositivos do artigo 1º, com exceção da soberania, que pode ser vinculada, do ponto de vista republicano, de modo indireto àquele conceito.

próprio nome do livro de Luigi Ferrajoli – *Direito e Razão: teoria do garantismo penal* –, ele a descreve tendo três diferentes acepções: como modelo normativo de direito, teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” e como filosofia política.

O garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar o emprego da violência e a maximizar a liberdade; e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos do cidadão.

De igual modo, caracteriza-se como teoria jurídica da “validade” e da “efetividade”, categorias distintas não só entre si, mas também pelos conceitos de “existência” e/ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos – tendentemente garantistas – e práticas operacionais – tendentemente antigarantistas. Para o garantismo de Ferrajoli, vigência corresponde à qualidade da norma que está em conformidade com as superiores, enquanto validade exprime a correspondência substancial dos atos normativos inferiores. Assim, uma norma que contrarie a Constituição será vigente até a sua declaração de inconstitucionalidade pela Corte, porém não será considerada válida. Esta distinção produz alterações ainda nos conceitos de justiça e eficácia¹⁹⁹.

Por fim, remete a uma filosofia política, que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e

¹⁹⁹ Nos termos de Cademartori (2007, p. 159-162) o plano teórico do garantismo se arquitecta sobre a distinção entre estes quatro conceitos. Em suma: 1) uma norma é *justa* quando se adequa ao seu critério extrajurídico (avaliação ético-política); 2) uma norma é *vigente* quando criada pelo procedimento formal correto; 3) uma norma é *válida* quando não está em contradição material ou substancial com normas superiores; 4) uma norma é *eficaz* quando é observada pelos seus destinatários.

do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (FERRAJOLI, 2010, p. 785-787).

Neste sentido, conforme frisado, o garantismo é um modelo normativo de direito, fundado em uma democracia constitucional, que abarca um sistema de fronteiras – vínculos, limites, proibições e obrigações – aos poderes públicos e privados tendo como objeto elementar e finalidade precípua a garantia dos direitos fundamentais – direitos de liberdade e sociais. Para Luiz Henrique Urquhart Cademartori (2007, p. 23), a teoria geral do garantismo pode ser compreendida – e compreende o direito – como:

Entende-se a teoria do Direito e da Política que do ponto de vista jurídico, estuda os conceitos e categorias gerais do Direito sem desconsiderar a sua realidade externa. Nesta linha de compreensão, afirma-se que as normas jurídicas não são concebidas como simples equações ou fatores neutros e sim como cadeias de argumentação que sempre traduzem valores ideológicos e interesses sociais, políticos, econômicos e culturais. Desta maneira, são as condições externas, ou seja, as que advêm do entorno social, que outorgam sentido às normas, perpassando todo o Direito.

Ferrajoli estrutura sua teoria com base no positivismo, mas se distancia em parte por sua leitura de validade que abarca a materialidade do direito, não se comprometendo com os postulados: 1) da fidelidade do magistrado à letra da lei; 2) da função descritiva e não-axiológica do jurista em relação às normas vigentes. É por esta toada que o garantismo busca corrigir criticamente a doutrina do positivismo, rejeitando a sua presunção de não avaliação e teorizando acerca da sua inevitável função prescritiva e de planejamento que a teoria do direito e ciência jurídica são chamadas a executar²⁰⁰.

Por outro lado, ainda que se valha do postulado positivista com as diferenças mencionadas, o garantismo não pode ser confundido com o neoconstitucionalismo, que expressa uma tendência jusnaturalista do constitucionalismo – de constituições rígidas – em que se busca a pretensa

²⁰⁰ Esta ideia é de MASTROMARTINO (2011, p. 06). Tradução nossa. No original: *criticamente la dottrina positivista rigettando la sua presunta valutativtà e teorizzando l'inevitabile funzione prescrittiva e progettuale che la teoria del diritto e la scienza giuridica sono oggi chiamate a svolgere.*

superação do positivismo²⁰¹. Este não é o desiderato do garantismo. Por outro lado, uma das críticas dirigidas à teoria de Ferrajoli é que proporcionaria o ativismo judicial próprio do neoconstitucionalismo. Oportuno lembrar que em sua obra *Principia Iuris*, o jurista italiano admoesta que os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição demandam uma legislação infraconstitucional para a sua garantia. Em outras palavras, significa dizer que a atuação do intérprete encontra limite quando o gozo de um direito fundamental necessita de uma regulação. Assim, a atividade jurisdicional é limitada às normas que não são autoaplicáveis.

Como dito, o modelo nasceu e se desenvolveu com base em uma concepção penal – como um sistema de limite à autoridade punitiva como garantia dos direitos de liberdade dos cidadãos –, mas se estendeu à todas as áreas do direito – a par dos vetores citados –, uma vez que o constitucionalismo garantista altera a natureza dos direitos impondo ao Estado o compromisso com a sua realização. Seria, desta feita, uma complementação ao positivismo jurídico em oposição ao constitucionalismo principialista²⁰².

É nesta esteira que se mostra necessário repensar a tripartição se reconhecida a salvaguarda dos direitos fundamentais como fundamento do Estado, e, por conseguinte, eleja-se a teoria garantista como sua sintaxe elementar, não apenas em se tratando de uma vertente penal, mas que se espalha a todo o direito²⁰³. A concepção de democracia constitucional de Luigi Ferrajoli serve de pórtico a este caminho, por não prever apenas uma dimensão política formal, mas abarcar ainda *i contenuti delle decisioni* – isto é, os conteúdos decisórios. Em primeiro lugar, Ferrajoli rejeita uma visão meramente procedimental da democracia, isto é, que busca identificar a forma de garantia da vontade popular. Em síntese, um modelo preocupado na identificação apenas de um *quem* – o povo ou seus representantes – e um *como* – a regra da maioria.

²⁰¹ Neste sentido, conferir: FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo-garantista/>>. Acesso em: 03/10/2020.

²⁰² Cf: TRINDADE, André Karan. **Ferrajoli ensina que a democracia apenas é possível através do direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-14/diario-classe-ferrajoli-ensina-democracia-apenas-possivel-atraves-direitos>. Acesso em: 29/09/2020.

²⁰³ Ainda não há tradução para o português dos textos de Ferrajoli que tratam deste tema. Por isto, o autor se valeu, de maneira fundamental, de três livros: *Democracia y garantismo* (2008) e os dois primeiros volumes de *Principia Iuris*.

Para o jurista italiano, tal estrutura formal não é suficiente para dar conta da complexidade de um sistema que procura se qualificar como democrático²⁰⁴. Em primeiro lugar, em virtude da suposta regra de maioria não poder ser a única e suficiente fonte de legitimação das decisões, haja vista o Estado de Direito rejeitar poderes absolutos. Igualmente, nenhum regime democrático sobrevive sem instaurar limites ao conteúdo decisional, ainda que legítimo, pois eventuais maiorias poderiam, de maneira fatal, aniquilar o próprio regime ao arrefecer seus alicerces – direitos e liberdades políticas, pluralismo, separação de poderes entre outros²⁰⁵.

Em que consiste, desta feita, o conteúdo democrático substancial? Diz respeito ao conteúdo das decisões, isto é, aos limites e vínculos impostos pelos princípios e regras reconhecidos constitucionalmente em paralelo à sua validade. Como apontado, a validade para Ferrajoli resulta da coerência de seus significados com regras e princípios atinentes às normas substanciais de produção normativa. Estas regras, em síntese, são os direitos fundamentais, e sua garantia é a razão social do Estado e das instituições políticas²⁰⁶.

A democracia é sintetizada como o "poder do povo", não mais simplesmente no sentido de que o povo e, portanto, os cidadãos têm direito apenas aos direitos políticos e, por conseguinte, ao autogoverno através da mediação representativa, mas também no sentido ulterior de que o povo e todas as pessoas que o compõem correspondem ao conjunto daqueles "contra-poderes", representados pelos seus direitos fundamentais - civis, de liberdade e sociais - aos quais todos os poderes, incluindo os da maioria, estão sujeitos²⁰⁷.

²⁰⁴ No original: *¿Es suficiente una concepción puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones en presencia de las cuales un sistema político es calificable como «democrático»? A mí me parece que no* (FERRAJOLI, 2008, p. 78).

²⁰⁵ Ferrajoli discorre sobre diversos outros fundamentos sobre a *democracia costituzionale* em livro próprio, de título homônimo. Utilizamos aqui a versão do OpenEdition, disponível em: <<https://doi.org/10.4000/revus.2291>>. Acesso em: 27/09/2020.

²⁰⁶ Tradução nossa. No original: *Son las garantías de los derechos fundamentales – desde el derecho a la vida a los derechos de libertad y a los derechos sociales – los «fines» externos o, si quiere, los «valores» y, por así decir, la «razón social» e estos artificios que son el Estado y toda otra institución política* (FERRAJOLI, 2008, p. 85)

²⁰⁷ Tradução nossa. No original: *La democracia consiste en el "poder del pueblo", ya no simplemente en el sentido de que al pueblo y por lo tanto a los ciudadanos les corresponden sólo los derechos políticos y, por ello, el autogobierno a través de la mediación representativa, sino también en el sentido ulterior de que al pueblo y a todas las personas que lo componen les*

Deste modo, a democracia reconhece haver um conjunto de regras cuja deliberação está apartada de maiorias, o que Ferrajoli denominou de esfera do indecível. Por antinomia, a esfera do decidível é aquela cuja natureza perfaz a discricionariedade adstrita às esferas da política, mas sempre tendo suas raízes fincadas na lei, haja vista vivermos em um Estado de Direito. Neste contexto, insere-se uma categoria fundamental ao rearranjo dos poderes sob a perspectiva garantista: a diferença entre funções de governo e de garantia.

Nesta toada, o indecível – proibições de invasão aos espaços de liberdade e as obrigações públicas, materializadas nos direitos sociais – circunscreve as funções e instituições de garantia, no qual se assentam na aferição de pressupostos fáticos de aplicação da lei, pelos poderes públicos, consistentes no tradicional paradigma de identificação das circunstâncias de fato e subsunção da norma jurídica caso o direito seja reconhecido na Constituição e legislações infraconstitucionais. Neste caso, como apontado, fica afastada qualquer deliberação por parte da classe política ou maiorias eventuais tendente a lhes reduzir, pois consideram-se pedra de toque dos ordenamentos contemporâneos. A esfera do decidível, por sua vez, é o espaço civil e político por excelência, no qual agrega a gestão e a inovação do ordenamento jurídico, especialmente por parte do Legislativo. As funções de governo, em tal medida, estão relacionadas à representação e ao sufrágio.

Portanto, o redesenho da separação, pelo viés garantista, deveria levar em conta: 1) funções e instituições de governo e de garantia; 2) funções e instituições de garantia primárias e secundárias. Em tal dinâmica, a função de garantia primária compreende a “garantia negativa dos direitos de liberdade”, a fim de lhes evitar a lesão, ou ainda “a garantia positiva dos direitos sociais”. As suas instituições, por decorrência lógica, têm competência sobre “órgãos e servidores competentes ao exercício de tais funções”. As funções de garantia secundária, por sua vez, compreendem as judiciais que atuam na sanção e reparação da lesão sofrida. Com base neste caminho, as fontes de legitimação

corresponde el conjunto de aquellos "contra-poderes" que son los derechos fundamentales — civiles, de libertad y sociales — a los cuales todos los poderes, incluidos aquellos de la mayoría, están sometidos (FERRAJOLI, 2008, p. 85).

seriam: a representatividade política, no caso de funções e instituições de governo, e à sujeição à lei, no caso de funções e instituições de garantia.

Assim, a teoria de Montesquieu, marcada pela rigidez, que também é objeto de crítica por Ackerman, conforme tratado, poderia/deveria começar a dar lugar a esta divisão – funções e instituições de governo e de garantia – se: 1) o fundamento da ordem pública constitucional-democrática for a salvaguarda de direitos fundamentais; 2) e ainda se estivermos propondo uma reconfiguração de funções do Estado com base no viés garantista. O objetivo para esta alteração é o de que, a despeito de ter sido essencial para a construção do Estado de Direito, com primazia do Legislativo, todas as funções que dizem respeito ao Estado social acabaram, por eliminação, restando a um mesmo grande conjunto denominado administração pública que é gerido pelo Executivo.

Portanto, a proposição de Ferrajoli é de que funções como escolares, previdenciárias, sanitárias e outras consideradas sociais não deveriam estar à mercê da discricionariedade política, por serem funções de garantias de direitos fundamentais, restando a sua aplicabilidade pela previsão legal. Ao estabelecer tal secção, Ferrajoli indica que estas funções deveriam ter sua independência garantida.

É evidente, todavia, que se trata de um modelo, ainda que propositivo, cuja principal finalidade é gerar indagações acerca de nossa engenharia constitucional. A despeito da crítica de Ackerman quanto ao dogma da tripartição montesquiana, e tendo diante de si todo o arcabouço histórico delineado nos capítulos anteriores, é natural imaginar que as soluções apontadas são de difícil aplicação, seja porque os textos constitucionais atuais cristalizam a estrutura vigente, seja ainda pelas dificuldades próprias para se redimensionar toda a enorme estrutura burocrática dos Estados na atualidade. Em assim sendo, incorporando a ideia de morte da Constituição metanarrativa, quais seriam as perspectivas para a separação de poderes? No próximo título, apresentamos uma proposição.

4.3. O PANORAMA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E PERSPECTIVAS PARA O SÉCULO XXI

Ao afirmar que a essência da separação se mantém com ainda maior pujança ao longo deste século, questionando-se o dogma da tripartição em si, a última indagação ventilada na parte introdutória deste capítulo envolve uma análise acerca de efeitos. A crise dos metarrelatos, como apontado, marca o fim de uma visão cândida e pueril de que o texto constitucional, em si, seria o baluarte que, por si, conduziria determinada sociedade à sua emancipação, tal qual o povo escolhido em busca da terra prometida por deus – ou ainda uma espécie de *Constituição solipsista* que, no afã de dizer o mundo, busca lhe converter a partir de sua matriz argumentativa.

O ponto aqui levantado, com base na exata conceituação *escatológica* de Canotilho (2008, p. 32), é que tal perspectiva transmutaria a Constituição em uma “Bíblia de promessas” de “novas sociedades”, tendo arrastado o Estado e o direito a uma crise regulatória por pressupor a autossuficiência constitucional em operar programas sociais com base em suas normas e princípios apenas. Valendo-nos da alegoria do pêndulo, sabemos que seu trepidar ocorre com o mover das peças humanas, e não necessariamente pela simples enunciação de normas constitucionais.

No caso brasileiro, em análise perfunctória do texto de 1988, não há necessariamente uma narrativa que confira harmonia ao conjunto, como ocorria no caso português²⁰⁸. Percebe-se, no entanto, a título crítico e retrospectivo, que os legisladores constituintes estabeleceram cláusulas gerais, de interpretação aberta, em capítulos estratégicos da Constituição. Este fato, somado à tendência indicada como neoconstitucionalista, em que, dentre algumas características, há uma crescente força dos princípios, colocando o magistrado no lugar do

²⁰⁸ A despeito de tal afirmação, o poder constituinte reformador, vez ou outra, lança-se como necromante a evocar a metanarrativa. Um exemplo foi a Proposta de Emenda à Constituição n. 19, de 2010, originária do Senado Federal, cujo desiderato era o de incluir o *direito à busca da felicidade* no art. 6º da Constituição, como um direito social. Em apertada síntese, a felicidade ali exposta no projeto estaria vinculada à plena satisfação das liberdades negativas e positivas. Contudo, é certo que o suposto direito, em nosso panorama constitucional, legitimaria todo tipo de hermenêutica satisfativa, restando ao Judiciário resolver as celeumas prestacionais por parte do Estado. Talvez por este motivo a PEC tenha sido arquivada ao final da legislatura, ainda em 2014.

legislador, produziu um efeito desafiador em nosso cotidiano jurídico, seja pelo considerável número de ações cujas lides se fundam em tais situações limítrofes, seja por este sistema ter conferido demasiada discricionariedade aos juízes, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Assim, ao acolher este eco de um passado moderno que não mais se mantém na atualidade, e se o constitucionalismo sentiu tal efeito neste limiar de século, caminho semelhante é o da separação de poderes, em especial, por ela ser a estrutura orgânica da Constituição liberal – somada à proteção de direitos, na acepção de Carl Schmitt. Afinal, a despeito de não se cancelar a noção de pós-modernidade, imperioso considerar o arrefecer dos traços de grandes narrativas que embasaram à modernidade, como é o caso do ideal de progresso inevitável que legitimou a ciência iluminista. A consequência mais imediata é que não basta a existência de sua previsão formal no texto constitucional, haja vista que novos desafios foram impostos a cada uma das funções.

Não obstante, a despeito de se tangenciar que o modelo tripartite pode não mais corresponder aos desafios postos ao Estado e às suas instituições – mas, por outro lado, não vislumbrando ainda proposta significativa ou viável que possa quebrantar este dogma –, o caminho às três funções do Estado é uno na medida da necessidade de sua constante justificação, mas diversos entre si, tendo em vista as influências que cada função sofre em seu específico contexto. Defende-se que Executivo, Legislativo e Judiciário, respectivamente, sejam impactados pela exigência de eficiência, responsabilidade e pluralidade democrática.

Assim, profanado o conceito de norma constitucional e sua eficácia, no que toca ao Executivo é clara a necessidade de atendimento a critérios de eficiência, não apenas do ponto de vista econômico, por pressões do mercado financeiro, mas também em prol da melhor alocação *possível* de recursos atentando para a mais adequada prestação de políticas e serviços públicos. As tradicionais noções de *governo*, voltadas à satisfação do conceito de instituição política comandadas por pessoas legitimadas para o exercício do poder político não se mostram suficientes, cedendo lugar à *governança*, ideal focado em resultados.

Patrick Le Galès (2015, p. 24-27), professor da *Sciences Po* de Paris, comenta que o ato de governar conflui em si três propriedades: a capacidade de oferecer uma direção e, para tanto, aplicar restrições à sociedade; por conseguinte, é necessário saber – por meio de censos, cadastros públicos, sistemas fiscais – quem é governado; e por fim, como governar, ou seja, a governabilidade demanda tecnologias ou dispositivos próprios. A governança, por sua vez, é mais do que o exercício do poder no Estado por seus agentes. Do ponto de vista social, ela demanda uma relação que vai além da administração pública, ao exigir a cooperação entre sociedade e política e arranjos institucionais de coordenação de todo o sistema econômico.

A este respeito, o Banco Mundial publicou, no ano de 1992, o documento *Governance and Development*, no qual identifica a governança como o modo pelo qual a gestão do poder se exerce tendo como núcleo o desenvolvimento econômico e social²⁰⁹. Para tanto, quatro áreas são consideradas fulcrais ao organismo: 1) gestão do setor público; 2) *accountability* – em termos gerais, demanda a prestação de contas por parte de autoridades ou instituições que receberam delegação de poder; 3) sistema legal voltado ao desenvolvimento; 4) informação e transparência.

A boa governança é sinônimo de gestão que visa ao desenvolvimento sustentável²¹⁰; veja-se, sob este prisma, a distância com a ideia de governo, em um sentido político-institucional, e seus temas contíguos – como autoridade, controle, entre outros²¹¹. A má governança, por sua vez, é resumida em cinco pontos chaves: 1) falha na separação entre público e privado; 2) falha na criação de um ordenamento jurídico previsível e comportamento governamental favorável ao desenvolvimento; 3) excessiva burocracia que impede o

²⁰⁹ Tradução nossa. No original: *governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a county's economic and social resources for development* (THE WORLD BANK, 1992, p. 01).

²¹⁰ Tradução nossa. No original: *Good governance, for the World Bank, is synonymous with sound development management* (THE WORLD BANK, 1992, p. 01).

²¹¹ O próprio documento contrapõe visões de governo e de governança. No original: *A general definition of governance is the "exercise of authority, control, management, power of government." A more relevant definition for Bank purposes is "the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development* (THE WORLD BANK, 1992, p. 03).

funcionamento dos mercados e favorece o lobby; 4) prioridades que não tenham o desenvolvimento como seu condão; 5) falta de transparência decisional²¹².

A publicação de tal documento gerou uma série de demandas e indagações, o que motivou o organismo, quatro anos mais tarde, a lançar um projeto com indicadores de governança em nível global – denominado WGI - *The Worldwide Governance Indicators* – baseado, desta vez, em seis áreas gerais, mais hábeis a abarcar os diversos contextos nacionais espalhados pelo mundo: 1) liberdade de expressão e *accountability*; 2) estabilidade política e diminuição da violência; 3) eficácia governamental; 4) regulação; 5) princípio da legalidade; 6) sistemas de controle para impedir a corrupção²¹³.

Veja, deste modo, que a influência da governança sobre o direito público é direta, pois dialoga com o novo papel do Estado na sociedade, afinado com uma “lógica empresarial”. Sob o olhar de Canotilho (2008, p. 326-329), a governança se expressa como *good governance*, e significa a condução responsável dos assuntos do Estado. Quatro, por sua vez, são os vetores que dão arrimo à esta noção:

- 1) Não se restringe ao Executivo, em uma relação governo e administração, mas também deve perpassar Legislativo e Judiciário na prática responsável de seus atos.
- 2) Acentua a interdependência internacional entre os Estados, haja vista o multilateralismo nas questões governamentais.
- 3) Recupera o *New Public Management* como mecanismo de fomento e organização das parcerias público-privadas.

²¹² Tradução nossa. No original: *Failure to make a clear separation between what is public and what is private, hence, a tendency to divert public resources for private gain; Failure to establish a predictable framework of law and government behavior conducive to development, or arbitrariness in the application of rules and laws; Excessive rules, regulations, licensing requirements, and so forth, which impede the functioning of markets and encourage rent-seeking; Priorities inconsistent with development, resulting in a misallocation of resources; Excessively narrowly based or nontransparent decision making* (THE WORLD BANK, 1992, p. 09).

²¹³ THE WORLD BANK. **The Worldwide Governance Indicators**. Disponível em: <<https://info.worldbank.org/governance/wgi/>>. Acesso em: 20/11/2020.

- 4) E, por fim, insiste nas questões da governabilidade de legitimidade e responsabilidade – propriamente dita –, ao enaltecer a eficiência, a transparência e a *accountability*.

Como reflexo do Consenso de Washington, a governança é o conceito que põe à lume a capacidade de os Estados arcarem, do ponto de vista administrativo e financeiro, com as obrigações assumidas perante seus cidadãos e com os demais Estados e organismos internacionais. Mas Canotilho indica o fator complementar a tal noção que buscamos reforçar com tal conceito: a busca da essência do Estado, plasmado no ideal de desenvolvimento que abarca a proteção aos direitos e liberdades fundamentais, a democracia como mecanismo elementar do Estado de Direito e a transparência.

Desta maneira, a governança promove uma “nova interrogação sobre as formatações organizativas do Estado” tendo como substrato a garantia de direitos fundamentais e o aparecimento de diversos princípios novos – tais como transparência, coerência, abertura, eficácia e democracia participativa. Apesar de Canotilho enfatizar que este conceito se espraia para todos os poderes²¹⁴, é imperioso destacar que o Executivo é impactado com maior pujança e assim deve ser ao longo deste século, por sua responsabilidade orçamentária.

Neste ponto, há um cruel dilema que se abate contra governos, em oportuna observação de Wolfgang Streeck, diretor emérito do Instituto Max Planck de Colônia, na Alemanha. Em sua análise, levada adiante no livro *Tempos Comprados*, o que ele denomina de *capitalismo democrático* funcionou em harmonia em alguns países – Estados Unidos e alguns países da Europa – durante as duas décadas seguintes ao pós-guerra. Mas esta não é a regra. Ele comenta que o *modus operandi* do capitalismo democrático é o conflito endêmico dos dois domínios que constituem o termo, ou seja, mercados

²¹⁴ Um exemplo é a seara eleitoral. Mozafar e Schedler (2002, p. 05) definem a governança eleitoral como o número de atividades que estabelece e mantém o arcabouço institucional desde a competição eleitoral até o voto, operando-se em três níveis: criação, aplicação e adjudicação das normas. Assim, o primeiro nível (*rule making*) congrega as normas que estabelecem o jogo eleitoral; o segundo nível (*rule application*) se volta para o gerenciamento da corrida eleitoral; o último nível (*rule adjudication*) trabalha com quaisquer litígios que possam ser responsáveis pela alteração dos resultados da competição.

capitalistas e políticas democráticas. Neste panorama, há dois princípios estruturantes dos sistemas em questão que colidem entre si quando o assunto é alocação de recursos: produtividade marginal – também denominada de livre jogo de forças do mercado – e necessidade ou direitos sociais, que demandam escolhas coletivas.

Sob a égide do capitalismo democrático, os governos são instados a cumprir ambos os objetivos. Este é o início de uma aventura errante dos países ao longo do século XX, penalizados pela tentativa de encontrar um meio termo entre estes dois caminhos. Para o autor, “governos que deixem de atender demandas democráticas por proteção e redistribuição se arriscam a perder o apoio da maioria”. Por outro lado, “aqueles que desconsideram as demandas por compensação dos detentores dos recursos produtivos provocam disfunções econômicas que se tornam cada vez mais insustentáveis, solapando também seu apoio político” (STREECK, 2012, p. 37-38).

No caso brasileiro, o texto constitucional de 1988 conflui um grande rol de direitos fundamentais somado a uma cláusula de abertura a novos direitos fundados nos compromissos assumidos pelo país em âmbito internacional (art. 5º, § 3º) – o que é absolutamente essencial, especialmente pela nossa história de tamanha desigualdade social e somado ao fato de a ampliação do catálogo ser condição para o cumprimento dos objetivos que o próprio legislador enunciou no texto. Mas não se pode negar que a manutenção de direitos sociais tem um custo de longo prazo, que nem sempre é de interesse dos mercados. É nesta medida, portanto, que um equilíbrio gerador de eficiência nas ações de governança é a tônica para o Executivo.

Em relação ao Legislativo, aponte-se a responsabilidade como fator essencial para que a separação de poderes cumpra os desideratos democráticos e republicanos perquiridos para este século. Utilizamos este termo com dupla conotação: institucional e pessoal. Em primeiro lugar, pertence aos legisladores os principais instrumentos – como os Tribunais de Contas – que atestam a lisura na execução orçamentária e financeira da administração pública direta e indireta. A despeito de Executivo e Judiciário também os possuem – respectivamente, procedimentos disciplinares, corregedorias e Conselho Nacional de Justiça –, podemos dizer, tendo por base as cláusulas

constitucionais, ser função precípua do Legislativo atestar que o funcionamento do Estado e suas instituições ocorreu consoante os preceitos legais estabelecidos²¹⁵.

Ao lado do emprego do termo responsabilidade em tal condão abstrato e corporativo, isto é, aplicado de modo geral, vincula-se ainda em um sentido pessoal a cada membro desta função do Estado. Em uso lírico do brocardo *quis custodiet ipsos custodes*, os vigilantes deveriam se comportar com extrema lisura, de modo que seu exemplo ecoasse por todas as demais funções. No entanto, o direito foi criado e estabeleceu longo rol normativo exatamente para não depender da índole ou arbítrio de cada pessoa: neste caso, o dever de responsabilidade de cada membro do Legislativo se deve pelas obrigações públicas que assumem ao tomar posse em seus cargos, como também pelo interesse em manter a confiança de seu eleitorado.

Aqui cabe uma ponderação. É preciso pontuar a existência de um incômodo geral dos cidadãos em regimes democráticos como o brasileiro. O objetivo do momento não está na universalização da participação eleitoral no interior da estrutura democrático-liberal ou na garantia de instrumentos pelos quais os cidadãos possam se manifestar nas questões de cunho político, pois tais metas, em grande medida, já foram concluídas. Podemos dizer que estas foram questões postas ao longo do século passado. O foco atual tem se voltado para as estruturas que erigem o modelo de pouca participação – o voto tem sido o único instrumento de regular exercício²¹⁶ – e o fisiologismo da política partidária representativa.

²¹⁵ No Brasil, o texto constitucional estabeleceu o ferramental necessário para o cumprimento de tal desiderato. Vejam-se os artigos 49, IX e X, bem como o 71.

²¹⁶ Nos termos de Paul Hirst (1992, p. 10), “a política democrática representativa significa eleições pouco frequentes e restritas para um eleitorado de massa. Isso é inevitável; mesmo quando a grande maioria dos cidadãos individuais se interesse pelo processo político, vota sempre que solicitado e adquire um modesto conhecimento de política. Quando a indiferença ou a alienação leva o cidadão a negligenciar até as tarefas limitadas da política democrática de massa, a eleição se torna uma legitimação ainda mais formal daqueles que chegam ao poder”. No mesmo sentido caminha Chantal Mouffe, ao reconhecer, em obras como *O Regresso do Político*, a importância que foi desempenhada pelo Estado liberal. Segundo ela, a emergência do individual, a separação entre Estado e Igreja, o princípio da tolerância religiosa, o desenvolvimento da sociedade civil, o constitucionalismo oriundo das revoluções burguesas que fundamentaram o desenvolvimento da ordem pública e ainda a tensão entre liberdade e igualdade são marcas positivas do liberalismo. Entretanto, as condições de desenvolvimento deste Estado liberal reduziram a democracia ao procedimentalismo vazio e apático. Este limite precisa ser contemplado pela teoria filosófica e política. Se o Estado liberal deu impulso para o

No bojo deste processo, estão os representantes e sua diminuta legitimidade para prover o interesse de tanto grupos – inclusive os seus –, na linha já apontada anteriormente em que o poder público acaba se convertendo em provedor da felicidade dos cidadãos²¹⁷. Somando-se a este fator, há também o renascer de movimentos nacionais e populismos, que fortalecem o Executivo, e ainda a realidade de que os agentes políticos carregam a pecha do desvio de interesse público.

Um aparte regional que se mostra interessante. Roberto Gargarella, em seu livro *La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, aponta que o hiperpresidencialismo, presente em toda a região, ajuda a retirar parte da autoridade do Legislativo. Sua conclusão é de que houve uma considerável incorporação de direitos fundamentais aos textos constitucionais. Mas a qual custo? A democracia proporcionou a ampliação dos direitos, mas não foi capaz de transformar a *Sala de Máquinas da Constituição*, o que impede a realização de transformações de base. Em outras palavras, ampliou-se o catálogo de direitos, mas a democracia segue desaquecida pela participação popular ser muito pontual, ou seja, praticamente apenas no dia do pleito.

A tese de Gargarella é que as Constituições latino-americanas são fruto, em sua maioria, do pacto entre liberais e conservadores, tendo como resultado a criação ou manutenção de instituições restritivas do ponto de vista político. Com efeito, os regimes criados uniram liberdades políticas limitadas e liberdades econômicas amplas. Embora reformas tenham ocorrido no afã de se ampliar o catálogo de direitos, não houve uma discussão sobre a organização do poder do/no Estado. A pergunta das duas últimas décadas no Brasil e na América

desenvolvimento democrático, na atualidade se conjuga a um suceder de procedimentos neutros para eleger elites eleitorais, reduzindo os cidadãos a meros consumidores no debate político, além da insistência liberal em uma suposta neutralidade do Estado que esvaziou o discurso político e a subordinação da política aos cânones da economia.

²¹⁷ A este respeito, Jacques Chevallier (2009, p. 191-193) avalia que o modelo democrático-liberal está mergulhado em uma crise da representação e da participação. Este cenário de mudanças pode ser equacionado a partir de dois enfoques referenciais: em primeiro lugar, pela erosão do crédito de confiança dos eleitores para com os representantes ante a sua incapacidade de responder às expectativas cada vez mais refinadas, individuais e complexas dos cidadãos; em segundo lugar, a apatia que ronda a questão política cuja participação dos cidadãos na política têm sido cada vez menor, além do refluxo no engajamento militante em partidos políticos, o que denota a fragilidade do lastro que une ou ao menos deveria unir os representantes com os seus representados e aprofunda a questão.

Latina é: o que sustenta o projeto de fortalecimento do presidencialismo na região? Inspirados por este vetor, de nossa parte, questionamos: de que vale reconhecer direitos políticos se a estrutura de poder não garante a fruição em sua materialidade?

Em seus termos:

Ou seja, (...) a matriz de poder definida no século XIX permanece essencialmente intocada, razão pela qual a organização política limitadora da liberdade, concentradora do poder, verticalista, hiperpresidencialista, organizada desde meados do século XIX, converte-se, de imediato, em uma das piores ameaças à reivindicação de expansão das liberdades, que por diversas vezes impulsionou movimentos reformistas. O que é pior: é uma ameaça que vem do epicentro da Constituição²¹⁸

Não obstante, Gargarella (2011, p. 286-293) extrai três hipóteses causadoras de tal situação. No primeiro caso, uma ideia de que as seções dogmática e orgânica do texto constitucional seriam autônomas, isto é, uma percepção que bastaria a inclusão de novos direitos para que eles *cobren vida, se autoejecuten*. Uma variante desta hipótese é a indiferença, ou seja, autores e governantes que defendera a hipótese de que a maquinaria do poder se adaptaria e incorporaria a ampliação de direitos de modo natural. No entanto, como é notório e já apontado, carece de lógica a hipótese de que as normas jurídicas, apenas por estarem na Constituição, pudessem operar transformações na realidade.

O segundo argumento tangencia acerca da compensação, ou seja, Gargarella aponta autores que indicam não haver separação entre as partes da Constituição, mas um diálogo. Se por um lado, diversos textos foram reformados, permitindo reeleições dos Presidentes da República, por outro também buscaram implementar uma espécie de presidencialismo mitigado em detrimento do Executivo – fortalecendo legislativos e judiciários, como também

²¹⁸ Tradução nossa. No original: *Es decir, (...) la matriz del poder definida en el siglo XIX se mantiene en su esencia intocada, por lo cual la organización política limitadora de libertades, concentradora del poder, verticalista, hiperpresidencialista, organizada desde mediados del siglo XIX, se convierte de inmediato en una de las peores amenazas sobre la pretensión de expandir libertades, que ha sido impulsado por los movimientos reformistas. Lo que es peor: se trata de una amenaza que proviene desde el propio corazón de la Constitución* (GARGARELLA, 2011, p. 290).

estabelecendo instrumentos de democracia direta, caso dos referendos convocatórios da Venezuela e da Bolívia. Novamente, contudo, ele sugere que não houve reformas no motor constitucional, isto é, que a relação entre os poderes segue intocada e que os mecanismos de participação direta estabelecidos não são auto-executáveis, mas dependem do Executivo ou Legislativo. Ou seja, não foram ampliadas as condições de participação cidadã.

A terceira e última hipótese é a necessidade, isto é, que o modelo de presidencialismo forte presente na região não é mero fruto do acaso, mas foi projetado, do ponto de vista institucional, como precondição para a salvaguarda de direitos. Neste sentido, Gargarella, tendo diante de si a história dos países latino-americanos, aponta a imprecisão de tal argumento, pela demonstração de que a garantia de direitos ocorreu na alternância de períodos de presidencialismos débeis e fortes mantidos em regimes democráticos ou mesmo em ditaduras. Basta pensarmos no regime varguista, que trilhou ambos os caminhos, tendo estabelecido alguns direitos, mas restringindo outros – é o diálogo entre o autoritarismo e a democracia que falamos anteriormente.

Portanto, fato é que o presidencialismo forte na região eclipsa o Legislativo e pode ter se tornado um obstáculo à implementação de direitos²¹⁹. É preciso, assim, na forma tratada pelo jurista argentino, ocorrer um ajuste entre as duas partes da Constituição, ou seja, a orgânica – que compreende a organização do poder – e a dogmática – com um generoso catálogo de direitos, cujas normas, não raras vezes, acabam pecando pelo excesso da amplitude. O dilema comum nos países latino-americanos é que a *Sala de Máquinas da Constituição*, ou seja, os mecanismos de poder, estão aquém de mudanças republicanas, mantendo-se os poucos grupos no comando do Estado, o que

²¹⁹ Nas palavras de Gargarella (2011, p. 303): A preocupação especial com os aspectos mais sociais da vida constitucional deveria nos levar a examinar, em primeiro lugar, as formas de organização do poder, em vez de deixá-los enclausurados na engenharia dos direitos. A reforma social deveria ser, prioritariamente, a reforma dos mecanismos do Poder, visto que o amplo apoio político, capaz de incluir ampla mobilização social, pode ameaçar a garantia de direitos, e a ampliação da cidadania social é posta em crise pela própria estrutura constitucional. Tradução nossa. No original: *La preocupación especial por los aspectos más sociales de la vida constitucional debiera llevarlos a examinar, ante todo, los modos en que se organiza el poder, en lugar de dejarlos detenidos en la ingeniería de los derechos. La reforma social debiera ser, de forma prioritaria, la reforma de los mecanismos del Poder, ya que una vasta apoyatura política, capaz de incluir una amplia movilización social, la vida de los derechos queda bajo una directa amenaza, y la ampliación de la ciudadanía social resulta puesta en crisis por la propia estructura constitucional.*

impede a própria efetivação dos direitos à grande parcela da população. Dito de outra forma, e se valendo de Machado de Assis, altera-se a escrita da tabuleta que adorna a fachada, mas a estrutura sistêmica é a mesma²²⁰. De nada vale, desta feita, escrever direitos na fachada, mantendo-se a estrutura intocada, que não possibilita a sua satisfatória implementação.

Pelos motivos indicados, a responsabilidade em sua dupla vertente deve ser o vetor do Legislativo, ao ampliar o controle sobre os atos do Executivo, compelido pelos critérios de eficiência, mas também ao exigir rigor na conduta de seus membros. O quão importante seria a retomada da legitimidade do Legislativo, especialmente ao Brasil? Decisiva. Afinal, há, ao menos, duas coisas imprescindíveis para o funcionamento de um Estado que se diz republicano e que deseja satisfazer o conteúdo normativo insculpido em sua Constituição:

- 1) A representação, essencial para as repúblicas modernas, consoante Alexander Madison, “a diferença mais invocada entre a república americana e outras repúblicas consiste no princípio da representação, que é o pivô sobre o qual a primeira se move, e que se supõe ser desconhecido para as últimas, ou pelo menos para a parte antiga delas”²²¹.

²²⁰ Conforme citamos em *Teoria do Estado*, “Machado de Assis explorou com velada ironia o movimento republicano no Brasil na obra *Esaú e Jacó*, publicada em 1904. Em uma passagem do livro, Custódio, doceiro, dono de uma confeitaria no Rio de Janeiro chamada “Confeitaria do Império”, solicitara a feitura de uma tabuleta nova, pintada à mão. Não sabia, no entanto, que estavam às vésperas da Proclamação da República. Ocorrido tal evento, não poderia mais manter o antigo nome, em especial por seu comércio se localizar na Rua do Catete, próximo ao Palácio do Governo. “Confeitaria da República” foi a indicação natural feita pelo Conselheiro do império Aires, mas foi negada por Custódio já que em pouco tempo a monarquia poderia ser restaurada. Aires, então, indicou o que lhe parecia mais conveniente: “Confeitaria do Governo”. Recôndito em tal episódio está a mordaz crítica de Machado de Assis: a passagem da monarquia para a república representou mera troca de tabuleta, um engodo que apenas reformava a fachada do país sem ao menos tocar nas solidificadas estruturas e encaunamentos do período colonial e monárquico”. Cf: FACHIN; SAMPAR, 2020, p. 73-74.

²²¹ Citação do número 62 de o Federalista, que possivelmente foi escrito por Madison. Tradução nossa. No original: *The difference most relied on between the American and other republics consists in the principle of representation, which is the pivot on which the former move, and which is supposed to have been unknown to the latter, or at least to the ancient part of them.* Cf: YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed47.asp>. Acesso em: 01/09/2020.

- 2) E os partidos políticos, na medida da afirmação peremptória de Hans Kelsen (2000, p. 40), no qual “só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos”.

A este respeito, como pensar no regular e estratégico funcionamento das instituições sem a(s) Casa(s) legislativa(s), *locus* de representação democrática dos cidadãos? Deste modo, a responsabilidade é ponto fulcral ao poder legiferante, demandando-se a responsabilidade do Legislativo brasileiro para ampliar o espaço de exercício de direitos, seja pela realização de sua atividade-fim – ao legislar em favor dos cidadãos –, como também na fiscalização da administração. Por esta via se pode conquistar a legitimidade perdida do Estado e, em especial, a sua própria.

Por fim, com relação ao Judiciário, e na tônica da já mencionada doutrina de Antoine Garapon, que aponta o século XXI como período áureo desta função²²², é preciso considerar que a pluralidade, em prol de uma legitimação democrática, é e seguirá como o vetor para as próximas décadas. Conforme arrazoado neste capítulo, as Cortes adquiriram preponderância em substituição ao Parlamento, e, nesta toada, é preciso que as decisões sejam revestidas do manto participativo do maior número de interessados, ou seja, uma representação deslocada da via política tradicional em direção à judicial.

Este argumento é respaldado por Ernani Carvalho e Natália Leitão (2013, p. 16). Segundo os autores, em cenários de inoperância ou fragilidade legislativa, os indivíduos procuram àqueles que são capazes de resolver os litígios, ainda que as questões sejam de repercussão ética: em virtude de sua influência ao longo da deliberação e até mesmo poder de rejeição das decisões dos poderes representativos no processo Legislativo, as Cortes se transformaram em uma *terceira câmara legislativa especializada*. Temas relacionados à moralidade, que deveriam ser debatidos e acordados nas Casas Legislativas, estão a todo momento às portas do Judiciário, aguardando uma decisão.

²²² Em seus termos: “nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade” (GARAPON, 1999, p. 24).

Tal processo é denominado por Jacques Chevallier como juridicização. Segundo este, dois caminhos são perceptíveis no decorrer deste movimento. O primeiro deles, aplicável à França, deu-se com a força da figura do Legislador, e teve como resultado o número expressivo de leis, decretos e regulamentos. A inflação normativa vs o espaço de atuação do indivíduo passou a ser a realidade de vida nos últimos séculos. Por outro lado, como no caso dos países do *civil law*, temos o legado de Marbury vs Madison, no qual os Tribunais se arvoraram na função de dizer o direito. O resultado é o apogeu de sociedades contenciosas, tornado mais agudo com as *Class Action* gestadas nos Estados Unidos na década de 1960 e aplicadas também no Brasil, ao menos desde 1985, com a Lei 7.347, que instituiu e disciplinou a ação civil pública.

Para Chevallier (2009, p. 134):

A juridicização crescente do tecido social se traduz no fato de que o direito é, a partir de então, chamado a reger as relações humanas que se submetiam anteriormente a modos de regulação extrajurídicos ou fundados na confiança. Mas é também a demonstração de uma ampliação da complexidade da organização social, que impõe uma regulação mais acurada.

O alargamento do espaço de atuação das Cortes Constitucionais têm sido notado em diversos países. É inegável que, do ponto de vista de garantia de direitos, vários julgados foram decisivos para a salvaguarda de prerrogativas até então violadas. De outra sorte, é preciso considerar ainda a superação do paradigma legal em sua forma mais tradicional, indicado como fruto do exclusivo trabalho parlamentar. Para servir de reforço à ideia em lume: é oportuna a existência de uma jurisdição constitucional com traços emancipatórios, a fim de ampliar a interpretação rumo a uma visão garantista, que privilegie a guarda de direitos e liberdades fundamentais. O inevitável custo de tal ampliação, todavia, foi a judicialização da política, que se tornou a marca de expansão da atuação judicial nas últimas décadas. Em análise de Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ernani Carvalho (2013, p. 08), há dois fatores que potencializam este processo: 1) a existência de prerrogativas institucionais que garantam a independência de atuação do Poder Judiciário, combinada com a possibilidade de revisão judicial; 2) e o alto grau de fragmentação política, como é o caso brasileiro.

Em nosso sistema, a juridicização de Chevallier também produziu outro efeito: a multiplicação do número de ações – originárias e recursais. Tal processo é resultado das atribuições que o legislador constituinte originário conferiu ao Supremo Tribunal Federal. Atualmente, o STF, visto como um *veto player*, em remissão à teoria de George Tsebelis, acumula ao menos três amplas funções: Tribunal constitucional que lhe confere toda a jurisdição da matéria, última instância recursal e ainda foro judicial especializado com um amplíssimo rol de competências – o artigo 102 da Constituição é testemunha deste fato, atribuindo a Corte desde processos de extradição até foro criminal de primeiro grau de autoridades. Este acúmulo de prerrogativas se reflete na quantia de processos em trâmite. Em 1989, já sob a vigência da Constituição, foram distribuídos 6.682 processos no STF. Em 2019, foram 30,6 mil e um universo de 110 mil decisões proferidas²²³

Esta brecha interpretativa no sistema normativo munuiu o STF de instrumentos que o transformam em verdadeira arena de deliberação política, uma espécie de *nova ágora*. Consoante precisa afirmação de Gilberto Bercovici (2004, p. 19-20):

A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos Tribunais constitucionais.

Todo este debate – a escalada de poderes judiciais, a legitimação democrática e a renovada força da jurisdição em nossos dias – pode ser melhor observada com o emblemático julgamento da lei de biossegurança – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 –, que autorizou a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas. Em outros termos, a decisão seguiu a linha de que o uso de tais células em pesquisas não violaria o direito à vida ou à dignidade

²²³ Cf: Supremo Tribunal Federal apresenta balanço de 2019 com principais número e ações da Corte. Notícias STF, Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432920>>. Acesso em: 02/10/2020. Em outra fonte de informações, desta vez do I Relatório em Números – Supremo em Números, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, revelou que, do ano de 1988 até 2009, 92% dos processos julgados pelo STF foram recursos, 7,8% foram ações ordinárias iniciadas na própria Corte e 0,51% foram ações constitucionais (FGV, 2011, p. 21).

humana, motivo pelo qual o artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 foi declarado constitucional e a ação foi julgada improcedente.

Em primeiro lugar, o litígio contém temáticas de natureza ética e bioética que dividem a sociedade, não apenas brasileira, mas em diversas localidades com raízes culturais cristãs muito fortes como a nossa. A necessária destruição de tais células põe à lume a questão do início da vida e da eventual realização de aborto para a concretização das pesquisas, questão que se choca com dogmas forjados há séculos e que dificilmente seriam objeto de dedicada – e não-ideológica – discussão em qualquer de nossas Casas legislativas. A Corte estaria, então, em um dilema democrático: afinal, uma discussão que dividiria o país poderia ter um custo altíssimo ao próprio Tribunal. A solução encontrada pelo relator, Ministro Carlos Ayres Britto, foi adaptar o rito de audiência pública do Regimento Interno da Câmara dos Deputados²²⁴, de modo a ouvir a sociedade e revestir a decisão de alguma legitimidade democrática.

Foi neste contexto que, em virtude do impacto ético-religioso que o tema poderia despertar, permeadas pela questão que envolve o início da vida, realizou-se a primeira audiência pública da história do STF²²⁵, tendo contado

²²⁴ O rito da Câmara dos Deputados foi utilizado em virtude de as leis 9.868/99 e 9.882/99 não disciplinarem a audiência pública no âmbito do Judiciário. Após o julgamento da ADI 3.510, o próprio Tribunal disciplinou a matéria por meio da Emenda Regimental 29, de 18 de fevereiro de 2009.

²²⁵ Na dinâmica do julgamento da ADI 3.510, o STF já realizou trinta audiências públicas, sobre os seguintes temas: Funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e políticas públicas em matéria ambiental (audiência pública n. 30); Controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior (audiência pública n. 29); Candidatura avulsa (audiência pública n. 28); Liberdades públicas de expressão artística, cultural, de comunicação e direito à informação (audiência pública n. 27); Conflitos federativos sobre questões fiscais dos estados e da União (audiência pública n. 26); Transferência de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas (audiência pública n. 25); Tabelamento de fretes (audiência pública n. 24); Interrupção voluntária da gestação (audiência pública n. 23); Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares (audiência pública n. 22); Marco civil da internet e suspensão do aplicativo Whatsapp por decisões judiciais no Brasil (audiência pública n. 21); Armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos (audiência pública n. 20); Novo Código Florestal (audiência pública n. 19); Uso de depósito judicial (audiência pública n. 18); Ensino religioso em escolas públicas (audiência pública n. 17); Internação hospitalar com diferença de classe no SUS (audiência pública n. 16); Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (audiência pública n. 15); Programa Mais Médicos (audiência pública n. 14); Biografias não autorizadas (audiência pública n. 13); Financiamento de Campanhas Eleitorais (audiência pública n. 12); Regime prisional (audiência pública n. 11); Queimadas em canaviais (audiência pública n. 10); Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (audiência pública n. 09); Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil (audiência pública n. 08); Proibição do uso de amianto (audiência pública n. 07); Lei seca - proibição da venda de bebidas

com a presença de inúmeros *amici curiae*, elevando a figura do Tribunal a um novo patamar de visibilidade pública – nova ágora – pela possibilidade de inclusão da sociedade civil nos julgamentos através deste instrumento que já era utilizado pelos demais poderes. Isto revela apenas a complexidade dos temas de natureza política, moral e econômica que tem chegado ao Supremo, composto por onze ministros, para as quais a população jamais votou ou mesmo opinou em sua composição.

O equilíbrio entre a ausência do critério democrático na escolha de juízes, por um lado, e seu poder em ascensão sobre os mais variados temas nacionais, por outro, foi objeto de interesse de Ronald Dworkin. Em seu livro *Levando os Direitos a Sério*, famoso por apontamentos de sua teoria do direito como integridade e a alegoria do juiz Hércules, o jusfilósofo indagou como os juízes deveriam exercer a sua discricção, especialmente em se tratando de uma sociedade democrática. Para tanto, o autor elaborou algumas restrições. A primeira delas é o que denomina *responsabilidade política*, isto é, as decisões devem se pautar em uma teoria geral que respalde as próximas, de modo a se fortalecer um sistema de precedentes, tendo em vista a segurança jurídica.

Dworkin, neste sentido, como em vários momentos de sua obra, buscou trazer algum elemento de praticidade às suas análises teóricas. Ele estabeleceu uma distinção entre princípios que fundam direitos e políticas que direcionam a objetivos sociais coletivos. Há uma diferença bem precisa quanto a estes conceitos. Direitos são distributivos e individualizados, e não cedem ante a objetivos coletivos. Por sua vez, as políticas são agregativas e não-individualizadas – podem ser organizadas de modo a satisfazer finalidades prioritárias. A advertência é muito clara: a discricção judicial se perfaz quando a decisão se pauta em princípios, e não em políticas: a competência para tratar das políticas é dos poderes que representam o povo.

alcoólicas nas proximidades de rodovias (audiência pública n. 06); Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (audiência pública n. 05); Judicialização do direito à saúde (audiência pública n. 04); Interrupção de gravidez - feto anencéfalo (audiência pública n. 03); Importação de pneus usados (audiência pública n. 02). A lista de audiências realizadas e previstas é publicada em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 14/10/2020.

A despeito de a questão parecer resolvida, há que se supor não se tratar de demarcação tão singela. A tarefa de separar princípios e políticas seria possível em um Estado diverso ao modelo burocrático e social que foi gestado ao longo dos últimos dois séculos, por certo, com pouquíssimas atribuições interventivas na sociedade o que, em síntese, parece contrariar a construção que se propôs delinear ao longo de toda esta tese. E, em contextos de casos difíceis, como o explanado, nos quais “nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção” (DWORKIN, 2002, p. 131), posições realistas – e pragmáticas – do direito se fortalecem e servem como aparato de legitimação à descrença quanto à capacidade de justificação do sistema jurídico.

Trata-se de mensurar o espaço de atuação da criação normativa judicial no ato de interpretação da lei para desenrolar o imbróglio dos casos difíceis – nos quais à simples subsunção não é aplicável – no afã de se conferir solução à lide. A questão é que o pragmatismo, em seu desejo de fortalecer a democracia, pode, de maneira ambivalente, enfraquecê-la por embaralhar a competência de seus atores, cujos fundamentos constitucionais e respectivos espaços de atuação são explícitos – juízes, legisladores, administradores, servidores, entre outros –, trazendo os guardiões da Constituição ao *tensionado* centro do debate político.

Não obstante, conforme mencionado, o atual estado de coisas fez com que Cortes, especialmente as constitucionais, tivessem que assumir/arcar com parte das decisões políticas. Compartilhar o ônus de tal decisão por meio de instrumentos democráticos, como as audiências públicas, é o vetor que conduzirá sua atuação de modo a fortalecer a democracia.

Neste sentido, e por todo o exposto, acredita-se que a separação de poderes detenha um papel fundamental para o Estado, seja do ponto de vista puramente analítico – como princípio estatal de estruturação, tendo por base as premissas liberais e republicanas que forjaram o modelo que segue em construção há quase três séculos –, seja ainda pelo contexto institucional, no mover das peças no tabuleiro factual da vida cotidiana. Reafirma-se, neste sentido, o papel de espinha dorsal deste princípio no paradigma de Estado de Direito moderno que nos foi legado.

Levando-se em conta tal centralidade invocada, os três vetores apontados e desenvolvidos ao longo das últimas páginas – eficiência, responsabilidade e pluralidade – são a tônica que influenciará cada uma das funções ao longo das próximas décadas, em um cenário que demanda a auto-justificação de sua atuação perante os cidadãos, tendo em vista o fim das grandes récitas. A morte da Constituição metanarrativa marca o fim de uma visão singela do direito, realidade haurida de uma recalcitrante fronteira moderna que pode estar próxima de sua superação, como muitos alegam, mas que, por enquanto, mantém-se hígida, e cujo pêndulo segue em movimento pela força do vigor advindo do interior da própria sociedade.

Ainda que problema menor do que o constitucionalismo dirigente fincado no metarrelato – que conduziu o direito a uma “autossuficiência normativa” –, é preciso levar em conta os dizeres de Canotilho (2008, p. 156) de que “o sujeito capaz de contar a récita e empenhar-se nela também não existe”. O desvelamento de um sujeito projetante, neste sentido, é um bom presságio para a democracia, que depende mais de instituições fortes e legitimadas para se erigir e cumprir seu desiderato e menos de personas iluminadas a guiar o povo em uma condução heroica rumo à bem-aventurança terrena. Sabemos o retrocesso republicano e democrático gerados por tais cantilenas populistas.

Reduzido o espaço de atuação de tais alegorias no imaginário social e jurídico, é possível que construamos uma sociedade que seja mais responsável por aquilo que enuncia em seu ordenamento, no afã de transcender a mera letra da lei e ser capaz de entregar os direitos ali prescritos. E de que, quiçá, a Constituição não se torne epitáfio de um inefável catálogo de direitos e liberdades fundamentais, mas que sua legitimidade e aplicabilidade brote do cotidiano pela atuação das instituições e de seus cidadãos em prol, especialmente, daqueles que mais necessitam de oportunidades.

Eis a separação de poderes para o século XXI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seja qual for a forma de governo sob a qual se acha a comunidade, o poder que tem o mando deve governar mediante leis declaradas.

John Locke, Dois Tratados Sobre o Governo, p. 94.

O acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de um, poucos, ou muitos, seja hereditário, autodeclarado, ou eletivo, pode ser declarado justamente como a própria definição de tirania²²⁶.

James Madison, O Federalista n. 47.

Direito e poder.

Desde a união de famílias e limiar das sociedades humanas²²⁷, todos os tipos de regras são estatuídas de modo a regular a vida coletiva e controlar o poder nú²²⁸. O Estado de direito é a forma que mais serve aos préstimos do que almejamos para a contemporaneidade – ou ao menos é a que se tornou hegemônica nos últimos três séculos – por enunciar estruturas que fracionam e contêm o poder em si, bem como salvaguarda as prerrogativas básicas para o desenrolar social. Por certo, trata-se de um modelo a ser experienciado em seu

²²⁶ Tradução nossa. No original: *The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, selfappointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.* Cf: MADISON, James; The Federalist Papers: No. 47 – The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts. YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed<47.asp>. Acesso em: 22/11/2020.

²²⁷ Faz-se referência à Aristóteles.

²²⁸ Referência à Bertrand Russell.

status e por cada especificidade: não é um ídolo a ser conquistado ou meta a ser adimplida, mas um parâmetro aferível apenas pela observação de outros povos, comparação de sistemas e eventual adaptação a regras importadas de outros contextos.

Se não há um caminho certo e inevitável que nos conduza ao eldorado, como faziam crer as récitas que aqui procuramos desconstruir, ao menos se têm parâmetros mínimos que caracterizam um Estado de direito, cujo modelo surgiu na Europa pós-iluminista e, por força dos republicanos e liberais, do ponto de vista político, enunciou-se uma forma de pensar que denunciou o controle absoluto como artifício de uma sociedade do qual eles não coadunavam, haja vista seus interesses trilharem os passos de criação de uma esfera pública, apartada da privada, que permitisse a salvaguarda de liberdades fundamentais mínimas para que todos pudessem ter segurança no desenvolvimento de suas vidas, sem o risco da dominação por forças estrangeiras ou ainda de membros ou facções da própria sociedade.

De igual forma, afirmamos que não há caminho certo, ainda, pois a pluralidade é tensão pura, a despeito de o elemento político ter sido obliterado, pela acepção schmittiana. Sendo assim, estamos em uma nau cujos ventos sopram de maneira incessante, levando-nos a aportar em diversas localidades possíveis. A legalidade procura constranger todo este fervor potencial ao dispor de limitações, em uma dinâmica de retenção e distensão, cujo perímetro é balizado entre dois extremos: um controle total – limite marcado pelo regime totalitário, que ceifou liberdades e deixou rastros de destruição em todas as suas manifestações – ou um vazio normativo que pode conduzir a hipóteses variadas – como o anarquismo ou mesmo o despotismo.

Com base nesta metáfora, é certo que o Estado de direito se localiza em uma posição no qual a eficácia legislativa é possível de ser semeada, resultando em progressiva legitimação de si. Mas isso não é o bastante. Em diálogo aos ideais ventilados, não basta a mera produção da lei, que deve ecoar a salvaguarda de direitos políticos e liberdades, haja vista até mesmo uma ditadura poder se sustentar pelo engodo da *rule of law* – como ocorreu com nosso regime militar, por duas décadas.

Desta feita, uma vez que a inevitabilidade não faz parte destes meandros, a instauração de uma democracia exige a constante vigilância de suas instituições em prol da eficácia normativa, sob pena de liquefação da ordem jurídica e da força normativa, tão necessárias para que as normas, em especial as constitucionais, produzam efeito e sirvam de baliza aos poderes do Estado e a sociedade. O custo de tal consequência é deveras alto, pois distanciar o Estado de Direito de tal equilíbrio tem o preço de ceifar liberdades.

A metanarrativa em âmbito constitucional tornou a sociedade menos livre, por impingir uma condição de fluxo inevitável rumo a um caminho preestabelecido. Qual a sua diferença para com uma ditadura? Suas naturezas são tão semelhantes que vários regimes absolutistas se valeram dela como fator de autojustificação – a exemplo do Estado Novo, como apontado.

Mas o que resta no lugar? Desfeito o encanto dos metarrelatos, que “explicam pouco e prometem muito”, consoante Canotilho, oportunamente se pode questionar a arquitetura do Estado, sem que para isto seja necessário caminhar em direção à realidades do qual ainda desconhecemos, como é o caso da pós-modernidade. Seria possível, nesta senda, repensar o desenho da tripartição, como vários teóricos de peso enunciam. Embora do ponto de vista orgânico possa parecer inviável, as perguntas têm o condão de nos fazer pensar, lançar hipóteses e sempre avançar de algum modo. Um exemplo é o caso do Ministério Público. Durante muitos anos, a doutrina brasileira referenciou o *parquet* como um quarto poder. Nesta linha, e somado à outras instituições, é de se pensar se o controle não deveria ser alçado à condição de função, dada a sua importância. O benefício seria incorporar elementos que potencializem a higidez da fronteira que separa o público do privado, debate sempre tão urgente no contexto nacional.

Na mesma linha, quando se questiona o fundamento de nossa organização de poderes, e se a resposta apontar para a salvaguarda de direitos fundamentais, a doutrina de Luigi Ferrajoli pode ser valiosa ao ponderar por uma divisão que enalteça a divisão entre instituições de governo e de garantia. Parece-nos que há um espaço no qual a discricionariedade deve ser a regra, para que o elemento político seja exercido em sua completude e a cláusula

democrática possa se desenvolver. No entanto, não seria interessante que algumas áreas estratégicas estivessem distantes dos tentáculos da política?

De igual sorte, as indagações de Bruce Ackerman atentam para outra questão muito valiosa em contextos democráticos: a influência política exercida sobre a administração. Não adentrando aqui em uma revisão de nosso paradigma administrativo, seja do ponto de vista institucional como também de suas carreiras, seria um ganho trilhar este caminho apontado por Ackerman. Pensemos no caso brasileiro, do tamanho da burocracia estatal em nosso contexto e da influência que o fator político exerce ou pode exercer sobre nomeações das mais diversas.

Sabemos que, ao coordenar uma campanha vitoriosa em um pleito eleitoral, é parte do jogo democrático que se queira indicar pessoas para cargos estratégicos e de confiança na administração, ainda que os ocupantes sejam inexperientes. Se a satisfação do bem público for o ideal de nosso ordenamento – novamente a questão dos fundamentos, que Ferrajoli apontou –, é certo que servidores de carreira possuem o conhecimento técnico necessário para a tomada das melhores decisões. Ora, se os governos mudam e a administração perdura, ela não seria ainda mais confiável e entregaria melhores resultados na hipótese de diminuição de nomeações, sem critérios técnicos? A dúvida aqui não é afirmar que o técnico é melhor que o político – afinal, ao menos o segundo pode ser demovido, por força do critério democrático, enquanto servidores têm estabilidade –, mas questionar a viabilidade de novos arranjos.

Este ponto se insere na questão dos vetores de cada função – eficiência, no caso dos governos, de modo a cumprirem com os objetivos constitucionais. E um dos elementos mais fundamentais para que o poder público siga por esta senda é a transparência na destinação dos recursos e a sua efetiva aplicação. Se por um lado, a liberdade de pensamento permite o controle do poder – e aqui se faz uma ode à ampla liberdade de imprensa –, de outro a democracia exige que informações sejam prestadas por parte dos agentes públicos. Em nossa realidade brasileira, forjada historicamente a golpes de extremismo, parece um desafio enorme priorizar a ampla transparência, mesmo em setores do Judiciário. Mas tal caminho, já trilhado por muitos países, indica que o resultado mais imediato é o fortalecimento do regime democrático pelo exercício do

controle. E os beneficiários são os cidadãos. Nos países escandinavos, por exemplo, a transparência é regra há várias décadas, possibilitando a qualquer cidadão mensurar a performance não apenas de governos, mas de qualquer escola ou hospital. A política é forçada a operar à luz do dia, sem privilégios ou locupletações indevidas ou ilegais²²⁹.

Em uma democracia, não é o governo que deve controlar o pensamento de seus cidadãos, mas: 1) é da sociedade o direito de controlar as atividades do governo; 2) para seu melhor funcionamento, devem-se estabelecer órgãos governamentais e da sociedade civil que fiscalizem as atividades governamentais; 3) e ainda é dever de todo agente público prestar contas, sob pena de sanção. Tanto mais democrático será o Estado cujas instituições estão abertas ao crivo midiático e à transparência, uma espécie de Panóptico de Bentham às avessas. Assim, é exatamente a *visibilidade do poder* o fator que distingue a democracia das ditaduras.

Todas estas análises são o anteparo da separação de poderes, que caminha *pari passu* à efervescência plural: embora possua uma estrutura rígida e cristalizada no texto constitucional, os agires social e institucional se adaptam para além da lei, ampliando e reduzindo os seus espectros de influências. Assim ocorreu com o maior controle ao Executivo para limitar sua discricionariedade, com o apogeu do Legislativo e com o recente ápice judicial notado em diferentes países. Retirado o véu das récitas, é preciso enxergar o percurso necessário a cada poder para a consecução de seus objetivos constitucionais. Daí os vetores de influência indicados.

Por sua vez, é mais do que urgente a responsabilidade em âmbito parlamentar. A representação é condição para a realização democrática, embora, por vezes, o debate público nacional siga o caminho da quimérica democracia direta ou semidireta – que se perfaz pelos instrumentos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, previstos no artigo 14, incisos I, II e III de nossa Constituição. Ela possibilita a tomada de caminhos de médio prazo de maneira cíclica, além de ser “a instituição que possibilita à sociedade

²²⁹ Cf: The Next Supermodel: **Politicians from both right and left could learn from the Nordic countries**. THE ECONOMIST. Feb 2nd 2013, pg. A15.

civil (em todos os seus componentes) identificar-se politicamente e influenciar a direção política do país”, consoante Nadia Urbinati (2006, p. 194).

Assim, precisamos repensar o modelo, comum à América Latina, de uma preponderância do Executivo capaz de tornar o Congresso seu refém – e que, por vezes, contribui para isso, basta pensar no presidencialismo de coalizão, que loteia cargos da administração. Por um lado, a administração se torna balcão de negócios, perdendo em eficiência e mantendo vivas nossas mazelas históricas e culturais tão arraigadas – patrimonialismo, corrupção, entre outros. De outra parte, um Legislativo refém coaduna com abusos e desvios do Executivo ao não manejar as ferramentas de controle que a Constituição lhe confere. Se a justificativa para manutenção de um sistema que se assemelha à coalizão é a necessidade, então é preciso, de maneira urgente, repensar a governabilidade política em nosso país.

Por fim, pontue-se a necessidade de conter a jurisdição constitucional no Brasil em prol da minoração de alguns efeitos nocivos que já são perceptíveis em nosso contexto. Um deles, como apontado, é a criação de novas hipóteses de restrição a direitos fundamentais pela via da interpretação. A primeira boa razão é de ordem jurídica, em violação às regras de nosso regime democrático. Tal competência, ao conferir poder aos feiticeiros que a invoca, tem o condão de tornar absoluto um colegiado de juízes em questões estratégicas do país. Não obstante, em uma senda ainda mais recalcitrante e que ocorre há anos em nosso contexto, um magistrado decide uma causa em caráter provisório, mas cujos efeitos perdurem por anos a fio.

Já sabemos que a democracia não convive com absolutismos de qualquer ordem, e é reduzida a pó quando as razões de uma decisão se tornam obscuras. Nos dizeres de Norberto Bobbio (2015 p. 32), “a opacidade do poder é a negação da democracia”. Por isso se demanda a pluralidade no contexto judicial, tanto mais na atualidade, pela função jurisdicional ter ocupado posição central nas decisões que envolvem toda a sociedade. A pluralidade, assim, permite a participação de variados segmentos para obter maior legitimidade às materiais *sub judice*.

É preciso separar a pluralidade, no sentido invocado, da publicidade, fenômeno pelo qual o Supremo Tribunal Federal tem se tornado refém e, por

vezes, atua como catalisador. São comuns os julgamentos nos quais os ministros não têm seu olhar para os autos, mas votam com o clamor popular pela sua realidade de elevada exposição. O exemplo aqui é o da judicialização da política, que, em diversas situações, violou regras e prerrogativas constitucionais de parlamentares em prol dos mais variados argumentos de moralidade²³⁰. É preciso considerar que há uma diferença entre estas atividades: a política, sim, é o espaço por excelência que precisa encontrar soluções que atendam aos interesses de todos envolvidos – afinal, lida com a realidade de infinitos a serem compatibilizados em poucos recursos –, mas o ato de julgar deve estar imune à negociações ou pressões, sob pena de desvirtuação do sentido da lei e sublimação do Estado de direito.

Na Odisseia, Homero conta a história das Parcas ou Moiras, as deusas fiandeiras da fortuna, que do seu tear, decidiam pela vida de homens e deuses. Elas criaram Têmis, a deusa da lei e da justiça, Nêmesis, a deusa que punia os deuses, e as Erínias, as deusas da vingança, responsáveis por castigar os mortais. O maior dilema de ter uma Corte constitucional com tais prerrogativas em seu poder é o tipo de decisão que seus membros tecerão aos jurisdicionados: ao adentrar o campo político e legiferante, por meio da interpretação que estressa o sistema ante a violação da letra da lei, um dos caminhos que pode se tornar incontornável é buscar implementar a lei e a ordem de Têmis, mas obter como resultado a legitimação de uma caça às bruxas ao estilo de Nêmesis ou das Eríneas, tudo em nome da justiça, porém realizada de modo seletivo.

Pelo exposto, o século XXI tem sido um período ambivalente de adequação e renovação das estruturas democrático-liberais, que conduzem a desejos ambivalentes – mais direitos em um cenário que pede menos Estado. A dinâmica entre direito e poder tem como resultado direto a liberdade, e deve ser

²³⁰ É o que demonstram Cláudio Ladeira de Oliveira e Suellen Moura, ao analisar julgados nos quais houve a cristalina violação de prerrogativas parlamentares, protegidas pela Constituição, de modo a atender os clamores do momento. Há um problema aqui de sobreposição do Supremo Tribunal Federal aos demais poderes, gerando, por conseguinte, uma desestabilização no controle recíproco. Em suas palavras: “Esse desenho institucional coloca claramente o Supremo em posição proeminente como arena do debate público. Nessa perspectiva, se consideramos que este protagonismo e esta liberdade do STF vêm fortalecer o Estado de Direito e o constitucionalismo, também devemos atentar para o fato consequente de que o controle da política pela jurisdição constitucional gera uma fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas a ele direcionadas” (OLIVEIRA; MOURA, 218, p. 488).

conquistada pela renovação de nossa forma de pensar a estrutura mais fundamental do Estado. Retirado o metarrelato, em um momento para além da modernidade, é necessário encarar a relação de poderes como o agir do Estado e a salvaguarda de direitos fundamentais.

As Constituições democráticas são uma realidade intangível. Embora o Estado de direito esteja em movimento constante, seu propósito se encontra na busca pelo estabelecimento constante e progressivo de uma ordem jurídica que entregue os ideais republicanos e liberais que enunciamos há mais de três séculos. Longe de se acreditar em um desenvolvimento meramente normativo, a discussão acerca das liberdades possíveis de serem fruídas é questão central de nosso tempo. E sempre atual é a temática cujo condão é enaltecer a liberdade do indivíduo, um dos primeiros objetivos de um modelo de Estado constitucional democrático que não pode coadunar com nenhuma forma indevida ou ilegal de controle ou interferência demasiada na esfera de atuação individual de seus cidadãos, com exceção das hipóteses que promovam a sua própria condição de agente.

Entre a garantia de direitos enunciados nos documentos normativos e a realidade daquilo que vai além da teoria, o século XXI pode ser o momento de maior aproximação destes dois *lócus*, por hora, um pouco mais distintos do que se anela.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. *In* ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Cheltenham / Northampton, Edward Elgar, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **O Mistério do Mal**. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Editora UFSC, 2015.

AMABILE, Alessandro. **Le Fonti Ellenistiche dell'Almagesto di Tolomeo**. Tesi di Laurea Magistrale – Scuola Politecnica e delle Scienze di Base della Università degli Studi di Napoli “Federico II”, 2018.

ANDERSON, Perry. **As Origens da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011a.

_____, Hannah. A grande tradição. **O que nos faz pensar**: Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 29, p. 273-298, 2011b.

_____. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. 9 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

_____. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BAOFU, Peter. **The Future of Post-Human History**: a preface to a new theory of universality and relativity. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASSI, Franco. **Il Principio Della Separazione Dei Poteri**: evoluzione problematica. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1965.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. São Paulo: Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 1999.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Lua Nova** [online]. 2004, n.61, pp.5-24.

BITTAR, Eduardo. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Contra os Novos Despotismos**. São Paulo: UNESP, 2016.

_____. **Democracia e Segredo**. São Paulo: UNESP, 2015.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4 ed. Brasília: UNB, 1997.

_____, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

_____. **Teoria Geral da Política**. 20 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: UNB, 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **História da Filosofia do Direito e do Estado**: Antiguidade e Idade Média. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la Republica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____; MOTA, Sérgio ricardo (orgs). **Direito, Teorias e Sistemas**. Florianópolis: Insular, 2015.

_____, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2º Ed. São Paulo: Millennium 2007.

CALISSE, Carlo. **Diritto Penale Italiano**: dal secolo VI al XIX. Firenze: G. Barbèra, 1895.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade**: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2008.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O Poder dos Juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 21, n. 45, nov. 2013.

CASTRO, Alexandre. Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: O reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca. *In* JÚNIOR, Arno Dal Ri (et al) (org.). **Iluminismo e Direito Penal**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. 8 ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

COLLIVA, Paolo. Feudalismo. *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: UNB, 1998.

COPERNICUS, Nicholas. **Six Books Concerning the Revolutions of the Heavenly Orbs**. Nuremberg, 1543. Disponível em: <[http://www.geo.utexas.edu/courses/302d/Fall_2011/Full%20text%20-%20Nicholas%20Copernicus,%20De%20Revolutionibus%20\(On%20the%20Revolutions\),%201.pdf](http://www.geo.utexas.edu/courses/302d/Fall_2011/Full%20text%20-%20Nicholas%20Copernicus,%20De%20Revolutionibus%20(On%20the%20Revolutions),%201.pdf)>. Acesso em: 13/11/2019.

CORREIA, Adriano. Trágica, não absurda: sobre a ação na obra de Hannah Arendt. **Princípios**: Revista de Filosofia, Natal, v. 25, n. 48, set.-dez. 2018, pp. 157-170.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DEELY, John. **Four Ages of Understanding**: The First Postmodern Survey of Philosophy from ancient Times to the Turn of the Twenty-first Century. Toronto: University of Toronto Press, 2001.

DUBY, Georges. La Féodalité ? Une mentalité médiévale. **Annales**: Economies, sociétés, civilisations. 13^e année, n. 4, p. 765-771, 1958.

DURÃO, Aylton Barbieri. **Kant: a formação da república**. *Kínesis*, Marília, Vol. VIII, n. 16, p.1-12, jul 2016.

DUTRA, Delamar José Volpato. Democracia e moralidade política na filosofia do direito de Kant: elementos para uma fundamentação do controle de constitucionalidade. **Filosofia Unisinos**, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 151-162, maio/ago 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Como Se Faz uma Tese**. 23 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

_____, **Nos Ombros dos Gigantes**. São Paulo: Record, 2018.

ELIAS, Norbert. **A Sociedade de Corte**: investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. ver. e atual. São Paulo: Verbatim, 2019.

_____; SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Poucas Certezas e Muitas Dúvidas: o direito depois da crise financeira. **Revista Direito GV**, São Paulo 5(2), p. 297-324, jul-dez 2009.

FASSO, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho**. Madrid: Pirámides, 1982 (vol. II: La Edad Moderna)

FERRAJOLI, Luigi. **Democrazia Costituzionale**. Disponível em: <<https://doi.org/10.4000/revus.2291>>. Acesso em: 27/09/2020.

_____. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. rev. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011 (vol. I: Teoría del derecho).

_____. **Principia iuris**: Teoria del diritto e della democrazia. 2ª ed. Roma: Laterza, 2009 (vol. II: Teoria della democrazia).

FERRAZ, Maria Nelida Sampaio. A crise do pensamento: o sujeito na modernidade. **Logos**, UERJ, v. 7, n. 1, pp. 18-21, 2000.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. **O Governo de Si e dos Outros**: curso no Collège de France (1982-1983). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Microfísica do Poder**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

_____. **O que é o iluminismo?** Aula do Collège de France de maio de 1984. Disponível em: <<http://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/iluminismo.pdf>>. Acesso em: 20/03/2020.

_____. **Vigiar e Punir**. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FREITAG, Bárbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *In Caderno CRH*, Salvador: n.22. p.138-163, jan/jun.1995

GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia**: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism 1810-2010**: the engine room of the Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. **La sala de maquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Katz, Madrid, 2015.

GELLNER, Ersnt. **Pós-Modernismo, Razão e Religião**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Sonhos e os Pesadelos da Razão Esclarecida. **Revista Olhar**, ano 04, nº. 7, jan-jun 2003, pp. 09-35.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present and future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 2 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GUALTIERI, Piero. Marzo 1348: la Peste Nera arriva a Firenze. **Storia di Firenze**. Disponível em: <<https://www.storiadifirenze.org/?temademese=la-peste-nera-a-firenze>>. Acesso em: 15/11/2019.

GYDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Alfragide: Dom Quixote, 1990.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo.** São Paulo: Martins Fontes, 2012 (vol. II: sobre a crítica da razão funcionalista)

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist Papers. *In* YALE LAW SCHOOL. **The Avalon Project.** Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp>. Acesso em: 21/06/2020.

HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna.** São Paulo: Edições Loyola, 1993.

HELLER, Henry. The decline of feudalism. *In* **The Birth of Capitalism: a 21st century perspective.** London: Pluto Press, 2011.

HESÍODO. **Teogonia: a origem dos deuses.** São Paulo: Iluminuras, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores)

HOBBS, Eric. **A Era dos Impérios: 1875-1914.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HUME, David. **Ensaio Político.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Essays Moral, Political and Literary.** London: J. B. Bebbington, 1862.

HUNTINGTON, Samuel. **A Terceira Onda: democratização no final do século XX.** Editora Ática, 1994.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Lisboa: Edições 70, 2008.

_____. **Crítica da Razão Pura.** 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Metafísica dos Costumes.** Bauru: EDIPRO, 2003.

KANTOROWICZ, Ernst. **Os Dois Corpos do Rei**: um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELLY, John Maurice. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: WMF, 2000.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Radical Democracy**. London: Verso, 1985.

LATOUR, Bruno. **Non Siamo Mai Stati Moderni**. Milano: Elèuthera, 2009.

LE GALÈS, Patrick. **Quem governa quando o Estado não governa?** Uma abordagem sobre governo e governança nas cidades. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 102, p. 23-36, jul 2015.

LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Bauru: EDUSC, 2005.

_____. **As Raízes Medievais da Europa**. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **O Apogeu da Cidade Medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 1992

LENZ, Sylvia Evel. Jean Bodin: as premissas de um Estado soberano. **Mediações** – Revista de Ciências Sociais, UEL, vol. 9, n. 1, p. 119-134, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. 12 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. *In* FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

MAFFESOLI, Michel. **Note Sulla Postmodernità**. Milano: Lupetti, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. 3 ed. rev. Brasília: UNB, 1994.

MASTROMARTINO, Fabrizio. **Il costituzionalismo garantista di Luigi Ferrajoli tra teoria giuridica e politica del diritto**. Disponível em: <http://www.constituzionalismo.it/articoli/369/>. Acesso em: 28/09/2020.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno**. Bologna: Il Mulino, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. 4 reimpr. São Paulo: Boitempo, 2005.

MELUCCI, Alberto (a cura di). **Fine Della Modernità?** Milano: Guerini, 2002.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

MOZAFFAR, Shaheen e SCHEDLER, Andreas. The Comparative Study of Electoral Governance - Introduction. *In International Political Science Review*, v. 23, n. 1, p. 5-27, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. **Ecce Homo: como alguém se torna o que é**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **O caso Wagner: um problema para músicos**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2016.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para Uma Teoria do Estado e do Direito**. Lisboa: Almedina, 2018.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição Judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em der hüter der verfassung. **Dois pontos**: Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 63-84, dezembro de 2020.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen. Judicialização da Política e Poder Legiferante: a ilegitimidade da interferência do Supremo Tribunal Federal a política nacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos** (versão eletrônica), vol. 23, n. 2, maio-ago 2018.

PÁDUA, Marsílio de. **O Defensor da Paz**. Petrópolis: Vozes, 1997.

PANASIEWICZ, Roberlei. **Pluralismo Religioso Contemporâneo**. São Paulo: Paulinas; Belo Horizonte: PUCMINAS, 2012.

PANSIERI, Flávio. **A Liberdade no Pensamento Ocidental**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Limites à Interpretação Constitucional. *In* **Anais da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira** - em defesa dos direitos fundamentais: pilares da democracia, conquistas da cidadania. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2018 (Vol. 1)

PIANCIOLA, Cesare. Socialismo. *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: UNB, 1998.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

PIKETTY, Thomas. **A Economia da Desigualdade**. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2015.

PINZANI, Alessandro. Republicanismo(s), democracia, poder. **Veritas**, Porto Alegre, v. 52, n. 1, p. 05-14, mar 2007.

PORTO, C. M.; PORTO, M. B. D. S. M. A evolução do pensamento cosmológico e o nascimento da ciência moderna. **Revista Brasileira de Ensino de Física**, v. 30, n. 4, 4601, 2008.

PRICE, D. S. **Science since Babylon**. New Haven: Yale University Press, 1963.

RAMOS, Cesar. Carl Schmitt: a afirmação (existencial) do político na crítica ao liberalismo. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 6/7, p. 173-185, 1996.

RAWLS, John. **Conferência Sobre a História da Filosofia Política**. São Paulo, 2012.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**: filosofia pagã antiga. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2003.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao Leitor sem Medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. São Paulo: Brasiliense, 1984.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. São Paulo: Nova Aguilar, 1994.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As Razões do Iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. **Mal-Estar na Modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental**. São Paulo: Nova Fronteira, 2015 (vol. III).

SALIBA, George. The astronomical tradition of Maragha: a historical survey and prospects for future research. **Arabic Sciences and Philosophy**, Cambridge, vol. I (1991), pp. 67-99

SAMPAR, Rene; FACHIN, Zulmar. **Teoria do Estado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SCHIERA, Pierangelo. **Lo Stato Moderno**: Origini e Degenerazioni. Bologna: Clueb: 2004.

SCHMITT, Carl. **O Conceito de Político / Teoria do Partisan**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

_____, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1996.

SCHINN, Terry. Desencantamento da modernidade e pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e matriz de entrelaçamento. *In Scientiae Studia*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 43-81, 2008.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a ética**. São Paulo: Hedra, 2012.

SEN, Amartya. Justiça, esperança e pobreza. *In* WOLF, Eduardo (org). **Pensar a Filosofia**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SILVESTRI, Gaetano. **La Separazione dei Poteri**. Milano: Giuffrè Editore, 1984.

SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SPADACINI, Lorenzo. **Separazione dei Poteri e Funzione Giurisdizionale: l'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee.** Gussago: Bibliofabbrica, 2012.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. **Scientific Revolution.** 2017 Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/scientific-revolutions/>>. Acesso em: 31/03/2020

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 92, 2012. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0101-33002012000100004>>. Acesso em 19/06/2020.

SUNSTEIN, Cass. Beyond *Marbury*: The Executive's Power To Say What the Law Is. **The Yale Law Journal**, Yale, vol. 115, n. 09 (2006).

TARELLO, Giovanni. O problema penal no século XVIII. In: DAL RI JR., Arno; SONTAG, Ricardo (org.). **História do Direito Penal entre Medieval e Modernidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

THE WORLD BANK. **Governance and Development.** Washington D.C., The World Bank, 1992.

THE WORLD BANK. **The Worldwide Governance Indicators.** Disponível em: <<https://info.worldbank.org/governance/wqi/>>. Acesso em: 20/11/2020.

THORVALDSEN, Steinar. Kepler, Galileo, Newton and the Constructive Ideas of Modern Science. In ØHRSTRØM, Peter (ed). **Time, Reality and Transcendence in Rational Perspective.** Aalborg University Press, 2002.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; CARVALHO, Ernani. Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução. **Revista de Sociologia e Política** (UFPR. Impresso), v. 21, p. 7-11, 2013.

UNIVERSITY OF YORK. **The Black Death: society, economy and gender in England, c. 1348-1420.** Disponível em: <<https://www.york.ac.uk/history/undergraduate/courses/special-subject/his-00052-h/>>. Acesso em: 15/11/2019.

URBINATI, Nadia. **Me The People: how populism transforms democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2019.

_____. O que torna a representação democrática? **Lua Nova**, São Paulo, 67: 191-228, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV São Paulo.** 4(2) | P. 441-464 | jul-dez 2008.

VINOGRADOFF, Paul. Feudalism. **Cambridge Medieval History.** Cambridge: Cambridge University Press, 1924 (vol. 3).

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa: 1789-1799**. São Paulo: UNESP, 2012.

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1968.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005.

ZANONE, Valerio. Laicismo. *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: UNB, 1998.