
POR UMA REINTERPRETAÇÃO ADEQUADA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA MODERNIDADE

Bruno Maia¹

Resumo: O texto a seguir reinterpreta a Teoria da Separação dos Poderes a partir de uma perspectiva discursiva constitucionalmente adequada, que visa criticar e explicitar o porquê não podemos sustentar, na Modernidade, a interpretação positivista clássica, dada pela doutrina constitucional brasileira à teoria em questão, a fim de que, assim, se proceda ao resgate institucional do Direito por meio da praxis jurídica, o que permite concluir que o Direito é um sistema normativo de princípios, e não, de regras, e que os poderes são independentes e harmônicos entre si.

Palavras-Chave: separação, poderes, interpretação, sistema, princípios

Abstract: The following text reinterprets the Theory of Separation of Powers from a constitutionally adequate discursive perspective, which seeks to criticize and explain why we cannot support in Modernity the classical positivist interpretation given by the Brazilian constitutional doctrine to the theory in question, So that institutional redemption of the Law can be proceeded through legal praxis, which allows us to conclude that Law is a normative system of principles, not rules, and that the powers are independent and harmonic to each other.

Keywords: separation, powers, interpretation, system, principles

¹Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais Pela Universidad del Museo Social Argentino, Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Especialista de Direito Civil pela PUC MG, Bacharel em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Advogado.

INTRODUÇÃO

A doutrina clássica do Direito Constitucional no Brasil, ao interpretar a Teoria da Separação dos Poderes vem dando a ela entendimento inadequado no contexto do Estado Democrático de Direito da Modernidade.

Partindo de uma compreensão convencionalista do Direito, a Doutrina Constitucional brasileira está atrelada aos pressupostos da Escola da Exegese. Não havia à época da Revolução Francesa uma preocupação com a legitimidade das decisões judiciais, já que, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário seriam, também, no contexto revolucionário de 1789, harmônicos e independentes entre si.

Os ideais da Escola da Exegese e o problema das “lacunas” como tradicionalmente o conhecemos foram de encontro à Teoria da Separação dos Poderes, que converteu-se em um paradoxo, porque não conseguiu, a partir das premissas positivistas das quais partiu, justificar-se adequadamente.

Entretanto, é possível reinterpretarmos a Teoria da Separação dos Poderes de modo adequado, e no contexto de uma sociedade plural, e complexa na Modernidade. Isto se dá a partir de um resgate institucional do Direito, que pretendemos empreender nas páginas a seguir.

1. CONTEXTO HISTÓRICO E JUS FILOSÓFICO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Segundo José Afonso da Silva, o princípio da separação dos poderes veio a ser definido e divulgado por Montesquieu e tornou-se objetivamente positivado nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, consolidando-se definitivamente na Constituição dos Estados Unidos de 17 de setembro de 1787².

Foi a partir da Revolução Francesa, que o princípio da separação dos poderes converteu-se em um dogma constitucional, a ponto de o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não haveria constituição nas sociedades em que não se assegurasse a

² AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 109.

separação dos poderes, pois ela constitui técnica extremamente relevante para a garantia dos Direitos do Homem³.

De acordo com Arno Wehling, a lei constitui o eixo do pensamento de Montesquieu. Estão elencadas, neste sentido, as leis naturais, relacionadas às necessidades e instintos do homem, e as leis por ele próprio criadas com a finalidade de ordenar as relações sociais. Referidas leis não dizem respeito somente aos condicionamentos aos quais o povo está submetido, mas à existência de vários bens universalmente válidos, e não, à existência de um único bem assim considerado, como defendiam os seguidores do Direito Natural⁴.

Para Montesquieu, a lei, em termos gerais, é a razão humana que governa todos os povos da terra. As leis políticas e civis de cada nação são casos particulares nos quais resta aplicada esta razão⁵.

Montesquieu, é considerado, o “anti Maquiavel” em razão de ter desenvolvido a teoria que suprime o poder político, considerando-se que, embora existam os três poderes políticos ou funções estatais, quem governa não é a oligarquia, o príncipe, a ordem a classe ou casta, mas a lei. Trata-se aqui de uma lei distinta da concepção absolutista. Nesta devia-se obediência pura e simples. Na concepção defendida por Montesquieu, a obediência decorria da liberdade de agir em função da lei⁶.

Montesquieu estabelece duas regras ou critérios que fundamentam a separação de poderes: a) uma negativa, fundamentada na interdição à mesma autoridade de acumular duas funções estatais, e b) uma positiva, por meio da qual a função legislativa, em razão da sua natural complexidade e relevância, era compartilhada pelo rei e por duas câmaras: a alta ou senado, representada pela nobreza e pelo clero; e a baixa, com representação popular. Assim, o absolutismo restava moderado por uma forte reformulação do papel do rei e dos estados reais, numa aproximação ao modelo político germânico, em que o governo era compartilhado pelo rei e pela assembleia, antes que da tradição imperial romana, com olhos voltados ao que ocorria na Inglaterra, com o papel cada vez maior do parlamento no governo⁷.

³ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 109.

⁴ WEHLING, Arno. Montesquieu, barão de. In: Dicionário de filosofia do direito. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 585-588, p. 587.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 16.

⁶ WEHLING. Montesquieu..., cit., p. 587.

⁷ WEHLING. Montesquieu..., cit., p. 587.

A Teoria dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) de Montesquieu, suas definições e separação não pode ser atribuída exclusivamente a ele após os estudos de Eisemann. Os autores iluministas não pregavam àquela época a doutrina da soberania popular, mas recorriam ao Direito Natural a fim de aperfeiçoar a tese de Bodin, que versava sobre a soberania real, considerando-se que a principal ameaça no horizonte – de Montesquieu, inclusive – não era a de uma revolução popular (ou do terceiro Estado), nem mesmo burguesa. Tratava-se da escalada do absolutismo rumo ao despotismo, posteriormente caracterizado como despotismo esclarecido⁸.

Enfim, na obra *O Espírito das Leis*, que reúne o eixo do pensamento de Montesquieu, estão enunciadas as causas físicas e morais que condicionam as leis e a história de cada povo⁹.

1.1 Uma Breve Explicitação Acerca dos Desdobramentos da Escola da Exegese

Segundo Lúcio Antônio Chamon Júnior, antes da Revolução Francesa, não havia teoria nem prática acerca da separação dos três poderes. Ao julgador eram oferecidas diretrizes para que pudesse decidir. O julgador recorria, ao constatar a ausência de uma regra aplicável ao caso concreto, aos questionamentos da ordem divina e aos peritos locais, acerca dos costumes, além de recorrer, também, ao poder decisório de foro íntimo. Somente mais tarde, os julgadores passaram a recorrer ao Direito Romano, e a evocar o processo diante do rei, considerado fonte de todo o Direito, em razão de reunirem-se no juiz e no rei poderes ilimitados¹⁰.

Surge, então, o problema da compreensão das lacunas como hoje é conhecido, isto é, um fruto historicamente relacionado à limitação do Poder Judiciário em face da assunção de uma Teoria dos Três Poderes, que sob a perspectiva do Estado Liberal, justificaria um limite do poder absolutista e monárquico, que consolidou os abusos perpetrados no Antigo Regime. Em um primeiro momento dos ideais revolucionários, e da leitura desses ideais no contexto revolucionário, firma-se a preponderância da lei, e do Poder Legislativo, que reduz o juiz a um instrumento de aplicação da lei¹¹.

⁸ WEHLING. Montesquieu..., cit., p. 587.

⁹ WEHLING. Montesquieu..., cit., p. 588.

¹⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 41.

¹¹ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 42.

A partir da Lei 16-24 de agosto de 1790, instituiu-se na França o *référé législatif*, que convidava os juízes a que se dirigirem ao Corpo Legislativo todas as vezes em que houvesse dúvida acerca da interpretação da lei, isto é, uma solução previamente convencionada na própria lei para a solução de um caso. Enfim, quando o juiz, ao aplicar o Direito, se deparasse com uma lacuna. O recurso ao *référé législatif* significou um grande inconveniente, pelo fato de o Legislativo ditar uma norma com efeitos retroativos e de criar uma confusão entre os poderes – neste caso, em proveitudo Poder Legislativo¹².

Em face da sobrecarga do Poder Legislativo, os autores do “*Code Napoléon*” foram levados a solucionar o problema das lacunas instituindo o artigo 4º que proibia o juiz de recusar-se a julgar o caso diante de uma obscuridade ou insuficiência da lei, responsabilizando-o por denegação de justiça¹³.

A Escola da Exegese apresentava cinco traços característicos, a saber¹⁴:

a) O culto ao texto da lei, o que implica afirmar a identidade entre ela e o Direito Positivo, cabendo aos juízes uma atividade interpretativa, e jamais uma atividade criativa, pois significaria uma usurpação do poder, já que a nação soberana teria investido essa prerrogativa ao Legislativo¹⁵;

b) O predomínio da intenção do legislador sobre a literalidade dos textos legais do Direito Positivo, tendo em vista a multiplicidade de interpretações dos dispositivos legais que poderiam surgir das transformações e necessidades estatais, proibindo-se os juízes de interpretar e aplicar o Direito de modo particular, já que a intenção do legislador estaria traduzida no texto da lei¹⁶;

c) Uma compreensão estatista do Direito, pois havia por parte dos seguidores da Escola da Exegese, a proclamação da onipotência jurídica do Legislativo, significando, neste sentido, a onipotência estatal¹⁷;

d) Uma contradição interna à Escola, entre a crença na onipotência do legislador e à uma noção metafísica do Direito, pois embora fosse o legislador

¹² CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 42.

¹³ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 43.

¹⁴ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 63.

¹⁵ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 63.

¹⁶ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 64.

¹⁷ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 66.

onipotente, haveria, também, um direito divino fundado em princípios absolutos e imutáveis anteriores e superiores ao Direito Positivo¹⁸;

e) O argumento de autoridade atinente às autoridades e predecessores, o que significava um culto generalizado à opinião das autoridades acadêmicas mais antigas, inseridas no movimento da Escola da Exegese¹⁹.

Como visto, uma das constatações a que podemos chegar é que o problema acerca da compreensão clássica da Teoria da Separação dos Poderes definida e divulgada por Montesquieu, e o atinente às lacunas no Direito são problemas correlatos, porque devedores de uma compreensão convencionalista do Direito, isto é, da compreensão do Direito como um sistema de regras, traço característico da Escola da Exegese – uma compreensão que influencia, ainda hoje, o Direito Constitucional brasileiro.

2. A COMPREENSÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A SUA RELAÇÃO COM A ESCOLA DA EXEGESE

O princípio da divisão de poderes constante do artigo 2º da Constituição é um princípio geral do Direito Constitucional. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem, simultaneamente, as funções executiva, legislativa e jurisdicional, além de indicar seus respectivos órgãos, conforme dispõem os artigos 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135 da Constituição²⁰.

Para José Afonso da Silva, o poder é compreendido como um fenômeno sócio-cultural, isto é, um fato característico da vida social. Pertencer a um grupo social significa que ele pode exigir certos atos, uma conduta voltada a determinados fins perseguidos, pois o poder é uma energia que coordena e impõe decisões com a finalidade de atingir a realização de determinados fins²¹.

O Estado, como grupo social que é, tem o seu poder político, que coordena e impõe regras à sociedade civil, visando à mínima manutenção

¹⁸ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 67.

¹⁹ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 68.

²⁰ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 106

²¹ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 106-107.

da ordem, e ao máximo estímulo do progresso voltado à realização do bem comum. É a superioridade desse poder político estatal que caracteriza a sua soberania, e que implica independência, em confronto com os poderes exteriores à sociedade estatal – soberania externa – e supremacia sobre todos os poderes interiores à mesma sociedade – soberania interna. Daí extraem-se as três características do Poder Político, a saber: a) a unidade, b) a indivisibilidade e c) a indelegabilidade²².

Sendo o Estado uma estrutura social, ele é carente de vontade real e própria. Manifesta-se por meio de seus órgãos, que exprimem exclusivamente uma vontade humana. Os órgãos estatais podem ser supremos (Constitucionais), ou dependentes (administrativos). Os órgãos constitucionais exercem o Poder Político, o governo; e os dependentes constituem a Administração Pública. Os órgãos dependentes estão, assim, em uma posição hierárquica inferior. Enquanto os órgãos constitucionais constituem o Direito Constitucional, os órgãos dependentes submetem-se às normas do Direito Administrativo. Isto é o que distingue esses dois ramos do Direito²³.

O governo é o conjunto de órgãos por meio do qual a vontade estatal se formula, se expressa e se realiza. Trata-se do conjunto de órgãos supremos que exerce as funções do Poder Político. O Poder Político uno, indivisível e indelegável desdobra-se em várias funções, a saber: a) a legislativa, b) a executiva, e c) a jurisdicional²⁴.

A função legislativa edita as regras gerais e abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, isto é, as leis. A função executiva não se limita à simples execução das leis. Ela comporta prerrogativas. Essas prerrogativas abarcam todos os atos e fatos jurídicos que não tem caráter geral e impessoal. Por esta razão, a função executiva abrange as funções típicas de governo, as funções políticas co-legislativas e decisórias, e, por fim, a função administrativa cujas missões básicas são a intervenção, o fomento e o serviço público. A função jurisdicional visa à aplicação do Direito aos casos concretos, dirimindo os conflitos de interesse²⁵.

²² AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 107.

²³ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 107.

²⁴ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 108.

²⁵ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 108.

Não se deve confundir a distinção das funções do poder com a divisão ou separação dos poderes, embora estejam necessariamente conectadas. A distinção de funções diz respeito à especialização de tarefas governamentais, considerando-se sua natureza, e desconsiderando-se os órgãos que as exercem. Existem distinções funcionais, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma das funções, quer referidas funções resembradas concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes implica confiar a cada uma das funções do governo (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que levam o nome de cada uma das funções, exceto o Judiciário. Caso as funções sejam exercidas por um único órgão, tem-se a concentração de poderes²⁶.

A divisão de poderes está embasada em dois elementos: a) a especialização funcional, o que significa dizer que cada órgão é especializado para exercer uma função de modo que às assembleias, ao Congresso, à Câmara e ao Parlamento se atribui a função legislativa, ao Executivo, a função executiva e ao Judiciário, a função jurisdicional; e b) a independência orgânica, o que significa dizer que é necessária, além da especialização funcional, a independência correspondente a cada órgão, não havendo meios de subordinação. Trata-se, enfim, da visualização de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder²⁷.

Atualmente, o princípio da separação dos poderes não é compreendido com tanta rigidez como o foi outrora. A ampliação das atividades estatais impôs uma nova visão da teoria da separação dos poderes, e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo, e executivo, e destes com o judiciário. Atualmente, prefere-se falar que há uma *colaboração de poderes*, característica do Parlamentarismo, já que nesse caso, o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados); enquanto no Presidencialismo, houve o desenvolvimento das técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes²⁸.

A Constituição manteve a cláusula “independentes e harmônicos entre si” típica da divisão de poderes no presidencialismo. A independência dos poderes tem triplo significado: a) no sentido de que a investidura e a permanência das pessoas em um dos órgãos do governo não depende da

²⁶ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 108.

²⁷ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 109.

²⁸ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 109.

confiança nem da vontade de outrem; b) no sentido de que, no exercício das atribuições que lhe são próprias, não precisam os titulares consultar outros, nem necessitam da sua autorização e c) que na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas as disposições constitucionais e legais²⁹.

Assim, é que cumpre, por exemplo ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal; e às Câmaras do Congresso compete a elaboração dos seus regimentos internos em que estão consubstanciadas as regras atinentes ao seu funcionamento, sua organização, direção e polícia; ao passo que ao Chefe do Executivo cumpre organizar a Administração Pública, e o estabelecimento dos seus regimentos e regulamentos. Em relação ao Poder Judiciário, sua independência e autonomia pronunciam-se cada vez mais, pois cabe a ele a nomeação de juízes, e a tomada de providências em relação à sua estrutura e funcionamento, até mesmo, em matéria orçamentária, conforme disposto pelos artigos 95, 96 e 99 da Constituição³⁰.

A harmonia entre os três poderes se dá pelas normas de cortesia, no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos tem direito. Entretanto, a divisão de funções entre os órgãos do poder, e sua independência não são absolutas. As interferências que ocorrem estabelecem um sistema de freios e contrapesos a fim de equilibrar a realização do bem comum. O sistema de freios e contrapesos é indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em prejuízo do outro, sobretudo, dos governados³¹.

Cabendo ao Legislativo a edição de normas gerais e impessoais, há um processo para a elaboração normativa em que o Executivo participa, por meio da iniciativa das leis, da sanção e do veto. Entretanto, a iniciativa legislativa correspondente ao Executivo é contrabalançada pela possibilidade que tem o Congresso para modificar o projeto por meio das emendas, ou de rejeitá-lo, inclusive. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de vetar os projetos de lei de iniciativa do Congresso, e de, também, emenda-los. Em compensação, o Congresso pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, pode rejeitar o veto, e recorrendo ao Presidente do Senado, promulgar a lei,

²⁹ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 109-110.

³⁰ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 110.

³¹ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 110.

caso o Presidente da República não o faça no prazo estabelecido pelo artigo 66 da Constituição³².

O Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos a fim de obter a rápida aprovação dos seus projetos, porém pode fixar prazo para sua apreciação nos termos do artigo 64 da Constituição³³.

Os Tribunais não estão autorizados a influir no Legislativo, entretanto podem declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando nesse caso. Do mesmo modo, o Presidente da República não interfere na função jurisdicional, porém os ministros dos Tribunais Superiores são por ele nomeados, cabendo o controle ao Senado Federal, que aprova o nome escolhido nos termos do artigo 52,III, alínea *a* da Constituição³⁴.

Há entretanto, “exceções” ao Princípio da Separação dos Poderes delineadas pelos artigos 54 e 62 da Constituição que versam, respectivamente, sobre as incompatibilidades, a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República e a autorização de delegação das atribuições legislativas ao Presidente da República³⁵.

Embora respeitemos as considerações de José Afonso da Silva, acerca do Princípio da Separação dos Poderes, não podemos com elas concordar. Em primeiro lugar, porque partem de premissas convencionalistas que compreendem o Direito como um sistema de regras fundado no binômio regra/exceção. Em segundo lugar, porque referidas considerações estão assentadas na ideia de que há fins que devem ser alcançados pela norma, e que revelariam a “vontade do legislador”, consolidando a onipotência do Legislativo, isto é, do Estado, em detrimento dos demais poderes (funções).

Uma vez voltados à consecução do “bem comum”, estariam referidos fins normativos definidos *a priori* pelo legislador. Enfim, não podemos concordar com a premissa de que há um *ethos compartilhado*, e que eledetermina os projetos de vida de todos os cidadãos. Esta é uma concepção que permeou a Escola da Exegese, excessivamente apegada ao Positivismo, e que, de acordo com a doutrina constitucional brasileira clássica, por aqui

³² AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 110.

³³ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 111.

³⁴ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 111.

³⁵ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 111.112.

insiste – mas não deve permanecer – pois compromete a legitimidade do Direito e da Democracia.

A partir do momento que compreendemos o Direito como uma comunidade de princípios idealmente coerente, no sentido de Ronald Dworkin³⁶, isto é, a partir do momento que compreendemos o Direito como integridade, e não, como um sistema convencionado de regras, ao gosto do Positivismo Jurídico exacerbado, típico da Escola da Exegese – à qual se filia José Afonso da Silva – podemos dar à Teoria da Separação dos Poderes uma interpretação constitucionalmente adequada.

3. POR UMA REINTERPRETAÇÃO CRÍTICO-DISCURSIVA ACERCA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Quando assumimos com Habermas uma perspectiva discursiva do Direito, os direitos de participação política dos cidadãos são institucionalmente publicizados, culminando no processo de produção legislativa. Referidos direitos se efetivam em uma dimensão comunicativa orientada pelo princípio do discurso em um duplo aspecto: o princípio do discurso tem um sentido cognitivo, a partir do qual podemos filtrar toda sorte de argumentos, que tenham a seu favor, a presunção de uma aceitabilidade racional³⁷.

Isto quer dizer que o procedimento democrático, assentado no princípio do discurso fundamenta legitimamente do Direito. Em contrapartida, o caráter discursivo de formação da autonomia privada institucionalmente publicizada, tem um sentido prático orientado ao entendimento das relações intersubjetivas, que restam assim, despidas da violência – o que desencadeia a força da liberdade comunicativa produzida intersubjetivamente. Assim, estão entrelaçadas a produção discursiva do Direito e o poder comunicativo. É na ação comunicativa que as razões intersubjetivas são problematizadas publicamente pelos cidadãos acerca das suas compreensões do Mundo da Vida, que constituem-se, também, em motivos³⁸.

³⁶DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271 et seq.

³⁷HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6 ed. Trad. Manuel Giménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 218.

³⁸HABERMAS. Facticidad..., cit., p. 218.

O Direito é um sistema funcionalmente diferenciado voltado à estabilização das expectativas de comportamento³⁹. Como a operação característica do sistema do Direito é a comunicação mediada pela linguagem⁴⁰, ele se compõe de todas as comunicações sociais cuja formulação se relacione com o Direito. Trata-se aqui de uma compreensão sistemática do Direito em um sentido lato. Há, também, um sentido estrito que parte da premissa de que é a partir das operações comunicativas próprias do Direito, que ele pode se auto reproduzir, considerando-se a delegação de competências orientadas aos poderes estatais, a saber: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁴¹.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a legislação é considerada a função central. Nela, além dos partidos políticos e dos eleitores, a aplicação do Direito é levada a efeito indiretamente pelos tribunais⁴². A Teoria do Direito leva em consideração as ordens jurídicas em concreto. Tomam-se os dados a partir do direito vigente, dos precedentes, da dogmática jurídica, e da atividade legislativa a partir de uma perspectiva histórica, que resgata, racionalmente a praxis jurídica⁴³.

A Teoria do Direito abrange o legislador, a jurisprudência e todos os subsistemas sociais voltados, reflexivamente, à produção do Direito. A tensão entre a facticidade e a validade do Direito manifesta-se na jurisprudência, como a tensão estabelecida entre a “segurança jurídica” e a correção normativa das decisões⁴⁴.

É a partir da Teoria Discursiva (filosófica) do Direito que podemos compreender e justificar, principiologicamente, uma sociedade bem ordenada, em que o ideal e o real são subjacentes. As decisões do Judiciário devem ser consistentes e racionalmente aceitáveis⁴⁵. Significa dizer que

³⁹ Quer dizer que o Direito orienta-se comunicativamente obedecendo ao seu código binário lícito/ilícito. Assim como o Direito, os outros sistemas sociais tem seus respectivos códigos binários. A Política obedece ao código conveniência/inconveniência. A Religião obedece ao código sagrado/profano. A Economia obedece ao código binário lucro/prejuízo. Para maior aprofundamento acerca da codificação binária, conferir LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2 ed. Ciudad de México: HERDER, 2005, p. 223 et seq.

⁴⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito da alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3 ed. rev. e com estudo comemorativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 89 et seq.

⁴¹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 264

⁴² HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 265.

⁴³ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 265.

⁴⁴ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 266.

⁴⁵ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 267.

os provimentos emitidos pelo Poder Judiciário decorrem da tensão argumentativa produzida pelos concidadãos por eles afetados. Enfim, os provimentos jurisdicionais emitidos são produzidos a partir do consenso dos cidadãos livres e iguais.

A atividade do Judiciário é produto de toda a praxis jurídica anterior. Esta história institucional do Direito é o pano de fundo de uma decisão tomada no presente. A positividade do Direito é um reflexo do seu caráter contingente, da sua imprevisibilidade. Em contrapartida, a pretensão da sua legitimidade exige um constante resgate institucional do Direito a fim de que os membros da comunidade jurídica possam reconhecer nas decisões, a racionalidade do Direito, que se volta ao passado no presente, para abrir-se em perspectiva, ao futuro. Isto é possível a partir do resgate dos princípios que norteiam a praxis jurídica. O problema relacionado às decisões judiciais refere-se a como aplicar-se um direito contingente de modo consistente, e, ao mesmo tempo, assegurar a correção normativa e a segurança jurídica⁴⁶. Significa dizer que contingência e segurança são, em si, um paradoxo.

A Hermenêutica colocou em xeque a subsunção dos fatos aos acordos previamente pactuados pelos membros de uma comunidade jurídica. Há um deslocamento da questão interpretativa dos dispositivos legais, na medida em que o sentido dos mesmos não é dado aprioristicamente. O sentido normativo de um texto legal é carente de sentido, isto é, carente de interpretação. A interpretação em questão desenvolve-se a partir de um raciocínio circular⁴⁷, isto é, a construção da norma jurídica tem como ponto de partida o próprio caso concreto.

Habermas afirma que a partir da compreensão do Direito como integridade, Dworkin caracteriza uma comunidade jurídico-política ideal, na medida em que seus membros se reconhecem como titulares de iguais liberdades fundamentais⁴⁸. Sob a perspectiva do Direito como integridade, o juiz procede a uma reconstrução racional do Direito vigente, pois toma em consideração a Constituição e toda a praxis jurídica co-implicada aos concidadãos⁴⁹.

Habermas, entretanto, tece críticas à proposta monológica de Dworkin

⁴⁶ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 268.

⁴⁷ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 268-269.

⁴⁸ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 285.

⁴⁹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 293.

e do “Juiz Hercules⁵⁰” no sentido de que o Direito não deve ser compreendido como um meio de integração social – um meio que permite manter a auto compreensão de uma comunidade solidária, ainda que ela seja um ideal, razão pela qual “Hercules” deveria ter se liberado de sua construção monológica em termos teóricos. Afinal, as relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco de iguais liberdades fundamentais dos concidadãos no Mundo da Vida se estabelecem mediante a ação comunicativa, isto é, pela dimensão normativa da linguagem, já que nas sociedades complexas, a generalização dessas relações é levada a efeito em termos abstratos por meio do Direito.⁵¹ Trata-se por conseguinte, do reconhecimento dos princípios como normas jurídicas, por meio dos quais os concidadãos livres e iguais exercem comunicativamente, suas liberdades fundamentais.

Os princípios procedimentais que asseguram a legitimidade das decisões judiciais são fundamentados desde uma perspectiva interna ao Direito. Não basta o recurso às regulamentações do direito processual. É imprescindível que o conteúdo do Direito seja interpretado objetivamente. A reconstrução da praxis jurídica se procede em termos de uma Teoria do Direito, e não em termos dogmáticos⁵².

A perspectiva dogmática, aliás, foi o que pretendeu sustentar a Escola da Exegese e, ainda hoje, sustenta José Afonso da Silva, ao considerar o princípio da separação dos poderes como um dogma, em termos meramente funcionais. Este posicionamento doutrinário permite ao juiz que, no caso de insuficiência ou obscuridade da lei, decida o caso por meio de argumentos meta jurídicos – o que provoca uma corrupção sistêmica.

Pode-se dizer que a Escola da Exegese representou um paradoxo, na medida em que foi de encontro aos seus pressupostos. Ao tentar explicitar a separação dos poderes harmônicos e independentes entre si, a Escola da Exegese provocou uma confusão entre eles de modo que uns se sobrepusessem aos outros nas situações de contingência, em que não se podia alcançar a segurança jurídica das decisões judiciais.

⁵⁰ Trata-se de uma metáfora à qual recorre Dworkin para explicar que ao decidir um caso concreto, o juiz deve empreender um esforço hermenêutico, desvelando o Direito (a praxis jurídica) à sua melhor luz, isto é, da forma mais adequada possível.

⁵¹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 294.

⁵² HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 296.

A perspectiva da Teoria do Discurso é intersubjetiva no que se refere às compreensões reflexivamente problematizadas acerca do Mundo da Vida mediante a ação comunicativa. Quando tentamos convencer-nos uns aos outros de algo, somos intuitivamente orientados a uma prática em que se parte da premissa da situação ideal de fala, livre de quaisquer coerções. Nessa situação ideal de fala, os interlocutores fazem interferências sobre as problematizações que se referem às pretensões de validade do Direito – e o fazem a partir de razões. Como a argumentação orienta-se ao entendimento, do consenso, extrai-se a força do melhor argumento – considerado válido e legítimo, que fundamentará a norma jurídica, e estabilizará as expectativas de comportamento dos concidadãos por ela afetados⁵³, isto é, os provimentos judiciais. Sob tal perspectiva, o juiz não é mero instrumento de aplicação da lei, como defendido pela Escola da Exegese e pela doutrina clássica do Direito Constitucional brasileiro.

Há uma distinção entre os discursos de fundamentação e aplicação do Direito. O discurso de fundamentação é aberto a toda sorte de argumentos, sejam éticos, morais, pragmatistas etc. Já o discurso de aplicação, em que se pauta uma decisão correta, funda-se no cumprimento de condições comunicativas procedimentais, que possibilitam a imparcialidade da decisão⁵⁴.

Todo procedimento orienta-se ao entendimento do qual extrai-se o consenso⁵⁵. O consenso não é tomado aqui como sinônimo de maioria, mas no sentido de que os concidadãos afetados por uma norma jurídica, por eles construída, tem a possibilidade de tornar públicas, sob o aspecto intersubjetivo (reflexivo), suas perspectivas de vida institucionalmente – isto é, no processo de produção e de aplicação do Direito. O Princípio do discurso resulta de uma especificação dos princípios da Moral e do princípio democrático, já que referido princípio respeita as diversas espécies de normas de ação⁵⁶.

O sistema dos direitos, que assegura aos concidadãos o exercício das suas autonomias pública e privada co-dependentes e complementares é interpretado a partir de uma perspectiva procedimental democrática. – o que permite que o direito seja imparcial quando aplicado. Os discursos jurídicos, além de serem produzidos reflexivamente, são, também,

⁵³ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 299-300.

⁵⁴ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 302.

⁵⁵ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 305.

⁵⁶ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 306.

institucionalizados. Assim, não se pode compreender que os discursos jurídicos sejam casos particulares da argumentação moral⁵⁷, já que não é possível sustentarmos nas sociedades modernas, plurais e complexas um *ethos compartilhado*.

Os discursos jurídicos se referem às normas jurídicas, e estão inseridos no sistema jurídico juntamente com as formas que lhes são próprias⁵⁸. A tensão entre a positividade e a legitimidade do Direito é resolvida em termos discursivos – o que assegura a correção normativa das decisões. Sob tal enfoque, a sentença é a regra particular do caso concreto⁵⁹.

As disposições procedimentais não regulam as razões que se devam considerar admissíveis, nem regulam a marcha da argumentação. Referidas disposições asseguram os âmbitos de desenvolvimento dos discursos jurídicos, que somente a partir dos seu resultado, são convertidos em procedimento, tendo em vista que o resultado pode significar a necessidade de se examinarem os tribunais superiores⁶⁰. A unilateralidade do Direito chama a atenção para o fato de que os tribunais superiores, dentre eles o Tribunal Supremo, deve decidir cada caso concreto mantendo a coerência de todo o Direito⁶¹.

Sendo o Direito um sistema funcionalmente diferenciado, e orientado por seu próprio código binário, e considerando-se os discursos jurídicos de fundamentação e aplicação do Direito como autônomos e complementares entre si, ao aplicar o Direito, o juiz não deve inserir no discurso de aplicação, a sua perspectiva pessoal sobre o caso concreto, impondo-a a outrem. Se assim agir, haverá a corrupção do Direito por outros subsistemas sociais que se orientam por meio de um código binário diverso do que se refere ao Direito, provocando uma confusão entre os Poderes (funções). Neste caso, em proveito do Judiciário, que se converteria em Legislativo.

Sob a perspectiva da Teoria do discurso de Habermas, para cuja compreensão, o aporte oferecido pela Teoria dos Sistemas de Luhmann é imprescindível, podemos reconstruir a interpretação de José Afonso da Silva à Teoria da Separação dos Poderes, no sentido de que cabe ao Legislativo

⁵⁷ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 306.

⁵⁸ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 306.

⁵⁹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 307.

⁶⁰ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 308-309.

⁶¹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 309.

elaborar leis gerais e impessoais; ao Executivo não cabe interferir no Legislativo para obter maior celeridade nos seus projetos, e ao Judiciário não cabe influir no Legislativo, embora aquele possa julgar a inconstitucionalidade das leis. Ao Executivo, não cabe interferir nas atividades do Judiciário, embora os ministros dos tribunais superiores sejam por ele nomeados, cabendo o controle ao Senado Federal, que aprova o nome escolhido.

Trata-se, assim, de compreendermos os Poderes como independentes e harmônicos entre si. Afinal, o Direito e a Política são sistemas funcionalmente diferenciados, mas que se irritam – o que permite o acoplamento estrutural⁶² entre eles, consolidado na Constituição da República de 1988.

Entretanto, uma reinterpretação da Teoria (ou do princípio) da Separação dos Poderes só pode ser compreendida adequadamente em termos discursivos, a partir do momento que reconhecemos não haver supremacia de um Poder (função) em detrimento de outro. Isto, porque o Poder discursivamente compreendido não é, como defendia o Positivismo exacerbado da Escola da Exegese, a legitimação da violência. O Poder, é, em termos discursivos, fundamentado na ação comunicativa reconhecida aos concidadãos, titulares de iguais liberdades fundamentais, que integram a sociedade civil – esta sim, autora e destinatária do Direito que deve ser institucionalmente resgatado pela praxis jurídica.

CONCLUSÃO

Montesquieu, é considerado, o “anti Maquiavel” em razão de ter desenvolvido a teoria que suprime o poder político, considerando-se que, embora existam os três poderes políticos ou funções estatais, quem governa não é a oligarquia, o príncipe, a ordem a classe ou casta, mas a lei da qual decorre, não uma obediência cega, mas a liberdade de agir.

Sob a perspectiva da Teoria do discurso de Habermas, para cuja compreensão, o aporte oferecido pela Teoria dos Sistemas de Luhmann é imprescindível, podemos reconstruir a interpretação de José Afonso da Silva

⁶² Quer dizer que o Direito e a Política estão enclausurados em si mesmos e se retroalimentam comunicativamente, a partir de suas próprias operações recursivas, numa relação que se dá entre sistema e ambiente. Isto não significa que o Direito e a Política desobedeçam aos seus respectivos códigos binários, caso contrário, haveria uma corrupção do Direito pela Política ou da Política pelo Direito. LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 128et seq.

à Teoria da Separação dos Poderes, no sentido de compreendê-los como independentes e harmônicos entre si. Afinal, o Direito e a Política são sistemas funcionalmente diferenciados, mas que se irritam – o que permite o acoplamento estrutural entre eles, consolidado na Constituição da República de 1988.

Entretanto, uma reinterpretação da Teoria (ou do princípio) da Separação dos Poderes só pode ser compreendida adequadamente em termos discursivos, a partir do momento que reconhecemos não haver supremacia de um Poder (função) em detrimento de outro. Isto, porque o Poder discursivamente compreendido não é, como defendia o Positivismo exacerbado da Escola da Exegese, a legitimação da violência. O Poder, é, em termos discursivos, fundamentado na ação comunicativa reconhecida aos concidadãos, titulares de iguais liberdades fundamentais, que integram a sociedade civil – esta sim, autora e destinatária do Direito que deve ser institucionalmente resgatado pela praxis jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Filosofia do direito da alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3 ed. rev. e com estudo comemorativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6 ed. Trad. Manuel Giménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2 ed. Ciudad de México: HERDER, 2005.
- _____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WEHLING, Arno. Montesquieu, barão de. In: *Dicionário de filosofia do direito*. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 585-588.