

A separação dos poderes, as concepções mecanicistas e normativas das Constituições e seus métodos interpretativos

Marcus Vinicius Fernandes Andrade da Silva*

Sumário:I-Introdução ; II-Separação dos poderes,1.A Separação dos Poderes de Montesquieu ,2.A Separação dos Poderes através da Concepção Kelseniana, 3.A Separação em Específico para Kelsen; III- O Modelo Mecanicista e o Modelo Normativo de Constituição , III. I Modelo Mecanicista , 1.A busca de garantias internas , 2. Método de análise , III. II. Modelo Normativo ,1.Como modelo de eficácia,2.Método de análise e de interpretação,III. III. De Um Modelo A Outro,1. Da mecânica à norma ,2.A volta da concepção mecanicista, 3.Como métodos de análises ;IV. Métodos de Interpretação Constitucional,1.Método Tópico ,2.Método Racionalista de Concretização ,3.Método Concretista de Inspiração Tópica ; V.A Organização dos Poderes na Constituição Brasileira ; VI-Conclusão; Bibliografia

I. Introdução

O tema a ser abordado surge de uma proposta de estudo e pesquisa do artigo do Professor da Universidade de Paris X-Nanterre Michel Troper sob o tema: "A Máquina e a Norma. Dois Modelos de Constituição". Tema este, que depois de estudado, fora exposto como seminário à turma de Teoria Geral do Direito.

Assim, a monografia apresenta com enfoque principal a Separação de Poderes de Montesquieu aliado ao artigo mencionado do Professor Michel Troper.

No desenvolvimento do presente trabalho científico serão postos em discussão conceitos e idéias de sistemas de alguns cientista do direito, filósofos e jurisfilósofos. É retratado o pensamento de Kelsen sobre a separação dos poderes de Montesquieu. Aristóteles, que também começar enxergar uma separação dos poderes desde as polis gregas. O Troper que questiona, como os outros, a eficácia da sistematização da separação dos poderes diante dois modelos de constituição, com enfoque no sistema francês e os sistemas abertos e fechados de constituição.

Inicia-se a monografia discutindo e expondo a Separação de Poderes de Montesquieu, passando em seguida, pelo ponto de vista de Hans Kelsen, o qual indaga a democracia tão pregada no sistema.

Falado o conceito, é buscado pelo Professor Michel Troper apresentar o Modelo Mecanicista e o Modelo Normativo de Constituição, indagando seus métodos de análises, interpretação e eficácia. E ainda uma possível sistematização conjunta destes dois modelos.

Em seguida serão apresentados alguns modelos de interpretação constitucional, ou seja, o Método dos Tópicos do Professor Theodor Viehweg, o Método Racionalista de Concretização do Professor Friedrich Muller da Universidade de Heidelberg na Alemanha e ainda uma possível fusão dos métodos concretista e tópico em busca da racionalização da norma.

Por fim, é exposto e discutido o modelo de organização e separação dos poderes adotados no Brasil, através dos enunciados normativos dado pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, seus métodos e atribuições dada ao Legislativo, Executivo e Judiciário.

O presente trabalho monográfico é apresentado pelo método científico de "Monografia de Compilação", isto é, serão expostos pensamentos de vários autores que escreveram sobre o tema abordado. Sendo ousado em alguns momentos, comentários e posicionamentos achados pertinentes dentro da limitação científica do autor desta.

II. Separação de Poderes

1. A Separação dos Poderes de Montesquieu

Boa parte dos cientistas jurídicos e juristas acreditam que a famosa teoria da 'separação de poderes' de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo com intuito de preservar a liberdade dos indivíduos, nos dizeres do próprio Montesquieu "quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente⁽¹⁾".

A proposta da separação dos poderes tinha duas bases fundamentais, inicialmente à proteção da **liberdade individual** e de outro lado aumentar a **eficiência** do Estado, haja vista uma melhor divisão de atribuições e competências tornando cada órgão especializado em determinada função. Todo este ideal que fora resistido de início teve como objetivo à época diminuir o absolutismo dos governos.

Muito bem lembrado pelo Professor Dalmo Dallari, em sua obra *Teoria Geral do Estado*, que muitos autores acharam por bem definir a teoria de Montesquieu como divisão dos poderes, e não separação dos poderes como é intitulada. A temática de cunho terminológico reflete apenas na soberania do Estado, ou seja, em sua unicidade, haja vista o termo separação ser muito forte para uma função apenas distributiva de função.

Esta problemática da terminologia reflete às vezes na questão de delimitar a função social do Estado perante a sociedade. Torna-se importante repetir que era entendido que a função de diminuir a concentração do poder resulta numa maior liberdade individual, logo seria diminuída a possibilidade de um regime ditatorial. Além de que, a eterna busca de uma maior eficiência do Estado para com seu funcionamento se daria melhor com uma menor concentração de poder.

Aristóteles já se preocupava com a concentração de poderes na mão de um só, este considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder,

havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência⁽²⁾. Porém, a justificativa para a separação dos poderes não foi buscada em Aristóteles, esta vem sendo ainda construída e questionada junto com a própria evolução do Estado e seus conflitos.

Através da obra "Defensor Pacis" de Marcílio de Pádua em 1324, inicia-se questionar e diferenciar o poder executivo e o legislativo, onde houve um ensaio de se definir o que seria soberania popular. Maquiavel ao escrever "O Príncipe", já identificava a figura de três poderes na França, o legislativo (parlamento), o executivo (rei) e um judiciário independente. O Professor Dalmo Dallari comenta que:

"É curioso notar que MAQUIAVEL louva essa organização porque dava segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas" (3)

Doutrinariamente a primeira vez que surge a separação dos poderes é através de LOCKE, tomando como parâmetro obviamente o Estado Inglês do Séc. XVII. Este identificava quatro funções e dois órgãos do poder, de praxe a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei. Entretanto, a função exercida pelo rei acumulava uma função federativa, a tratar de questões de segurança, como guerra e paz e de ligas e alianças. Uma outra função empregada ao rei era na definição de LOCKE, a qual dizia: "o poder de fazer o bem público sem subordinar a regras". Apesar disso, o próprio LOCKE admitia que pela imprecisão do termo 'bem público', dava margens a certas condutas absolutistas.

Somente em 1748 a teoria da separação dos poderes ganha maior configuração através da obra de MONTESQUIEU "*De L'Esprit des Lois*". A teoria apresentava a figura dos três poderes, o legislativo, o executivo e o judiciário exercendo seus papéis harmonicamente e independentes entre si, separação esta que hoje é prevista em quase totalidade das constituições.

Para Montesquieu cada poder apresentava suas funções intrínsecas e inconfundíveis, admitindo ainda que estas funções fossem confiadas a um só órgão, porém sendo ideal que o Estado separasse os três órgãos, cada qual com sua função determinada.

O que fora sempre considerado a lacuna da teoria de Montesquieu, era a indicação das atribuições dos poderes. Sobre a situação o Prof. Dallari assevera que: "Com efeito, ao lado do poder legislativo coloca um poder executivo 'das coisas que dependem do direito das gentes' e outro poder executivo 'das coisas que dependem do direito civil'. Entretanto, ao explicar com mais minúcias as atribuições deste último, diz por lê o Estado 'pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos'. E acrescenta: 'chamaremos a este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado'" (4).

Montesquieu já sob influência do liberalismo, limita a atuação do Estado, ou seja, a intervenção, apenas o poder de julgar e punir. Restando apenas ao executivo a possibilidade de punir aqueles que não cumprissem as leis elaboradas pelo legislativo. O que deixava o fator eficiência em segundo plano sob um argumento de focar certa liberdade individual.

A atitude de separar os poderes é vista como uma maneira de reduzir o poder do Estado, ainda mais focado com as prescrições das constituições que pregariam a ausência de democracia caso não existisse a separação dos poderes. Esta separação é vista em alguns momentos históricos com a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, porém o maior enfoque se dá através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789 através de seu artigo 16.

A separação dos poderes é manifestada a partir de então em todos os movimentos constitucionalista. Como exemplo a ser citado por James Madison em sua obra "O Federalista", ao comentar a Constituição norte-americana, defendeu que:

"A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria tirania" (5).

Interessante citar que a separação dos poderes é manifestada na Constituição dos Estados Unidos, que com intuito de não permitir interferências recíprocas nem a transferência ou delegação de poderes, dividiu as atribuições dos três poderes através de artigos, ficando o artigo 1º sendo exclusivo ao legislativo, o artigo 2º ao executivo e o artigo 3º as atribuições do poder judiciário.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu passa a ser vista no meio daqueles que procuravam a democracia através de seus ditames constitucionais como **sistema de freios e contrapesos**. Este sistema admitia que o Estado praticasse dois tipos de atos, os gerais e os especiais.

Os atos gerais seriam aqueles praticados pelo poder legislativo ao emitir suas regras gerais e abstratas, sendo estas sem um alvo específico nem tempo determinado. Desta maneira, entendia-se que não haveria possibilidade deste poder cometer abusos praticando atos diretos a influenciar a vida social, ou ainda privilegiar certas pessoas ou grupos específicos.

Os atos especiais só teriam sua existência passada a fase de formulação do ato geral, o qual seria encargo do legislativo, com já mencionado. Aqueles, os especiais, eram aplicados através do poder executivo, atos estes totalmente limitados pelo legislativo, não admitindo-se um mínimo de discricionariedade.

Para um controle destes limites, ou seja, dos atos gerais que competem ao legislativo e dos atos especiais que competem ao executivo, surge o poder com função fiscalizadora, o poder judiciário, o qual obrigaria cada qual permanecer dentro de seus limites e esferas de competências. De tal maneira ganha corpo a configuração da tripartição dos poderes.

A principal crítica feita a teoria da separação dos poderes é que esta seria totalmente formalista e nada prática. Há de se entender que apesar da tentativa de tripartição, sempre um órgão acabava penetrando a esfera do outro, ou ainda um poder querendo ser superior a outro permanecendo assim apenas um cenário de separação.

Os principais argumentos de sustentação da teoria, que seria a segurança do indivíduo e a democracia do Estado não eram efetivos. O liberalismo, como ainda hoje, sempre privilegiou grupos específicos da sociedade, ou seja, ao tempo que tomando por base a idéia de uma democracia e uma liberdade individual o poder do estado era enfraquecido, sua intervenção diminuída aumentando por conseqüência as desigualdades entre a população. Tratar os desiguais igualmente não seria tão aceito para aqueles que pensavam numa igualdade.

Através da obra de Dallari, posiciona-se Loewenstein da seguinte maneira:

"Desde o século XVIII se pratica o parlamentarismo, que não aplica o princípio da separação de poderes (...) não passa mesmo de uma simples separação de funções. E a isso se pode acrescentar que há muito exemplos de maior respeito à liberdade e à democracia em estados parlamentaristas do que em outros que consagram a separação de poderes" (6).

Além das críticas acima mencionadas sobre a teoria da separação de Montesquieu, há ainda que ser relevado o momento histórico da época. A intenção naquele momento sob influência de idéias iluministas e do liberalismo era diminuir a atuação do Estado. No entanto, entende-se que a liberdade almejada por determinados grupos foram além do que devia, sendo então necessário um retorno da atuação do Estado nas áreas tradicionais, o que conseqüentemente levou a uma necessidade de leis mais técnicas e em maior número para suprir a ineficácia da teoria da separação.

Interessante posicionamento do Professor Dalmo Dallari ao comentar a situação ocasionada pela ineficácia da tripartição:

"O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes" (7)

As críticas ocorrem em inúmeros aspectos com relação à "teoria da separação dos poderes", entretanto, esta sempre foi aliado ao ideal de democracia e da liberdade individual. Torna-se uma difícil tarefa criticar e querer derrubar esta teoria com tais pilares. Assim, ao invés de tentar derrubar a teoria torna-se mais prudente manter esta e procurar meios que a tornem eficientes.

Algumas das tentativas de aprimorar a teoria diante sua eficácia foram a **Delegação de Poderes** e a **Transferência Constitucional de Competências**.

Em relação à Delegação de Poderes, sua implantação sistemática de início fora vista com certo receio e resistência, entretanto esta aos poucos foi sendo absorvida pelas Constituições, há, entretanto limites para esta, dentre eles que o objeto da delegação seja totalmente delimitado, sendo também delimitado quanto ao tempo desta delegação.

Quanto à Transferência Constitucional de Competências, esta é mais resistida até os dias atuais. A teoria de freios e contrapesos cai por terra, pois as reformas e as promulgações de novas constituições vão de encontro a teoria da separação. Estas transferências visam aumentar as competências do executivo mantendo os órgãos do legislativo, porém diminuída sua participação no Estado. Muito comum por sinal, hoje em dias estas técnicas no Sistema Nacional Brasileiro, onde a troca de interesses e cargos é manifesta ficando estabelecida uma democracia totalmente utópica.

A eterna temática volta novamente, a separação como um cenário existe o argumento de uma democracia e liberdade individual faz parte, entretanto estes deixam o plano da eficácia a desejar. O visto como já dito é um eterno jogo de poderes. Aliar a democracia da tradicional separação de poderes e a eficiência do sistema como um todo é a questão.

1. A Separação dos Poderes através da Concepção Kelseniana

Como já afirmado, Platão já enxergava certa separação de poderes nas antigas polis gregas. A divisão nas funções era dada através daqueles que deveriam proteger, governar, produzir e comercializar bens da cidade. A Teoria de Montesquieu,

como visto, é analisada através de sua obra O Espírito das Leis no capítulo que trata da Constituição Inglesa.

Kelsen antes de adentrar na teoria da separação de Montesquieu procurou definir o Estado como um puro fenômeno jurídico, ou seja, este seria visto como uma pessoa jurídica, uma corporação. A corporação, por sua vez, seria definida através de um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade.

Assim, uma corporação no entendimento de Kelsen, é considerada uma pessoa, pois para esta é estipulado direitos e deveres jurídicos que dizem respeito ao interesse dos membros da corporação que:

"Uma corporação, continua o autor, é considerada uma pessoa porque nela a ordem jurídica estipula certos direitos e deveres jurídicos que dizem respeito aos interesses dos membros da corporação, mas que não parecem ser direitos e deveres dos membros e são, portanto, interpretados como direitos e deveres da própria corporação. Tais direitos e deveres são, em particular, criados por atos dos órgãos da corporação" ⁽⁸⁾.

Sendo que a corporação "Estado" possui uma ordem normativa. Este é sistematizado por uma ordem jurídico nacional.

Através de uma Concepção Sociológica de Estado, Kelsen define ainda que este seria uma 'sociedade politicamente organizada'. Surgindo o caráter político de sua organização, ordem e poder coercitivo. Assim explicaria o fato do Estado ser uma organização, pois este monopoliza e regularia o uso da força.

Quanto ao poder individual, no entender do Professor Luis Carlos Martins Alves Jr. comentando Kelsen: "É manifestado pela capacidade de um indivíduo em induzir as condutas que lhe são desejadas de outros indivíduos" ⁽⁹⁾. Sendo necessária uma regulamentação da conduta humana dentro de uma ordem normativa, o que conseqüentemente refletiria numa autoridade e numa relação hierárquica de um superior e outro inferior.

A imposição de poder só seria possível através de uma 'organização social', assim este poder do Estado se organiza pelo Direito. Sendo necessário entender que ao se falar em Poder do Estado, não se deve ter apenas em mente o Poder Coercitivo, mas sim um poder organizado, o qual através de seus comandos e instrumentos jurídicos concretizam aquilo que está positivado, destinado a uma organização social.

Para Kelsen este Poder Político é manifestado no fato de as normas que regulam os usos desses instrumentos se tornariam eficazes, por conseguinte, o poder político é a eficácia da ordem jurídica.

2. A Separação em Específico para Kelsen

Kelsen em sua obra Teoria Geral do Direito e do Estado não aceitava a separação dos poderes prontamente. Um aspecto que não era bem visto desta teoria era a criação do direito por um só órgão e a execução por outro, este defendia que:

"... é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão vem cumprir simultaneamente ambas funções"⁽¹⁰⁾.

Para Kelsen o princípio da divisão dos poderes não refletiria numa democracia, pois para se ter uma democracia todo o poder deveria estar concentrado na mão do povo, se não fosse possível, estes seriam representados por um colegiado que seria eleito diretamente entre si, figurando assim o órgão legislativo.

Assim, com base neste entendimento a democracia existiria através do órgão legislativo, o qual, com intuito de ter suas normas executadas teriam um controle sobre os órgãos administrativos e judiciários.

Caracteriza-se mais uma preocupação de Kelsen com este sistema, pois para ele, uma possibilidade do judiciário revisar o mínimo que fosse, uma norma proveniente do legislativo, seria uma atentado a democracia.

Logicamente que Kelsen expõe todas estas posições com base no seu característico cientificismo puro, ou seja, através de sua pureza lógica. Imaginado, no nosso entendimento, que o parlamento seria algo verdadeiramente puro e representativo, uma manifestação estritamente popular, o que realmente permanece no campo científico idealizado por Kelsen.

Sob este cenário, o argumento de Kelsen seria totalmente pertinente, ou seja, contrariar o parlamento, que representa o povo caracterizando uma perfeita democracia, através de um controle de um outro poder, a citar como exemplo um controle externo a estrutura idealizada, seria um total contra-senso. No entanto a realidade é bem diferente, a saber, que as decisões tomadas pelos legislativos em geral, não espelha a verdadeira vontade do povo.

Num momento posterior Kelsen inicia a ver com outros olhos o princípio da separação dos poderes. Kelsen começa a analisar a separação de poderes por um outro ângulo, ou seja, sob um enfoque da não concentração de poderes, o que era típico e antidemocrático nos Estados Absolutistas, os quais concentravam e detinham todo o poder.

Logo tomando por fundamento a doutrina kelseniana, o Professor Luis Carlos Martins Alves Jr. em seu artigo, conclui que a separação de poderes vista por Kelsen possui alguns pontos a serem destacados, os quais sejam:

- O Estado deve ser juridicamente analisado, a fim de que possível encontrar a solução dos seus múltiplos problemas, visto que, ele - o Estado - nada mais é do que uma corporação, ou seja, uma pessoa jurídica, cujos direitos e obrigações são distintos dos seus membros;

- Enquanto corporação, o Estado distingue-se das demais em face do modo que é constituído, posto que ele é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (distinguindo-se da internacional);

- O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica que nacional que constitui essa comunidade;

- O fundamento de validade dessa ordem jurídica é a norma fundamental, que é materialmente representada pela constituição do Estado;

- O Estado é inseparável de sua ordem normativa, inexistindo o dualismo Direito e Estado, pois o Estado é a sua ordem jurídica;

- Em sendo intangível e impessoal, o Estado age através de seus órgãos, que são titularizados por seres humanos;

- O órgão do Estado é um órgão do Direito;

- Órgão é todo aquele que cumpre uma função estatal adrede mente autorizada pelo Direito;

- Os múltiplos órgãos do Estado, que cumprem funções parciais, têm como fim último fazer valer a atuação total do "organismo" único chamado Estado: criação e aplicação do Direito;

- O poder do Estado é capacidade de fazer eficaz a sua ordem jurídica. O poder é uma função do Estado, que é distribuída, geralmente, em três órgãos (poder legislativo, poder executivo e poder judiciário);

- A tripartição dos poderes reside, em verdade, numa bipartição de funções: criar e executar o Direito;

- função típica do poder legislativo é criar leis, ou seja, as normas jurídicas gerais. Essa função pode ser, positivamente, exercida pelos outros dois poderes, de maneira atípica e excepcional;

- Os poderes executivo e judiciário têm a função típica de aplicar as leis, sendo que este só o fará quando instado por uma parte para dirimir uma controvérsia em um caso concreto. A função executiva (aplicadora) divide-se em função administrativa e judicial;

- Podem os poderes executivo e judiciário exercer a função legislativa, negativamente, com os institutos do veto (executivo) e do controle jurisdicional de legalidade, segundo Kelsen;

- A separação de poderes ofende a Democracia, posto que todo o poder deveria residir no povo ou naqueles que formam um colegiado eleito e juridicamente responsável perante o povo, predica Kelsen;

- A principal justificativa da separação de poderes reside na história, posto que seja um mecanismo político que opera antes contra uma concentração do que a favor de uma separação de poderes. ⁽¹¹⁾

III. O Modelo Mecanicista e o Modelo Normativo de Constituição (Troper)

1. Intróito

Geralmente para classificar uma constituição é necessário identificar quais órgãos e como estes exercem as funções jurídicas do Estado, dentre estas funções são tidas como as mais importantes a executiva e a legislativa (a jurisdicional seria uma eventualidade).

Subtende-se deste modo, que estas autoridades se comportariam de acordo com os preceitos constitucionais, os quais são tidos como obrigatórios. A idéia não agrada, considerada pelo autor como uma "proposição analítica", pois, no entendimento deste, a constituição não passaria de um gênero de norma, e uma norma não obrigaria. Seria uma "*contradicto in adjecto*". Concluído que se há uma constituição, esta sim seria obrigatória de acordo com as intenções de seus autores, e corretamente aplicada devido à repartição dos poderes.

Há, no entanto, concepção diferente de constituição onde a preocupação primordial não é que os governantes se submetam apenas as obrigações imposta pela

constituição, mas sim que a organização do sistema dite os comportamentos que os governantes devam tomar.

São modos e maneiras de escrever, interpretar e analisar a constituição. Ciente que estas apesar de diferentes concepções podem conviver simultaneamente, evoluir uma sob a lógica da outra, preparar a chegada da outra. Pois as concepções objetivam primordialmente a interpretação dos comportamentos dos constituintes e dos poderes públicos constitucionais.

Segue-se assim, a descrição de cada uma destas concepções e em seguida tentar-se-á questionar se é possível realmente uma concepção transformar-se em outra.

III. I Modelo Mecanicista de Constituição

1. A busca de garantias internas

O Modelo Mecanicista como modelo de eficácia (Engenharia Constitucional).

Esta concepção (Séc. XVIII) tinha como ideal que a constituição fosse entendida como um mecanismo, o principal representante desta foi Montesquieu. O autor de "*L' esprit des lois*" distingue as três formas de governo: a monarquia, o despotismo e a república, esta podendo ser aristocrática ou democrática. Com isso, Montesquieu de início procurava distinguir em cada forma de governo a *natureza* (o que faz ser tal) e o *princípio* ou *motor* (o que faz agir).

Assim o princípio para a monarquia era o **horror**, para a república a **virtude** e para o despotismo o **temor**. Porém, Montesquieu considerava também o elemento *objeto*. Ou seja, cada forma de governo em sua particularidade tinha seus objetos em razão de suas próprias naturezas. Logo, para Montesquieu existia sempre em cada forma de governo uma relação fixa entre a natureza e princípio, por uma parte e o objeto por outra. O que inversamente também era possível, questionar ao objeto sua natureza e princípios, concluindo como se tratava a liberdade política de cada forma.

Como exemplo então é citado a Constituição da Inglaterra a qual tem como objeto a 'liberdade', concluindo Montesquieu o caráter misto desta por encontrar-se o elemento monárquico, aristocrático e democrático. Convivendo estes cada um com seus interesses sob o sistema de "freios e contrapesos", os quais submetidos pela lei, a qual possui a definição de legislação moderada.

A relação entre a liberdade política e a constituição não porque esta prescreve, ou seja, esta moderação não esta prescrita na lei, este são resultados de uma distribuição de poderes, que fazem as autoridades constitucionais respeitarem cada interesse destes entes, não produzindo mais que leis moderadas.

Estas idéias não são próprias de Montesquieu, esta vem como uma definição de constituição introduzida no artigo 16 da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, que afirma: "Toda sociedade que a garantia dos direitos não está assegurada nem a separação dos poderes determinada, não há em absoluto constituição".

No entendimento de Montesquieu, não adianta apenas uma constituição para se ter uma liberdade política, é necessária a separação de poderes, ou melhor, uma repartição dos poderes, onde cada um atua dentro de suas competências, sem invadirem as do outro. Seria uma incoerência, nos dizeres de Montesquieu, uma tirania, aquele que elabora determinada norma também aplicá-la.

Além da repartição dos poderes a concepção mecanicista defende ainda dois quesitos, os quais seria uma legislação moderada e uma constituição inviolável:

a)Legislação Moderada - esta preserva a liberdade civil, a autonomia dos indivíduos dentro dos limites da lei. Esta é conferida ao Legislativo, que com autoridade mais complexa procurará equilibrar-se com os grupos sociais, os quais estão representados.

b)Constituição Inviolável - esta é inviolável não pelos seus controles e sanções, mas sim pela divisão de competências. Torna-se necessário repetir que um poder não pode invadir a esfera do outro. Esta possui um controle interno de constituição.

A idéia da Constituição Inviolável contraria totalmente a idéia da de Sieyes em 1795, que propunha impedir uma violação da constituição através de um controle por um Jurado Constitucional. A idéia foi totalmente repelida sob o argumento que a divisão do poder legislativo por si já era suficiente.

A idéia dos constituintes do século XVIII de construir uma constituição inviolável e de liberdade política e legislação moderada, em tese era louvável, porém, nada prática e eficaz como uma máquina de um engenheiro.

2. Método de análise.

A análise a ser realizada diante de uma concepção mecanicista consiste numa maior complexidade, como:

- O ponto de vista da redação da constituição;
- A organização geral do poder;
- A divisão de competências;
- Condutas prováveis;
- O que motivou tal conduta?

Troper afirmar que a Concepção Mecanicista conduz a investigar quais são as "*constricciones*"⁽¹²⁾ – e especialmente as "*constricciones*" jurídicas – que pesam sobre os atores. Exemplifica o mesmo, através da Monarquia Parlamentar Francesa de 1814, a qual submetia os ministros a responsabilidade penal **e não conferia as câmaras o direito a derrubar o governo:**

"Sem dúvida, ameaçando os ministros com recusa o voto do pressuposto, a câmara de representantes consegue rapidamente a obter em sua dimensão, bem sua destituição pelo rei. É claro, em efeito, que um governo privado de meios financeiros não pode manter-se no poder. Quando a câmara provocar pela primeira vez a

anulação/revogação de ministros desta forma, certos atores, cuja orientação procedia da concepção **normativa**, afirmaram que esta prática era contrária ao espírito da ‘carta’, posto que o poder de votar o pressuposto não havia sido concedido as câmaras para permitir pressionar o governo. A câmara de representantes havia cometido, pois um verdadeiro desvio de procedimento" ⁽¹³⁾.

Assim, a responsabilidade ministerial era tida não como uma questão de fato e sim como resultado de uma relação de forças. Isto ocorre não voluntariamente haja vista a ‘carta’ não dar a câmara o direito de derrubar os ministros, ocorrendo assim um desvirtuamento da concepção mecanicista que foi conduzida a substituir uma análise em fins de competências jurídicas por uma análise em fim de poderes.

III. II. Modelo Normativo de Constituição

1. Como modelo de eficácia.

Esta Concepção tem como princípio básico a obrigatoriedade do texto constitucional, nesta há possibilidade de controles destinados a verificar as violações e sancioná-las.

Há pontos que convergem com a concepção mecanicista, como as disposições dirigidas a conferir competências, no entanto diferente do funcionamento do resultado das "*constricciones*" a concepção normativa tem seu funcionamento através da sujeição a uma obrigação.

Algumas dificuldades se fazem notar neste tipo de concepção, a qual no papel é perfeita, porém seu funcionamento apresenta certas dificuldades. Um exemplo a citar é a ampla discricionariedade dada pela constituição aos poderes constituídos, ou seja, sem violar a constituição estes recebem no exercício de suas competências um grau considerável de poder de decisão.

Apesar de neste tipo de concepção existir controle jurisdicional, o qual também é constituído, por mais que as obrigações constitucionais sejam claras, sempre haverá margens para diferentes interpretações. Relevando-se que há situações que não dão

liberdade para interpretações diversas, como por exemplo, a declaração de guerra e do Estado de Exceção.

Diante destas colocações, torna-se impraticável que a concepção normativa tenha sua eficácia baseada apenas no caráter obrigatório e da existência de sanções, mas também a necessidade da boa-fé e da obrigação moral das autoridades constituídas e dos controladores.

Porém, a principal dificuldade desta concepção é a ausência de uma norma que seja superior à constituição para dirimir eventuais dissonâncias entre esta e a conduta dos poderes públicos constituídos. Concluindo, mesmo que óbvio em primeiro momento, que se tal conduta contraria a constituição, deve ser anulada. Logo não é a supremacia da constituição que conduz o controle, mas o controle é quem cria a supremacia da constituição.

2. Método de análise e de interpretação.

Como se trata de uma norma pode ser utilizado o método da dogmática jurídica com intuito de saber como o modelo funciona. Surge então o questionamento de qual é a conduta que, segundo a constituição, foi motivada? Esta conduta é lícita? Estas questões não podem ser respondidas sob o ponto de vista descritivo. Porém existindo uma jurisdição competente para julgar/questionar tais condutas, o resultado destas poderá utilizar-se do ponto de vista descritivo.

Entraríamos num ciclo se questionássemos se a decisão daquele que julgou tal conduta anteriormente é lícita. Justamente por não termos uma segunda instância constitucional jurisdicional competente para examinar as decisões da primeira.

Resta esta função para os dogmáticos que através de intercâmbio de argumentos de ordem ontológica e moral qualifiquem tal conduta ⁽¹⁴⁾. Os argumentos de ordem ontológica, comumente tomados consideram a natureza do regime político em questão, haja vista poder-se concluir que uma constituição em determinada época não é mais que a realização da essência de um regime ⁽¹⁵⁾.

Questionamentos então surgem, como por exemplo, do porque respeitar a constituição, sendo respondido que esta deve ser respeitada por suas qualidades de ter sido adaptada de forma democrática, é democrática em suas estruturas ⁽¹⁶⁾, a qual cria a estabilidade dos poderes ou garante os direitos fundamentais.

De qualquer modo, não há como negar a existência dos dois perfis das concepções, existindo momentos que com objetivo da eficácia, os modelos e métodos podem se confundirem não sendo improvável que uma seja interpretada pelos métodos da outra.

III. III. De Um Modelo A Outro

1. Da mecânica à norma.

É notória a inclinação de uma concepção a outra. Um exemplo a ser citado ocorre na Revolução Francesa, onde era nítida a tendência de instituições quererem efetivar um controle de constitucionalidade. O mais celebre segundo Troper o Jurado Constitucional de Sieyes.

Assim um outro exemplo de uma concepção mecanicista que iniciou a efetivar um controle de constitucionalidade, foi o *Tribunal de Casación*, instituído pela Constituição de 1791. O raciocínio foi de que se já ocorria um controle pelos juristas de disposições normativas hierarquicamente inferiores, e estas eram originadas da lei maior, esta então poderiam passar por um controle. No vocabulário de Searle, se podia dizer que a constituição é um conjunto de regras constitutivas, porém que são aplicadas como regras regulativas ⁽¹⁷⁾.

Logicamente que houve resistência à idéia de um controle externo nas concepções mecanicistas, sob o argumento de que se há necessidade de um controle externo por um jurado, este também necessitaria ser controlado por ser passível dos mesmos abusos dos outros órgãos constituídos, e como não era possível um guardião de um guardião então era melhor destituir estas instituições.

Sendo ainda salientável lembrar que ao início da Revolução Francesa, a função do executivo era praticamente decorativa, sendo totalmente subordinado ao legislativo, apenas exercendo a aplicação mecânica das leis sem emissão de vontade.

O que vem a ser mudado no final do período revolucionário, onde o executivo começa adquirir o poder de criar regras para complementar as leis. Isto é aumentado quando executivo começa ter apoio e delegações da maioria parlamentar. Passando então a relação entre o executivo e legislativo ser um troca de vontades. (interesses)

A partir então deste momento onde o executivo passa a ter maior autonomia quanto à elaboração das normas e sua subordinação a lei superior, o controle da constituição inicia ter maior justificação.

Kelsen quanto ao controle de constitucionalidade das leis, afirmava que: "o princípio de constitucionalidade é idêntico ao princípio de legalidade e, da mesma forma que o regramento é execução da lei, a lei é a execução da constituição".

Conclui-se que como a concepção mecanicista há influenciado a concepção normativa, e esta também influenciou a concepção mecanicista.

2. A volta da concepção mecanicista.

A Concepção Mecanicista mais eficaz do ponto de vista prescritivo – Como a concepção normativa havia fracassado devidas suas insuficiências no campo da eficácia, a concepção mecanicista superou-a neste aspecto, pois além de suas intenções esta era efetiva, diante disso ver-se duas situações:

i-O resultado dos fracassos da concepção normativa - os exemplos clássicos se manifestam na Constituição Francesa de 1958 e 1946, da IIIª e IVª República, pois a constituição permitia a derrubada dos ministérios, pelo parlamento em discussão de leis, entre o executivo e o legislativo, e aqueles viam seus programas de governo rechaçados, estas discussões constantes tornaram um sistema sem eficácia;

ii-Novamente o questionamento das interpretações e juízos de valor dados pelos tribunais constitucionais, o qual não era unanimemente admitido. Assim se fazia necessário um argumento mais forte para manutenção dos tribunais, sendo o argumento mais considerado ainda hoje o que o Tribunal Constitucional é um Contrapoder, com encargo de impedir que a maioria desonesta despótica oprima a minoria. Troper afirmou que: ‘de garantia externa que era segundo a concepção normativa, o tribunal se transforma na garantia interna de acordo com a concepção mecanicista’.

3. Como métodos de análises.

Apesar de numerosos estudos analisarem os comportamentos dos poderes políticos, concentrar-se-á naquelas que se limita a Teoria do Direito. Estes métodos se dão através da consciência e existência da norma, em destaque das disposições constitucionais.

A situação é quem irá determinar de que maneira irá se decidir ou interpretar as disposições constitucionais e como farão uso dos poderes discricionários, levando-se em consideração como agirão os outros atores diante de vossas competências.

Ver-se assim duas formas de análise. A primeira preocupa-se com a explicação, aplicação e funcionamento das constituições para compreender os comportamentos dos atores como produto das contrições/práticas de estratégias jurídicas. A outra análise dar-se em cima dos discursos, definições e conceitos sobre a constituição.

Um bom exemplo a ser analisado é a idéia dos Tribunais Constitucionais e as teses do Contrapoder. Esta não pode se desvincular do ideal de democracia, apesar de utópico. Assim Michel Troper propõe três definições de democracia:

iii-Afirmar que a democracia é somente o poder do povo de impor sua vontade em última instância, por meio do exercício do poder constituinte. O povo segue sendo soberano se está em situação de impor-se as decisões de um tribunal constitucional adotando emendas à constituição;

iv-Afirmar que a democracia é o poder do povo que exerce por meio de representantes, mas que estes representantes não são necessariamente eleitos, de sorte que o

Tribunal Constitucional deve ser considerado como um representante ao lado do parlamento;

v-Afirmar que a democracia não é o poder do povo, senão império da lei e a garantia dos direitos fundamentais. ⁽¹⁸⁾

IV. Métodos de Interpretação Constitucional

1. Método Tópico

Este método da hermenêutica jurídica é reconduzido por Theodor Viehweg, de forma renovadora através de sua obra *Topik and Jurisprudenz*. Este fora resultado de indagações diante os conceitos e funções do Direito, o Estado e a Constituição.

Este método também foi utilizado por Aristóteles, que resumia seu método através do consenso da maioria e verdade evidente, "o que a todos, ou a grande maioria ou aos doutos se lhes afigurava verdadeiro" ⁽¹⁹⁾. Esta também fora defendida contra o ideal dos cartesianos e seus métodos matemáticos através de Vico na Idade Moderna, o que não durara muito, não resistindo e caindo no esquecimento devido ao domínio filosófico e cartesiano.

No entanto o método tópico, como já dito, retorna devida a grande descrença do positivismo racionalista, o Professor Bonavides acrescenta que:

"Ocorreu, porém a exaustão posterior do positivismo racionalista, a para da descrença generalizada em suas soluções, fez inevitável a ressurreição da tópica como método. Tal se verificou na esfera do Direito há mais de vinte anos, graças a Theodor Viehweg, em razão justamente da insuficiência do método 'científico' dos naturalistas e também do malogro das correntes idealistas que procuraram por outras vias resolver com exclusividade o problema do método, afastando-se dos esquemas clássicos de inspiração objetiva" (20).

Assim, através do lema ‘O pensamento jurídico é tópico’ toda a discussão de métodos contemporânea do Direito iria ter seus critérios revistos. Desta maneira a obra de Viehweg trouxe uma carga de renovação e questionamentos dos métodos interpretativos.

Na Alemanha a metodologia de interpretação pelos tópicos foi muito bem aceita em destaque por parte dos famosos civilistas Wieacker, Esser e Coing, porém não foram só os civilistas que aderiram, mas também os constitucionalistas Schneider e Ehmke, através do tema "Princípios de Interpretação Constitucional" seguido de outros eminentes juristas como Martin Kriele, Peter Haberle, Friedrich Muller e Konrad Hesse.

O método se vislumbra principalmente em ‘pensar o problema’, trata-se de um estilo de argumentação e acesso ao objeto a ser interpretado, diferente de que muitos pensam, este método não de encontro a lógica, este apenas procura diversificar um outro meio de uma busca racional além do argumento dedutivo.

Ao contrário da tópica, o pensamento sistêmico manifesta-se pelo método dedutivo, sendo a tópica sempre a buscar do mais justo através de pensamento de um problema em toda sua complexidade. No dizeres de Esser: "A situação – diz Esser – devem ser compreendida em toda sua complexidade, a fim de problematizar-se o ideal de uma solução." ⁽²¹⁾.

Assim fazia-se necessário identificar os *topoi* ou *loci*, determinado por Esser como ‘pontos de vista pragmáticos de justiça material’, ou ainda de ‘estabelecimento de fins jurídico-político’ e na acepção clássica ‘pontos retóricos de partida para argumentação do problema’.

Por Viehweg a tópica traduzia-se numa maneira de pensar o problema, através de uma técnica mental que focaria aquele. Já a clássica, ou seja, a antiga tópica não passaria de uma mera técnica de argumentação. Assim a idéia de Viehweg era tratar e conhecer o problema através de debates e da descoberta de argumentos e métodos de argumentação procura solucionar o problema.

Bonavides acrescenta de acordo com a situação da Ciência do Direito na década de 50 que:

"A investigação crítica das causas e origens da tópica dificilmente pode ignorar o estado que se encontrava a Ciência do Direito na década de 50. A surpreendente renovação das reflexões jusnaturalistas, desde a conversão de Radbrunch ao direito natural, produzia resultados aquém das expectativas" ⁽²²⁾.

Houve esperança para que o movimento vingasse, pois o positivismo jurídico e suas escolas não se encontravam numa boa situação de crença por parte de sua metodologia e doutrina. Há aqueles que diziam que a descrença do positivismo justificaria o advento da tópica na medida em que lhe foi possível abranger toda a realidade do direito, o que fora salientado por Kriele 'de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis' ⁽²³⁾.

A metodologia já vinha sendo desenvolvida na Europa Continental através da jurisprudência dos interesses e na escola livre do direito. A retomada por Viehweg da tópica deram maior ensejo para estas escolas diante suas variantes da hermenêutica e do Direito Constitucional.

Já no direito anglo-americano revelaria o método, o qual faltava no direito codificado europeu. O que teoricamente através de Ihering já havia, segundo Viehweg pela jurisprudência dos interesses.

Apesar das objeções de Diedrichsen sobre a técnica, através de argumentos que através da tópica não se exauria por inteiro a substância da jurisprudência, ou seja, o que sempre era visto pelos juristas em todas as épocas; e ainda que: "... seríamos injustos com a jurisprudência se estreitássemos, de modo unilateral seu conceito de sistema e, enfim, a tópica nenhum método representa em condições de fazer mais segura a aplicação do direito" ⁽²⁴⁾, entendia Canaris que esta seria válida em casos específicos, como lacunas na lei onde inexistisse valoração do direito positivo.

Enfim, críticas e apoios ao método da tópica sempre existiram, importando, no entanto que todos os meios interpretativos poderiam ser utilizados desde que convenham ao esclarecimento e solução do problema. A abertura metodológica é completa e argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de ‘compreensão prévia’ (Vorverständnis), tanto do problema como da Constituição⁽²⁵⁾.

Devendo ficar entendido sobre o Método Interpretativo dos Tópicos que este se trata de uma tendência metodológica que surge da Alemanha com intuito de implementar novos meios e métodos interpretativos para as Constituições.

2. Método Racionalista de Concretização

Ciente de que a tópica, a exemplo da jurisprudência dos interesses e a escola livre do direito iria entrar em crise, surgem os juristas comprometido com a matéria da constituição desenvolver um método que tivesse uma maior potência teórica e alicerces mais seguros através da teoria material do Direito, aliado também a uma busca de um conceito mais flexível e dinâmico do Direito Constitucional atinentes as exigências da época e a crescente fluidez da realidade social.

Há de se intitular como pai do método racionalista de interpretação constitucional o Professor Friedrich Muller da Universidade de Heidelberg na Alemanha. O Professor através de seu método racionalista de interpretação objetiva deixar estruturada uma hermenêutica que traduza o conteúdo da constitucional sem perder um mínimo de eficácia, apresentando-se de maneira concreta e com seus vínculos indissolúveis fora da própria antinomia tradicional por onde se operava a separação entre a Constituição formal e material⁽²⁶⁾.

3. Método Concretista de Inspiração Tópica

Como fora já exposto, o método de interpretação constitucional concretista tem como idealizador o Professor Muller, este utilizou como base de seu método o método dos tópicos, logicamente procurando consertar as possíveis falhas diante das críticas.

O Professor procurou estruturar e racionalizar a concretização da norma, "... de modo que a atividade interpretativa, deixada aberta pela tópica, possa com a racionalização metodológica ficar vinculada, não se dissolvendo por conseguinte o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional" ⁽²⁷⁾.

A norma jurídica é tida pelos concretistas como algo além do enunciado normativo, cabendo a concretização, como método de interpretação decifrar seu objetivo, diferente do que ocorria com os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica.

O método do concretismo tem sua base fixada em críticas e reflexões da jurisprudência do Tribunal Constitucional de Karlsruhe. As decisões deste tribunal apresentavam um perfil pragmático e concretista além de que um pouco eivada ao dogma pandectista e voluntarista ⁽²⁸⁾ do século XIX da Alemanha, Muller considerava isto inaceitável para sua metodologia como instrumento de interpretação e compreensão das Constituições.

Ou seja, não caberia para o método da concretização através de métodos voluntaristas, o que resultava através da hermenêutica clássica uma interpretação que resultaria na vontade objetiva da lei. Além de que Bonavides comentando o método de Muller afirmava que:

"O erro se agravava na medida que o Tribunal contraditoriamente se arreda dos esquemas tradicionais e introduz, nos arestos de seus juízes, componentes extraídos da teoria material da Constituição e das vias concretistas, quais por exemplos alguns *topoi* ou ponto de vista, como princípio da unidade da Constituição e a chamada 'natureza das coisas', estes ainda compatíveis com as regras interpretativas formuladas por Savigny. Mas há outros inteiramente afastados dessa hermenêutica, conforme os que Muller a seguir declina: a necessidade de um resultado conforme a coisa, a possibilidade da mudança de importância de uma norma constitucional com base na matéria a ser regulada pela norma e pela decisão, a consideração de concatenações históricas, políticas e científico-sociais reputadas as mais importantes para alcançar afinal a decisão" ⁽²⁹⁾.

A intenção de Muller sempre foi evitar a possibilidade da separação entre as Constituições Formal e a Material. Além da eterna discussão do confronto da realidade como norma jurídica. Reflete a problemática da metodologia concretista ao interpretar e aplicar a norma, ou seja, evitar sempre a separação o caráter material e formal da constituição.

A identificação do método é de extrema relevância para o controle de constitucionalidade das leis e aplicação desta, através de seus meios interpretativos tornando-se uma eficaz meio para o judiciário com fito de evitar a declaração de nulidades destas. Salientando ser frisado que este método, não diminui o mérito do legislativo que elaborou aquela norma, nem o judiciário que interpreta, conhece e aplica a lei diante sua constitucionalidade.

V. A Organização dos Poderes na Constituição Brasileira

No Ordenamento Jurídico Brasileiro através da Constituição Federal de 1988 a organização dos poderes se dá através do Título IV. Apesar de existir uma presunção de variados Poderes, boa parte da doutrina prefere entender que o Poder político do Estado é uno e indivisível.

Sendo falando em divisão as funções básicas, as quais são atribuídas aos órgãos com suas respectivas especificações. Cada órgão deste teria atribuições diferenciadas, fazendo o todo que é o Estado funcional.

Como já visto, o momento histórico que retrata a fundamentação para a separação dos poderes é a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, o que vem influenciar também como em vários países, a Constituição Brasileira.

O Brasil atualmente é uma República Federativa, isto reflete dizer que além das divisões de poderes, há a repartição de competências entre o governo central e os Estados-Membros. Podendo se afirmar como muito doutrinadores que:

"O grau de centralização ou de descentralização política de um Estado Federal é medido pela quantidade e qualidade de atribuições concedidas às entidades federativas. Quanto maior a centralização política, maiores serão as atribuições feitas ao governo central. Dentro dessa perspectiva é evidente o grau de centralização do Estado Federal brasileiro " ⁽³⁰⁾.

Dentre as funções básicas estatais, não diferem da maioria dos outros países, o Brasil também faz sua divisão de poderes entre o poder executivo, poder legislativo e o poder judiciário. Cabendo ao Legislativo a elaboração de leis, de normas gerais e abstratas, impostas perante todos. Ao Executivo cabe a administração do Estado, baseadas nas leis elaboradas pelo legislativo. Já ao Judiciário, cabe obviamente, a função judicial do Estado distribuindo a justiça e aplicando a lei.

O *sistema de freios e contrapesos* é previsto também na Carta Magna. Há ciência que a separação de poderes não rígida tendo sempre a possibilidade de interferência recíproca, dando margem que além de cada poder exercer suas competências, estes fiscalizariam as competências dos outros.

Alguns exemplos deste sistema *checks and balances* da Constituição Brasileira podem ser citados, é o caso da previsão da CF que permite ao executivo editar normas com força de lei, no caso as Medidas Provisórias; possibilidades de veto as leis do legislativo; os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de leis e normas do executivo e legislativo; opção do chefe do poder do executivo escolher os ministros dos tribunais superiores além da possibilidade de impeachment do chefe do executivo através do legislativo.

A divisão dos poderes políticos pressupõe elementos como a especialização funcional e a independência orgânica, devendo cada função ser atribuída a um órgão independente.

A Constituição Brasileira através de seu artigo 2º estabelece que os Poderes devam ser independentes e harmônicos entre si. O que deve ser visto de forma que

os poderes devem atuar de forma independente sem conflitos ou subordinação com a finalidade de assegurar o bem comum de todos.

Nesta configuração é que Montesquieu procurou através de sua teoria que de modo algum, para se ter uma democracia deva existir a separação dos poderes, sem concentrar, diferente de uma realidade, os poderes nas mãos de um só.

VI. Conclusão

De grande pertinência e apesar de ser discutido desde Aristóteles, o tema estudado apresenta discussões do presente. É eterna a discussão entre a separação dos poderes, numa verdadeira queda de braço de quem pode mais.

Argumentos em que a busca de uma democracia e a liberdade individual sempre servirão de fachada para os interesses daqueles que detém o poder, seja exercendo determinada função e posição o interesse individual e de grupos isolados prevalecerão.

Cientificamente a idéia de Montesquieu era perfeita. Era buscado derrubar o absolutismo, a concentração de poderes, o que no papel apresentava-se perfeitamente como uma máquina, ou seja, estampada a Concepção Mecanicista que nunca falharia.

De início Kelsen questionava este sistema de separação dos poderes, não sendo nem um pouco a favor, este não admitia que uma decisão do parlamento, este que apenas representaria o povo e nada mais, fosse questionada. Fácil de entender tal entendimento vislumbrado numa pureza científica. O que futuramente vem a ser modificado tal entendimento.

Logicamente que a Concepção Mecanicista através de seus métodos de análise, não seria totalmente eficaz. A visão mecânica do século XVIII era muito boa para ramos das ciências exatas, das engenharias e mecânicas. O que muda totalmente ao tratarmos das ciências humanas, da vida em sociedade. Neste contexto a Concepção

Normativa completava a Mecanicista, o objeto normativo era as inter-relações humanas face sua obrigatoriedade como norma.

Ao longo do tempo vem se tentado estabelecer meios e métodos interpretativos e de aplicação das normas, em destaque as constitucionais. Grandes nomes da ciência do Direito e da filosofia jurídica estabelecem seus métodos, os quais sempre serão questionados e criticados.

De outro lado, através da prática de um sistema, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e alguns ainda inominados, tentam sobrepor-se sobre os demais. A idéia de independência e harmonia entre si é retratada de maneira perfeita no papel, entretanto como modelo eficácia emperra-se diante de disputas de valores e interesses.

A tentativa de manter-se no campo científico é árdua, não é almejado penetrar em campos filosóficos, axiológicos e pré-conceituosos, entretanto surge a falha do ser humano.

Como um sistema, a constituição feita por serem passíveis de erro, através do constituinte originário, refletia um cenário político, econômico e social diferente a cada época. Valores eram e são considerados. O caráter estático por algum lado e dinâmico por outro, continua e tentará acompanhar a evolução da sociedade pelas margens. A eterna indagação de saber que aquele que tinha competência e autoridade para decidir por último diante a constitucionalidade sempre existirá.

O interessante não é continuar com discursos críticos, sem nenhuma busca construtiva. A Ciência Jurídica deve continuar tentado buscar não uma perfeição teórica, mas instrumentos e métodos eficazes também no campo prático. A liberdade individual e a democracia sempre serão almeçadas, entretanto sendo necessário mesmo que pequena uma intervenção do Estado, buscando quase que sempre como a doutrina Alemã **tratar os desiguais desigualmente**.

Bibliografia

ALVES Jr., Luís Carlos Martins., A teoria da separação de poderes na concepção kelseniana Texto extraído do Jus Navigandi <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=59>

ARISTÓTELES, *Apologia de Sócrates*.(Artigo extraído do material fornecido pelo Prof. Antônio Carlos Mendes).

BOBBIO, Noberto, *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone editora, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, Malheiros Editores, 1993, São Paulo-SP.

CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiência e Direito*..(Artigo extraído do material fornecido pelo Prof. Antônio Carlos Mendes).

DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP.

DANTAS, Múcio Vilar Ribeiro. *Introdução Ao Direito*, Nossa Editora, 1996, Natal-RN.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. Editora Atlas, 1989, São Paulo - SP.

HABA, Enrique P, *Pré-Compreensões, Racionalidade e Métodos nas Soluções dos Conflitos Judiciais*. (Artigo extraído do material fornecido pelo Prof. Antônio Carlos Mendes).

IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. Editora Forense, 1997, Rio de Janeiro- RJ.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (Tradução João Batista Machado). Martins Fontes Editora, 1991, São Paulo-SP.

MONTESQUIEU, de *L'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização do Estado, Dos Poderes e Histórico das Constituições*. Editora Saraiva, São Paulo- SP, 2001.

POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo e Especificidade da Interpretação Constitucional*. (Artigo extraído do material fornecido pelo Prof. Antônio Carlos Mendes).

TROPER, Michel. *La Máquina y La Norma. Dos Modelos de Constitución..* (Artigo extraído do material fornecido pelo Prof. Antônio Carlos Mendes).

Notas

¹ Montesquieu, de *L'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI.

² DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP. Em comentário a obra de Aristóteles, *A Política*, Livro III, Cap. XI.

³ Maquiavel, *O Príncipe*, XIX. *Apud* DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP. *Apud* Maquiavel, *O Príncipe*, XIX.

⁴ *Idem*, p. 183.

⁵ Alexander Hamilton, Jonh Jay e James Madison, *O Federalista*, XLVII *DALLARI apud* Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP.

⁶ Loewenstein

⁷DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP, p. 186.

⁸ Cf. Teoria Geral do Direito e do Estado, op. cit., p 100.

⁹ Alves Jr., Luís Carlos Martins., A teoria da separação de poderes na concepção kelseniana

Texto extraído do Jus Navigandi
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=59>

¹⁰ Cf. Teoria Geral do Direito e do Estado.

¹¹ Conclusões expostas pelo Professor Luis Carlos Martins Alves Jr., em seu artigo A teoria da separação de poderes na concepção kelseniana, Texto extraído do site Jus Navigandi <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=59>.

¹² Condições, arrependimento, remorso, pesar, etc.

¹³ Michel Troper, *La Máquina y La Norma. Dos Modelos de Constitucion*, p.336.

¹⁴ O que pode ser também ser questionada.

¹⁵ Michel Troper, *La Máquina y La Norma. Dos Modelos de Constitucion*, p.340.

¹⁶ Idem

¹⁷ Idem

¹⁸ Michel Troper, *La Máquina y La Norma. Dos Modelos de Constitucion*, p.347.

¹⁹ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4^a Ed., São Paulo 1993.

²⁰ Idem, p. 405.

²¹ ESSER, Joseph. *Vorverständnis und Methodenwahrheit in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, p.155. *Apud* Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4^a Ed., São Paulo 1993

²² Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4^a Ed., São Paulo 1993.

²³ Kriele citado por Paulo Bonavides.

²⁴ Diedrichsen

²⁵ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4^a Ed., São Paulo 1993. p. 411.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Friedrich Muller

²⁹ Bonavides citando F. Muller em *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4^a Ed., São Paulo 1993.

³⁰ Pinho, Rodrigo César Rebello. *Da Organização do Estado, Dos Poderes e Histórico das Constituições*. Editora Saraiva, São Paulo- SP, 2001.

* Advogado em São Paulo (SP), mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP, especialista em Direito das Relações de Consumo pela PUC/SP.

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5924> > Acesso em.: 03 set. 2007.