

UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE FILOSOFIA

Departamento de Graduação

Vado de Menezes Lopes de Carvalho

A separação de poderes como fundamento do Estado de Direito Democrático em
Montesquieu.

Maputo

Outubro de 2024

UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE FILOSOFIA

Departamento de Graduação

Vado de Menezes Lopes de Carvalho

A separação de poderes como fundamento do Estado de Direito Democrático em
Montesquieu.

Trabalho de Conclusão do Curso, a ser
apresentado à Faculdade de Filosofia, da
Universidade Eduardo Mondlane, como critério
para obtenção do grau de Licenciatura em
Filosofia.

Tutor: Mestre Eugénio Feliciano Cossa

Maputo

Outubro de 2024

Declaração de Honra

Eu, Vado de Menezes Lopes de Carvalho, portador do Bilhete de Identidade nº 080405140373B, emitido pela Direcção de Identificação Civil da Cidade de Maputo ao 11 de Outubro de 2021, declaro que este trabalho é de minha autoria sob a orientação do supervisor e que todas as fontes citadas ao longo do trabalho constam da referência bibliográfica.

Declaro ainda que este trabalho não foi apresentado nesta ou em qualquer outra instituição de ensino para obtenção de qualquer grau académico.

Maputo, ao 30 de Outubro de 2024

(Vado de Menezes Lopes de Carvalho)

Dedicatória

Aos membros da família Carvalho e a FAF!

Agradecimentos

À Deus, pelo dom da vida, pelas bênçãos, força, sabedoria e protecção que a mim concedeu.

Ao meu tutor Mestre Eugénio Feliciano Cossa, pela instrução minuciosa, pela dedicação que teve em analisar cada parágrafo deste trabalho e principalmente, por cada crítica e sugestão que proporcionou melhorias. À família FAF, todo corpo docente e CTA, que de forma directa ou indirecta contribuem diariamente para que a aprendizagem ocorra de forma significativa. A todos vocês quero honrar hoje, com este trabalho.

À minha amada família: Edite Pascoal Levene (mãe e melhor amiga) pelo apoio e amor incondicional, por acreditar em mim e pelas conversas de amizade que me tranquilizavam quando achava ser difícil; Felizarda Sareis Macucule (avó) pela dedicação em me criar, pelo apoio moral e financeiro; Miquelina Menezes Lopes de Carvalho Julien (avó) pelo apoio financeiro, por querer ver sempre o melhor de mim, pela pressão que permitiu-me chegar aqui e por ser um exemplo a se seguir; Félvia Jeci de Menezes, Nassiana Yunira e Nawally (irmãs) por serem a razão das minhas lutas e motivação constante; Nuno Timóteo, Nádia Rafael, Sofia Ruas (pela disponibilidade em ajudar com correcções e sugestões para o trabalho), Marco Ferreira, Vera Julien e Julieta Menezes (tios) pelo apoio e amor. Amo vocês!

À Liliana Joaquim Maúngue minha namorada e companheira de batalhas, pelo seu apoio moral e pela companhia que fazia enquanto eu escrevia, por me fazer sair da tela do computador e poder desenvolver novas ideias, por dar-me mais um propósito para querer vencer na vida; obrigado por ter sido o meu ‘escape’ quando as coisas pareciam não dar certo.

Ao meu primo Miller Raimundo Mamuquele e aos meus amigos Herculano Munguambe, Manecas Muiquitxa, Orlito Alfredo pelos conselhos e incentivo, que a nossa amizade perdure por longos anos.

Ao meu pai Roberto dos Santos Vasco de Menezes Lopes de Carvalho (em memória) pelas lembranças que me deixou e que me fizeram acreditar que sou capaz disto e de muito mais, obrigado por ser e ter sido o exemplo de homem e de pai que prezo poder ser um dia. Estou quase lá, pai!

Epígrafe

“...Nem sempre se deve esgotar tanto um assunto, que nada se deixe para o leitor fazer. Não se trata de fazer ler, e sim de fazer pensar”.

Charles-Louis de Secondant

Resumo

A presente monografia intitula-se *A separação de poderes como fundamento do Estado de Direito Democrático em Montesquieu*. Tem como objectivo reflectir em torno da separação de poderes em Montesquieu e como esta separação de poderes fundamenta o Estado de Direito Democrático. A separação de poderes tem a sua aparição em resposta aos declínios político-libertários que os governos apresentavam, o que vinha constante e incessantemente galvanizar a concentração e o abuso do poder. Visando melhor governar a *pólis*, Aristóteles inicia o que mais tarde seria a separação de poderes dividindo os governos. Mas, é com a ideia do *Rule of Law* que Locke apresenta avanços significativos na separação de poderes que viria ser desenvolvida por Montesquieu. Nesta separação Montesquieu busca desconcentrar o poder do Estado em uma só pessoa e independer os três poderes um do outro. Assim, desenvolve-se uma nova maneira de limitar o poder com a ideia de que apenas um poder pode limitar o outro. Contudo, questiona-se como a separação de poderes fundamenta o Estado de Direito Democrático? Qual seria a relevância da separação de poderes proposta por Montesquieu? Assim, entender-se-á que o Estado de Direito Democrático busca a sua legitimidade e razão de ser na separação de poderes. Esta separação de poderes proposta por Montesquieu, em sua secularização sofreu aprimoramentos como se percebe com a ideia do *Check and balances* da Constituição Americana. Ademais, da análise feita da separação de poderes no contexto Moçambicano constatam-se desafios que obstam a aplicabilidade efectiva da separação de poderes. Aqui, embora os poderes estejam separados, encontram-se vinculados a hegemonia partidária.

Palavras-chave: Separação de poderes. Fundamento. Estado de direito democrático. Liberdade.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO.....	13
1. Magna Carta da Liberdade 1215	13
1.1 Do sistema político absolutista inglês	13
1.2 O rei João Sem Terra e a Magna Carta da Liberdade.....	14
2. Revolução Francesa.....	15
A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.....	16
3. Constitucionalismo.....	17
4. Separação de poderes	19
4.1 Separação de poderes em Aristóteles	19
4.2 Separação de poderes em John Locke	20
CAPÍTULO II – SEPARAÇÃO DE PODERES E SUA RELEVÂNCIA POLÍTICA EM MONTESQUIEU.....	22
1. Os três tipos de governo e sua natureza segundo Montesquieu	22
1.1 Governo Republicano (aristocrata ou democrática)	22
1.2 Governo Monárquico.....	23
1.3 Governo Despótico	23
2. Do princípio do governo e sua relação com a lei	24
3. A corrupção dos princípios dos três governos	26
3.1 Subalternização da liberdade	27
4. Teoria da tripartição de poderes	28
4.1 Poder legislativo	30
4.2 Poder Executivo.....	30
4.3 Poder judicial.....	31

5. Relevância da separação de poderes.....	32
CAPÍTULO III – SEPARAÇÃO DE PODERES E ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO	34
1. Estado de Direito Democrático	34
2. Importância da Separação de poderes para o Estado de Direito Democrático.....	35
3. Reflexão sobre a aplicabilidade da separação de poderes em Montesquieu na democracia Moçambicana	39
3.1 Actualidade da separação de poderes em Moçambique	40
3.2 Desafios da separação de poderes no país	42
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema *A separação de poderes como fundamento do Estado de Direito Democrático em Montesquieu*.

Actualmente, as sociedades africanas têm indagado acerca da eficácia da democracia o que, por um lado, tem causado reflexões académicas e, por outro, manifestações e greves. Devido a esses acontecimentos, torna-se necessária uma reflexão sobre a governação e o modo como o sistema de justiça opera nesses países. As democracias tradicionais tornaram-se ineficazes para responder aos anseios de uma sociedade em que a corrida pelo desenvolvimento equiparado a outros países, tem causado mudanças avassaladoras na política de governação que se fazem sentir nos vastos bairros periféricos dos países em via de desenvolvimento.

Assim, com o eminente crescimento intelectual das sociedades africanas, os líderes detentores do poder têm enfrentando complexidades em frear o poder de modo a não extrapassar o uso para o abuso. Como afirma Montesquieu na sua obra “*o espírito das leis*” publicada em 1748, os detentores do poder são naturalmente levados a dele abusar. É por conta do abuso do poder que surgiram revoluções que culminaram com a queda de grandes Estados cujas leis não mais surtiam efeito. Deste modo, Montesquieu empenha-se na busca pela compreensão do verdadeiro espírito das leis, contudo, isso implicou ter que entender como a lei, aplicada em cada um dos três tipos de governos, poderia promover a liberdade política e manter o princípio desse governo. É nesta ordem de ideias que Montesquieu institui a teoria da separação de poderes.

Há que considerar em muitos governos democráticos, que a separação de poderes encontra-se limitada. Assim, torna-se necessária uma reflexão sobre a separação de poderes em Estados de Direito Democrático, sobre tudo em países em via de desenvolvimento e é a partir desta problemática que surge a seguinte questão: Pode-se hoje, falar do Estado de Direito Democrático em sociedades onde a violação dos direitos constitucionais do cidadão obstam a liberdade política?

A escolha desse tema deve-se a necessidade de uma abordagem filosófico-epistemológica, dado que existem reflexões em torno da democracia mas, são quase inexistentes as reflexões sobre o modo como a democracia alienada aos partidos políticos opera nos países subdesenvolvidos, em

especial, Moçambique. Por via disso, é importante que se reflecta criticamente sobre os pressupostos segundo os quais se institui a separação de poderes, bem como a sua forma funcional e que nível de autonomia confere aos demais poderes de uma nação.

A nível social, a pesquisa pode ajudar a entender os princípios de um Estado de Direito Democrático em que a separação de poderes é verdadeiramente aplicada. Assim, buscar-se-ia promover a justiça e os direitos constitucionais dos Moçambicanos em prol de uma democracia do cidadão para o cidadão. Pelo que se tem visto, em nome da democracia, os governos têm usurpado e controlado não só o poder político, mas também os poderes legislativo e o judicial no crivo da aparente separação de poderes, o que galvaniza a tirania dos nossos tempos. A pesquisa pode ainda ser relevante a medida que, da análise feita, trazer os pressupostos da separação de poderes verdadeiramente aplicada que aferem a democracia actual, o estatuto de Estado de Direito Democrático.

Contudo, dando ênfase ao poder judicial é imprescindível referenciar que não se busca a autonomia total do poder judicial pois, deve-se manter o diálogo entre o judicial e o político sem que extrapolem os limites estipulados por lei. A autonomia que se busca é referente ao funcionamento, as nomeações, exonerações e prioridades do poder judicial que devem independe de quaisquer outras formas do poder do Estado, mas alienadas à busca do bem-estar social. Assim, esforços poderão ser empenhados para que as péssimas convicções que se tem do poder judicial, bem como do tipo de governação predominante possam mudar. Mais do que confiar no sistema de justiça os cidadãos precisam confiar que fizeram a escolha certa quando se dirigiram às mesas de votação e que seus problemas serão levados em consideração pelos seus representantes nos debates políticos. Contudo, só é possível propor mudanças viáveis se se entender como deve funcionar a separação de poderes tal como Montesquieu propôs e equiparar ao contexto Moçambicano.

O presente trabalho tem por objectivo geral – reflectir em torno da separação de poderes como fundamento do Estado de Direito Democrático em Montesquieu. E, por objectivos específicos: i) contextualizar o Estado de Direito; ii) explicar o sentido e funcionamento da separação de poderes em Montesquieu; iii) analisar a relevância da separação de poderes no Estado de Direito Democrático;

A pesquisa basear-se-á no método bibliográfico que consiste na colecta de obras consideradas pertinentes para o desenvolvimento do tema. Também será implementada a técnica hermenêutica textual que consiste na leitura, compreensão e interpretação de textos analisados e considerados pertinentes para o desenvolvimento do tema; serão também utilizadas outras técnicas como comparação.

O referencial teórico do trabalho versa sobre a separação de poderes proposta por Montesquieu constituído assim, o principal assunto a ser abordado. Este assunto é retratado desde a antiguidade clássica grega. Aristóteles (2005: 87), compreende a separação de poderes do Estado em três nomeadamente: o poder deliberativo sobre os negócios do Estado; poderes constituídos que é o que o Estado precisa para agir; e o terceiro poder abrange os encargos da jurisdição.

Contudo, John Locke (1998: 514) também divide os poderes do Estado em três, embora não se distinga tanto dos anteriores em sua função. Divide em poder legislativo, executivo e federativo. Embora elenque uma separação entre eles, Locke também enaltece uma hierarquização entre os poderes, sendo o poder legislativo superior aos demais.

Entende-se que na obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu propõe a separação de poderes como critério para a limitação do poder do soberano. Para Montesquieu (1996: 167) existe em cada Estado três tipos de poder que se subentendem em poder legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes e executivo que dependem do direito civil.

Há também uma abordagem recente para definir a separação de poderes, contudo, nos tempos hodiernos a separação de poderes passou a ser concebida com uma nomenclatura diferente, embora as funções fossem as mesmas. Desta forma, os poderes passaram a ser legislativo, executivo e judicial.

Nesta perspectiva, para Silva (2016: 217), a separação de poderes consiste em assegurar um equilíbrio no contexto do exercício do poder, ou seja, da prática de actos políticos e dos actos de Estado, como a determinação do interesse público e respectiva realização, a afirmação da independência nacional, a garantia da segurança pública ou as relações internacionais e diplomáticas.

O trabalho está estruturado em três (3) capítulos onde, o primeiro capítulo designa-se por Contextualização do estado de direito. O segundo capítulo, intitulado Separação de poderes e sua relevância política em Montesquieu. E último capítulo designa-se por Separação de poderes e estado de Direito Democrático.

CAPÍTULO I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Neste capítulo, pretende-se trazer o contexto histórico do Estado de Direito. Assim, torna-se necessário entender quais foram os marcos e pressupostos históricos que galvanizaram o surgimento do Estado de Direito. Entende-se que, de maneira geral, a defraudação dos direitos fundamentais dos Homens pelos soberanos é a principal causa da emergência do Estado de Direito. Desde nodo, estando os súbditos saturados e indignados com seus governantes, em união decidem albergar substrações que enalteçam seus direitos fundamentais e que tais substrações não sejam violáveis pelos detentores do poder. Assim, foi pela busca da limitação do poder do soberano que surgem as reivindicações como compreende-se na Magna Carta da liberdade de 1215; na Revolução Francesa e a conseqüente instauração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; e, no movimento constitucionalista que é comumente designado por Constitucionalismo. Estes movimentos serão igualmente desenvolvidos neste capítulo assim como o pensamento Aristotélico e Lockiano sobre a separação de poderes dando de forma geral, uma contextualização do principal assunto deste trabalho.

1. Magna Carta da Liberdade 1215

A Inglaterra foi um dos países que experimentou a monarquia absoluta na Idade Média, onde os reis tinham poder ilimitado e com isso algumas de suas mordomias eram consideradas exacerbadas e colocavam em causa as liberdades do povo e das instituições. Assim, nesta fase procurar-se-á estabelecer antes de mais, as principais características da Inglaterra que culminaram com a ruptura das convicções da nobreza e com a instituição da Magna Carta da Liberdade.

1.1 Do sistema político absolutista inglês

No decorrer da história inglesa, compreende-se que a partir do século XII com a predominância de uma forte influência religiosa, os conflitos que advinham das tribos eram resolvidos mediante a intervenção de algum representante religioso. Até a este nível não se podia falar de qualquer forma de justiça que não carregasse consigo um cunho religioso. A despeito desse facto, formou-se a *Commom Law* que adveio do facto de a Inglaterra estar a tornar-se uma potência militar e económica mundial. Nestes pressupostos, tornou-se necessário que o monarca criasse leis comuns que vigerassem em todo o território que governava, permitindo que o rei tivesse a

autoridade de redefinir o sistema buscando unificar as decisões e interpretações entre os juízes de diversas localidades. Assim, com o rei Henrique II “*o conjunto das reiteradas decisões passou a ser aplicado como fonte primordial do direito inglês baseando-se na monarquia como sistema de governo e na inexistência de separação de poderes*” (RODRIGUES, 2013: 18). Com o exposto, dá-se então a padronização do sistema judiciário, embora ainda não se pudesse assim chamar. Com o rei Henrique II a padronização do sistema judiciário e a inexistência de uma força Real capaz de supervisionar o cumprimento da lei, causou o desrespeito às leis.

Este facto contribuiu bastante para a instauração e difusão do absolutismo inglês, onde as leis e regras eram elaboradas pelo monarca mas não existia uma força que pudesse limitar as acções do monarca nem supervisionar o cumprimento ou incumprimento das leis. Com o Rei Ricardo Coração de Leão que sucedeu a Henrique II no trono inglês, engajado na liderança da terceira cruzada e em travar guerras com a França na busca de estipular o seu domínio, este monarca para além de aumentar drasticamente os impostos como forma de suprir as necessidades e preencher as lacunas financeiras que a guerra proporcionara, ausentou-se do reino durante quase todo o seu mandato. Caso que culminou com o enfraquecimento do poder real. Foi essa época que a nobreza decidiu opor-se aos impostos e “*fortalecer seus privilégios feudais e enfraquecer a autoridade do rei*” (ALVARO, SANTOS, *s.d.*: 91).

1.2 O rei João Sem Terra e a Magna Carta da Liberdade

Na governação do rei João Sem Terra¹, uma vez que o rei era monarca de si mesmo, todos os poderes eram restringidos a ele assim, o rei tinha o poder de julgar e criar as leis bem como de aumentar os impostos para as classes baixas. Para além disso, o rei era tido nessa época como sendo uma autoridade instituída por Deus cujo poder permitia que pudesse tomar as terras dos seus súbditos em nome da coroa. Em busca de mais poder, o rei inglês viu-se na autoridade de violar leis significativas pelas quais a Inglaterra serviu-se por longos anos, mas a essa época o poder da coroa já encontrava-se enfraquecido pela nobreza.

Contudo, houve a necessidade de se proporcionar um meio legal de limitar o poder do rei, que fazia com que os seus súbditos e barões sentissem-se ofuscados com o regime de governação.

¹ Rei da Inglaterra. Vide a Magna Carta de 1215;

Foi então que no ano de 1215, os nobres obrigaram o rei João Sem Terra a assinar um documento denominado Magna Carta onde constam as seguintes disposições:

1ª. Liberdade da igreja perante o Estado “*A igreja da Inglaterra será livre e serão invioláveis todos os seus direitos e liberdades: queremos que assim seja observado em tudo,...*” (Magna Carta: 1215: 1).

2ª. Liberdades dos Homens “*concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e pelos nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo remuneradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre...*” (ibidem). Aqui dão-se os primeiros passos para a instauração dos direitos e liberdades dos Homens. Com a Magna Carta, os poderes do rei passam a ser limitados e subordinados às leis estabelecidas. Assim, a Magna Carta torna-se o primeiro documento oficialmente reconhecido e assinado pelo rei, de defesa da liberdade de todos os homens habitantes da Inglaterra e que limitava ao mesmo tempo a autoridade da realeza.

2. Revolução Francesa

No extraordinário reinado de Luís XIV (1661-1715) dá-se na França o apogeu do absolutismo que perdura até o século XVIII. Neste tipo de governo o monarca é o cerne do poder, toda a soberania reside nele; delega todas as funções e não há discrepância entre o monarca e o Estado, entre o público e o privado senão para a nobreza e para o clero. Durante o governo de Luís XIV a França encontrava-se em uma crise financeira devido a guerra e não dispunha de condições para que pudesse manter os interesses dos cidadãos. “*Para que um Estado absolutista funcionasse o sistema financeiro tinha de ser sólido de forma a suportar todas as despesas inerentes à governação do reino*” (ALMEIDA, 2017: 38).

Ainda nesta época, a monarquia absoluta francesa encontrava-se vinculada intensivamente com a igreja, embora houvesse uma ruptura paradigmática com o Renascimento. A França no reinado de Luís XIV manteve-se teocrática porque ainda se tinha a convicção medieval segundo a qual o poder de um monarca era confirmado por Deus. “*A desobediência ao rei era assim uma desobediência a Deus. Desta forma, é fácil depreender que a igreja é um dos sustentáculos ideológicos da monarquia*” (idem: 44). Aqui, paulatinamente o monarca ia se tornando o detentor de um poder que ultrapassava o de todos os nobres, tornando-se cada vez mais difícil a

cessar a corte no reinado de Luís XIV. Assim, neste reinado a liberdade dos cidadãos, principalmente as da burguesia foram sendo alienadas aos interesses da nobreza e do clero.

A Revolução Francesa foi um período de profundas transformações políticas, sociais e económicas que a França experimentou no século XVIII. Importa referir que a França estava hierarquicamente organizada em três sucessões: o Primeiro Estado que correspondia ao clero; o Segundo Estado que correspondia à nobreza; e o Terceiro Estado constituído pelo restante da população. Nessa época, o governo Francês era uma monarquia absoluta que impedia a participação política dos membros do Terceiro Estado.

Nesta época, a França mergulhou em uma profunda crise financeira o que agravou o *status* social e causou desconforto em todas classes. Segundo Costa e Mello (2008: 329), com a insustentável crise, o rei Luís XVI resolveu convocar os Estados Gerais, assembleia que, em época de crise, tinham o propósito de aconselhar o rei. Essa instituição não tinha poder decisório, mas sim consultivo.

Segundo a tradição, cada Estado reunia-se em separado e expunha seu voto em bloco. Assim, a nobreza, o clero e o Terceiro Estado tinham direito a um voto, cada um. Esse tipo de escrutínio favorecia, naturalmente, o Primeiro e o Segundo Estado. Nessa votação ficou acordado que se deviam aumentar os impostos do Terceiro Estado como forma de responder a crise. Assim, o soberano tiraria mais, daquele que nada mais tinha para dar uma vez que o Terceiro Estado era composto pela burguesia, camponeses e outros da classe baixa. Este facto levou a burguesia a revoltar-se e constituir uma assembleia.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Com a formação da Assembleia Constituinte, baseada nos ideais iluministas de liberdade, essa Assembleia buscava independe das Assembleias gerais e consequentemente dar o fim a monarquia absolutista que predominava na época. Em 1789 dá-se a queda da Bastilha e dá-se início à decadência do governo do rei Luís XVI. “*A Revolução Francesa fez-se contra o despotismo, contra os privilégios em nome da liberdade e da igualdade*” (SANTOS, *s.d.*: 32). Após a queda da monarquia absoluta, lança-se a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, que dá início a uma monarquia voltada ao parlamento. Com a transição de uma monarquia absolutista para uma monarquia parlamentarista o Direito começa a controlar o

governo e o exercício do poder. O povo francês, convicto de que a principal causa de infelicidade é a ignorância, desprezo e esquecimento dos direitos fundamentais do homem e que essas também constituem causas preponderantes para a corrupção dos governos, reúnem-se em uma Assembleia Nacional onde

resolvem expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar seus direitos e seus deveres, a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a cada instante comparados com a meta de toda instituição política (SANTOS, *s.d.*: 37).

Esta declaração foi apelidada por Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nela constam leis fundamentais da humanidade, o que se dispõem como leis naturais de cada ser humano tais como: a liberdade e a igualdade de direitos; o fim da política como a conservação dos direitos naturais; a limitação da liberdade em prol dos direitos do outro; a soberania como pertencente a nação e não a um indivíduo específico; entre outras leis. A partir desse momento são enaltecidos valores como liberdade, solidariedade e fraternidade, sendo um dos factores do surgimento de novos movimentos que visam a limitação do poder como o constitucionalismo moderno.

3. Constitucionalismo

O constitucionalismo moderno é tido como um movimento que surge no século XVIII com ideias que buscavam limitar o poder do Estado. Desde os primórdios da humanidade, sempre houve a necessidade de governantes, contudo, ao longo da história nota-se que os governantes buscavam sempre poder para si mesmos estabelecendo domínio sobre os outros. Assim, a exaustiva insatisfação dos subordinados aos modos de governação e a falta de limitação dos poderes do soberano galvanizou o movimento constitucionalista que buscava dar o fim ao monopólio e abuso do poder. É na Revolução Francesa que se *“marca a ruptura com o estado absolutista. É com ela, e não obviamente com a transição inglesa para o sistema parlamentar ou com a revolução americana, que melhor se revela a contraposição entre Estados absolutistas e Estado Constitucional, representativo ou de Direito”* (PINTO, 2017: 13).

Há que considerar que existem vários movimentos constitucionalistas mas, estes não se desenvolveram do mesmo modo na Inglaterra, França e Estados Unidos. Mas, o que há em

comum é a necessidade da limitação do poder do Estado. Contudo, podem ser observados marcos do constitucionalismo ao longo da história. Na Idade Média, a Magna Carta de 1215 representa um grande marco do Constitucionalismo nesta época pois esta carta estabelece de modo formal a protecção a alguns dos mais importantes direitos fundamentais do Homem.

Para Canotilho (2003: 51) o Constitucionalismo nada mais é senão a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Desta forma, o constitucionalismo moderno representa ‘uma técnica específica da limitação do poder com fins garantísticos’. Este conceito transporta assim, um ‘claro juízo de valores. Ademais, o autor vai ainda concepcionar o Constitucionalismo como uma teoria normativa da política.

Para este movimento, a noção de Constituição envolve uma força que possa limitar e vincular todos os órgãos do poder político mas também, que fosse concebida como um documento rígido e escrito que seja compreendido como norma suprema e fundamental superior a todas as outras.

O constitucionalismo moderno vem romper as barreiras de garantias fundamentais limitadas pelos Estado Absolutistas, destruindo o paradigma de soberania e acima de tudo de organização na seara da política governamental, limitando o poder de atuação do Estado e descentralizando os poderes-executivos, legislativo e judiciário, pautando em um documento de lei: a constituição (ANDRADE; BARROS. RUIZ, 2011: 23-24).

Desde o surgimento deste movimento, a sua maior preocupação foi a independência entre os poderes do Estado, que correspondiam ao poder executivo, legislativo e judicial. Embora alguns Estados fossem parlamentares, não impediam que a concentração do poder não existisse.

“Partindo, então, da ideia de que todo o Estado deve possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora do antigo regime” (LENZA, 2017: 64). Neste sentido, a Constituição emergiria como um documento rígido e escrito, hierarquicamente superior a qualquer norma e que concentra em si, as normas que regulem sua alteração e as leis fundamentais dos homens e do funcionamento do Estado. A esse respeito, não existiria poder superior as normas constitucionais e todos a ela estariam submissos proporcionando, assim, a limitação e a separação de poderes.

4. Separação de poderes

Desde a antiguidade clássica, a concentração de poderes sempre foi vista como obstáculo a boa administração da *polis*. Contudo, abordar a separação de poderes exige que se retorne a antiguidade clássica. É com Aristóteles que são elencadas algumas disposições que tornaram possível a concretização da separação de poderes nos tempos hodiernos. Estas teorias que são desenvolvidas nesta época constituem a gênese da separação de poderes que viria ser aprimorada, dando início a uma nova Era política, em que os poderes do Estados encontram-se descentralizados.

4.1 Separação de poderes em Aristóteles

Aristóteles é considerado um dos pioneiros da teoria da separação de poderes. O problema da concentração do poder é antigo pois, as grandes monarquias apresentavam em si a centralização do poder na pessoa do Rei, na qual também residia a soberania. Contudo, a contribuição de Aristóteles torna-se relevante para a descentralização dos poderes. O autor inicia por identificar três regimes de governos: governo de um – monarquia; governo de poucos – aristocracia e o governo de muitos – a república. Contudo, estes regimes possuem outras designações quando são corrompidos.

O grande mérito de Aristóteles nesta questão consiste no facto de ter determinado três funções do Estado, e é aqui onde se encontra embora de forma implícita, a separação de poderes. Para o efeito, Aristóteles inspira-se na organização da república ateniense, em que a assembleia dos cidadãos deliberava acerca das grandes questões da cidade, no que diz respeito a paz ou guerra, os magistrados aqui desempenham tarefas que conduzem a uma unidade política e os tribunais exercem suas funções com coerência. Assim,

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provém as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (ARISTÓTELES, 2005: 87).

Importa referir que Aristóteles não tinha a pretensão de limitar o poder do Estado mas sim, de salvaguardar a participação dos cidadãos no exercício das funções do Estado e de garantir que os seus interesses fossem cumpridos. De acordo com Camargo (2021: 9), Aristóteles trouxe novamente a questão da necessidade de limitação da concentração do poder nas mãos de um só, ao elencar que não é justo que o Rei disponha de tudo de acordo com a sua vontade, como senhor absoluto. Deve-se considerar aqui que o autor ao estipular critérios de separação das funções de um Estado deu início a descentralização do poder na pessoa do Rei ou monarca. Assim, a cada órgão constitui uma função específica e nenhum deles detém o monopólio do poder.

4.2 Separação de poderes em John Locke

Os séculos XVII e XVIII são marcados pelo surgimento de uma nova classe social, a burguesia, e pela consolidação do capitalismo como modelo económico. Contudo, com Locke compreende-se que o poder, o verdadeiro poder, deriva do contrato social que seria concedido pela sociedade ao escolher seus governantes.

Ele critica o absolutismo e a concentração do poder na mão do governante, porque o poder emana da sociedade por meio de um pacto social. Desta forma, deve haver divisão de poderes, (*o executivo, o legislativo e o federativo ou judicial*), para que possa haver fiscalização de um sobre o outro. Assim diz Locke, “*sendo todos os homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem, sem o seu consentimento*” (LOCKE,1998: 468). É dessa forma que Locke verifica a passagem do estado natural para a sociedade civil e elogia a propriedade privada como um direito natural, assim como a vida e a liberdade, exigindo ao Estado o dever de proteger as propriedades do cidadão. Desta feita, o poder legislativo é concebido como “*aquele que tem o direito de fixar as directrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la e a seus membros*” (*idem*: 514).

Porque as leis precisam de uma garantia de execução permanente, o autor julga necessário que se separe o poder legislativo do poder executivo. Assim, o poder executivo cuida da execução das leis que são elaboradas pelo poder legislativo. Contudo, o poder federativo é o responsável pela gestão da segurança e do interesse público externo. Contudo, para Locke (*idem*: 521-522), tanto

o poder executivo quanto o federativo são subordinados ao poder legislativo, admitindo uma hierarquia entre os poderes onde o poder legislativo é superior aos demais.

Na perspectiva Lockeana, (*idem*: 468-470) o homem não delegou ao Estado senão os poderes de regulamentação das relações externas na vida social, pois reservou para si uma parte de direitos que são inegáveis. Os direitos naturais são anteriores ao Estado e a autoridade deve promover e dirigi-los com justiça, o contracto é utilitário e a sua moral deve ser para um bem colectivo. Devemos admitir que o estado, não cria a propriedade privada porque é uma base natural, mas deve reconhecê-la e protegê-la.

Assim, as funções do Estado podem ser divididas em duas: elaborar as leis e garantir a sua aplicabilidade. Ao poder legislativo cabe a elaboração das leis e que, ao deliberar determinada lei, deve sempre procurar buscar o bem geral da sociedade e também obrigar aos governantes a cumpri-la. Ao poder executivo cabe a aplicação das leis na sociedade. Este deve garantir que as leis sejam cumpridas independentemente do “*status*” social do indivíduo. Quando ao poder federativo, deve garantir a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela. Estas funções devem ser executadas por uma só pessoa como forma de evitar desordens.

CAPÍTULO II – SEPARAÇÃO DE PODERES E SUA RELEVÂNCIA POLÍTICA EM MONTESQUIEU.

Neste capítulo, tratar-se-á da separação de poderes na perspectiva de Montesquieu. Como fora abordado anteriormente, as reflexões sobre a separação de poderes antecedem os estudos feitos por Montesquieu mas, é com ele que se aprimora a separação dos poderes e esta volta-se para a realidade vivida em sua época. Contudo, vislumbrando a verdadeira aplicabilidade das leis, Montesquieu começa por dividir os tipos de governo e entender qual é a natureza e o princípio de cada governo bem como os seus modos corruptos.

Montesquieu salvaguarda o papel da separação de poderes como alternativa para a descentralização do poder e procura encontrar uma forma em que os poderes limitam-se entre eles.

1. Os três tipos de governo e sua natureza segundo Montesquieu

Montesquieu definiu três principais formas de governo segundo sua natureza e princípios. Importa referir que estes governos não podem ser considerados em si os melhores pois, o autor procura caracterizá-los como forma de explicitar suas divergências e congruências para definir sua natureza e entender como deles emana uma lei.

1.1 Governo Republicano (aristocrata ou democrática) – o poder soberano é de todo o povo ou de uma parte do povo. Quando este poder é de alguns diz-se que é uma aristocracia e quando é de todos diz-se que é uma democracia, aqui o povo “*só pode ser monarca com seus sufrágios, que são suas vontades. A vontade do soberano é o próprio soberano. Logo, as leis que estabelecem o direito de sufrágio são fundamentais nesse governo*” (*idem*: 20). Neste tipo de governo, são sempre as vontades gerais que devem imperar contudo, Montesquieu advoga que sendo o povo soberano de si mesmo, deve fazer por si tudo quanto pode fazer bem, quanto ao que não pode ser bem feito, que o faça por intermédio de seus ministros.

Contudo, há que frisar que embora a democracia seja o governo de todos, não seria eficaz que as decisões fossem tomadas em uma praça pública como faziam os Atenenses mas, que o fizessem por meio do sufrágio. Assim a primeira lei fundamental da democracia é o sufrágio e outra é “*aquela que diz que somente o povo elabora as leis*” (MONTESQUIEU, 1996: 23). Se um povo,

como maioria elabora suas próprias leis, não se pode considerar que seria da vontade deste elaborar leis que prejudicassem a si mesmo. Contudo, neste governo o princípio que impera é a virtude.

Quanto a aristocracia, a soberania reside em algumas pessoas e são estas que se responsabilizam por elaborar e colocar em vigor as leis. Se o povo representado como soberano, for nobre e conseqüentemente tender aos seus interesses, este não deve buscar oprimir as demais classes. A despeito disso, *“a melhor aristocracia é aquela na qual a parte do povo que não tem participação no poder é tão pequena e tão pobre, que a parte dominante não tem nenhum interesse em oprimi-la”* (idem: 25). Desta forma, quanto mais próxima estiver a aristocracia da democracia, mais perfeita ela se torna.

1.2 Governo Monárquico – tido como governo em que um só homem governa com as leis fundamentais fixadas e estabelecidas. Para o autor neste governo a dependência dos poderes intermediários constitui a natureza da monarquia. Para que a monarquia seja estabelecida é necessário que ela seja nobre pois, não se pode desvincular a monarquia da nobreza nem a nobreza da monarquia. Contudo, não basta que haja grupos intermediários em uma monarquia, é necessário que tais estejam vinculados às mesmas leis e, assim sendo, é necessário que exista um órgão capaz de lembrar a nobreza dessas leis quando são esquecidas. Contudo, o princípio desse governo é a honra. Nestes Estados, o poder é limitado pela honra, que exerce o papel de seu motor. Não há monarquia sem honra, assim a honra torna-se aqui um dos factores (senão o único) limítrofe no exercício do poder uma vez que, a honra governa sobre o monarca e sobre o povo.

1. 3 Governo Despótico – este é o governo de um só, senhor e soberano, sem leis e devasso. Neste governo o soberano impõe tudo aos seus súbditos por vontade própria, buscando sempre satisfazer os seus caprichos. Aqui não há distinção entre coisa pública e privada, entre o que pertence ao povo ou ao Estado e o que pertence ao soberano. Neste tipo de governo o soberano não encontra nenhum tipo de limitação do seu poder. O estabelecimento de um vizir é aqui tido como lei fundamental. Neste tipo de governo não existe um depósito de leis fundamentais, não há que considerar a vontade de outros homens *“nestes Estados, quanto mais povos o príncipe tem para governar, menos ele pensa no governo; quanto maiores são os negócios, menos se delibera sobre os negócios”* (idem: 29).

Aqui, o príncipe é o soberano, este tipo de governo é o que vigora nas monarquias absolutas ou o que nos tempos hodiernos apelidaram-se de governos tiranos. A lei e a soberania residem em uma só pessoa, o princípio desse governo é o temor pois não lhe é conveniente que haja virtude nem que haja honra. Assim, o governo despótico é o principal factor galvanizador do pensamento político de Montesquieu no espírito das leis. *“Nos Estados despóticos, a natureza do governo requer uma extrema obediência; e a vontade do príncipe, uma vez conhecida, deve produzir seu efeito tão infalivelmente...”* (MONTESQUIEU, 1996: 39). Aqui não existem acordos, nem contratos e se quer negociações; os homens obedecem fielmente a outro homem e isto parece algo natural e não convencional.

2. Do princípio do governo e sua relação com a lei

A república é comumente entendida como o governo que alberga a aristocracia e a democracia e tem como princípio a virtude. Contudo, na democracia o povo deve realizar correctamente tudo que pretender realizar e exercer a sua soberania através do voto, segundo o qual elege seus representantes para segundo as leis realizar tudo o que o povo não pode realizar.

Neste sentido, o representante do povo nunca deve agir por interesse próprio mas, no interesse do povo e da colectividade. *“O amor a frugalidade limita o desejo de possuir ao cuidado que requer o necessário para sua família e para si mesmo, e até mesmo o supérfluo para sua pátria”* (*idem*: 54). Toda acção voltada para os interesses do representante do povo não pode ser subjugada sob o prisma da democracia nem de seus princípios, bem como toda acção que não seja benéfica para a pátria pois, entende-se na democracia a virtude como amor à pátria, a igualdade e a frugalidade.

Assim, as leis devem ser feitas respeitando as características do povo soberano, sem que sejam universalizadas em todas as sociedades. Neste governo a virtude ou como o autor chamara *“virtude política”* é algo difícil de se alcançar pois, quem manda executar as leis, está e deve estar cónscio de que ele próprio está a elas submisso e que sofrerá o mesmo peso que os demais cidadãos sofrerão com a execução da lei. Assim, a lei torna-se algo indispensável na democracia e esta deve estar relacionada ao princípio deste governo. O lugar natural da virtude é vinculada à liberdade mas, esse facto ainda encontra-se distante o que causa a desigualdade que fragiliza a democracia.

Na aristocracia se constatar-se que o poder é virtuoso, então este estará próximo da felicidade encontrada na democracia e o Estado será poderoso. Todavia, na aristocracia as desigualdades sociais são muito notórias. Os homens afortunados não compartilham os mesmos interesses com os demais, o que faz com que a virtude não seja alcançada. Ora, se entende-se a virtude como amor à igualdade, como se pode detê-la em um Estado com tamanha desigualdade? A despeito disso, tonar-se imperioso que na aristocracia as leis busquem promover um espírito de moderação “*é o que se chama de virtude na aristocracia; nela, ele ocupa o lugar do espírito de igualdade no Estado popular*” (MONTESQUIEU, 1996: 62). Aqui, a lei deve procurar o equilíbrio, promovendo a igualdade que se torna necessária ao Estado.

Existem, portanto, duas principais fontes de desigualdade nesse Estado: “*a desigualdade extrema entre os que governam e os que são governados e a mesma desigualdade entre os diferentes membros do corpo que governa. Dessas duas desigualdades resultam ódios e ciúmes que as leis devem prevenir ou deter*” (*idem*: 63). A primeira desigualdade é referente aos privilégios dos que governam em detrimento dos que são governados; aqui, os primeiros estabelecem vantagens e honrarias para si, sem se importar com os que são governados, as leis tornam-se injustas e reprimem os governados.

Portanto, os magistrados não devem receber honrarias por sua magistratura, antes devem elaborar leis que busquem justiça para o povo e se não houver um magistrado, que a magistratura resida na própria lei, ou seja, a lei seja o magistrado do povo. Assim, qualquer forma de manipular o magistrado para que a lei não seja exequível arruína a aristocracia e a torna mais próxima de uma tirania. Nesta perspectiva, a lei deve procurar eliminar o orgulho da dominação na aristocracia. É assim, que torna-se necessário um magistrado que faça os nobres temerem desta forma, as leis devem favorecer as distinções entre famílias que a vaidade coloca e dar fim as contestações entre os nobres. Assim, a igualdade que a lei promove para as famílias faz com que se preserve a união.

O governo despótico tem como princípio o temor. Este temor é apenas para povos ignorantes, onde não são necessárias muitas leis. Os Homens neste tipo de país apenas precisam de uma figura que os governe. O príncipe encontra-se tão defeituoso que ninguém ousa expor sua estupidez pois, “*a conservação do Estado é apenas a conservação do príncipe, ou melhor, do seu palácio onde ele fica trancado. Tudo o que não ameaça directamente este palácio ou a*

capital não causa nenhuma impressão em espíritos ignorantes, orgulhosos e preconceituosos;...” (MONTESQUIEU: 1996: 70). Aqui não há expressão da política, não se pode falar da virtude política nem da honra. No governo despótico o príncipe não distingue a coisa pertencente ao povo e a coisa pertencente e si mesmo. Os bens e patrimónios que deviam ser considerados públicos são aqui apenas uma extensão do património do príncipe. As leis e regras são apenas aplicadas para promover os interesses e privilégios do príncipe. Tudo quanto se tem neste Estado reduz-se a alienação do governo político e civil ao governo doméstico.

Nestes Estados, a religião tem mais influência do que em qualquer outro; é um temor que acrescenta ao temor... é da religião que os povos tiram em parte o temor ao seu príncipe... os súbdito, que não estão ligados à glória e à grandeza do Estado pela honra, o estão pela força e pelo princípio da religião. De todos os governos despóticos não há nenhum que se torne mais pesado para si mesmo do que aquele em que o príncipe se declara proprietário de todos os fundos de terras e o herdeiro de todos os seus súbditos (*idem*: 71).

De outra forma, neste tido de Estado não se melhora nem se altera nada, o que o príncipe decreta se tem como causa final. Uma vez que não são estabelecidas neste tipo de governo leis fundamentais, a sucessão do império não é fixa pois, o sucessor é escolhido pelo príncipe. Esta forma de aceder a sucessão faz com que os príncipes escolhidos tenham seus irmãos como rivais e escravos, o que leva a disputa pela coroa.

3. A corrupção dos princípios dos três governos

Segundo escreve Montesquieu no seu oitavo livro, a democracia corrompe-se quando se perde o espírito da igualdade. Bem como, pelo excesso da expressão dessa liberdade, quando cada um pretende ser igual ao representante que escolheu. Assim, “*o povo, não podendo suportar o próprio poder que delegou, quer fazer tudo sozinho, deliberar pelo senado, executar pelos magistrados e despojar todos os juízes*” (MONTESQUIEU, 1996: 121). Quando o povo passa a querer fazer as coisas por si, não mais são respeitadas as estruturas que, por meio do voto, o povo delegou o exercício do poder. Assim, o que pretendia que se tornasse em liberdade agora torna-se libertinagem. Ninguém torna-se submisso a ninguém; não mais podem ser vistos costumes como amor à ordem e virtude.

A igualdade que outrora a virtude, pelo amor a frugalidade promovia, não mais se pode ter e as desigualdades tornam-se ainda mais agudas. Enquanto isso, “*o povo cai na desgraça quando aqueles a quem confia seu destino, querendo esconder sua corrupção, tentam corrompê-lo. Para*

que o povo não perceba sua ambição, só lhes falam de sua grandeza; para que não perceba sua avareza, elogiam sempre a do povo” (idem: 122). Verifica-se aqui que sempre que se esconde a corrupção, os representantes procuram apenas “bajular” o povo, escondem seus interesses por detrás dos interesses do povo. Este facto faz com que os povos ceguem-se para a verdade e mergulhem em sua própria ignorância. Fomentando cada vez mais a corrupção entre os que já a praticam e repartindo entre si os bens públicos. Desta feita, sem virtude nem ordem, o sufrágio puro e sincero é trocado pelo dinheiro.

Na aristocracia, a corrupção urge quando os nobres se tornam arbitrários, não havendo mais virtude nos que governam nem nos que são governados. Assim quando as famílias que reinam observam as leis esta monarquia torna-se boa naturalmente, do contrário ela transforma-se em uma tirania.

A monarquia se corrompe quando em sua ignorância, julga demonstrar melhor o seu poder na mudança da ordem das coisas do que, seguindo-as. “*A monarquia perde-se quando o príncipe, tudo reduzindo a si mesmo, chama o Estado para sua capital, a capital para sua corte e a corte para sua pessoa” (idem: 126).* Isso faz com que o príncipe não reconheça o amor de seu povo e estando sempre seguro de si, extrapola os limites entre o monárquico e o tirano, tornando-se, desta feita, déspota para com seu próprio povo. A monarquia também corrompe-se quando o princípio da honra é colocado em contradição pelas honrarias e o príncipe transforma sua justiça pela severidade, principalmente quando o poder do monarca aumenta torna-se cada vez mais corrompido.

3.1 Subalternização da liberdade

Montesquieu viveu em um Estado monárquico francês, embora a França do século XVIII ainda tivesse em uma forte convicção da lei como tendo origem e finalidade divina. Mesmo sendo aristocrata, os principais ideais de Montesquieu na defesa das classes desfavorecidas surgiram ao longo do tempo, mediante as viagens que fazia e pelo contacto com burgueses e pessoas de outras classes. Montesquieu constata que as leis não podem ser elaboradas de forma arbitrária, embora toda e qualquer reflexão sobre a lei devessem ser feitas tendo em consideração as leis fundamentais dos homens. Tais leis são inalienáveis e insubstituíveis.

Este leque de pressupostos contribuiu para que se pudesse estipular uma forma que parecesse proporcionar aos cidadãos as melhores maneiras de gozar sua liberdade. Os direitos que foram soterrados pelos governos tiranos e pelo monopólio do poder são enaltecidos em prol de uma liberdade mais justa. Ademais, é necessário que se entenda que a liberdade de que se busca não se limita a liberdade do cidadão, mas abrange a liberdade política.

É necessário salvaguardar que liberdade não é fazer o que cada um quer, não é escolher um governo em detrimento do outro de acordo com inclinações individuais mas, a liberdade deve ser vista como algo intrínseco ao homem, que nela encontra sua razão de ser e nela encontra a limitação do ser agir. “*A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder*” (MONTESQUIEU, 1996: 166). Dito de outro modo, ser livre para o autor não é fazer o que cada um tem vontade de fazer, mas significa obedecer a lei, as disposições que foram estipuladas por lei a ponto de que essa liberdade não se torne uma infracção. Como dito nas línguas vernáculas “*a minha liberdade termina onde inicia a liberdade o outro*”. Nesta disposição, se cada um decidir transpor a lei para satisfazer as suas vontades, haverá um cidadão que transpondo a mesma lei em sua liberdade, ferirá os direitos fundamentais do outro.

Para que se efective a liberdade entre os cidadãos é necessário que o governo em si seja livre, por intermédio da liberdade política. “*A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão*” (*idem*: 168). Esta liberdade não se encontra naturalmente predisposta em governos pois, ela apenas existe quando não se abusa do poder, embora que tenha a convicção de que o homem que detém o poder é naturalmente tentado a dele abusar, buscando sempre o limite.

4. Teoria da tripartição de poderes

Partindo da ideia segundo a qual o poder deve ser limitado pelo poder, pressupõe-se que uma Constituição pode ser tal que os cidadãos encontrem nela a disposição de suas leis, a exaltação e a limitação de sua liberdade e o poder encontraria nela sua limitação.

Não se pode, portanto, advogar que se pela disposição das coisas encontram-se os poderes legislativo e executivo reunidos no mesmo corpo, pode se falar de liberdade. Se da mesma disposição alegar-se que o poder leva a pessoa que o detém a naturalmente abusar dele, não se pode prescrever que neste caso, o monarca não abuse do poder e não crie leis tiranas para o seu governo nem que governe com prudência. Contudo, para que se evite ambiguidades, não se deve mesclar a separação de poderes com a distribuição das funções de um Estado. Para Montesquieu não se pode falar de liberdade enquanto não houver a separação entre o poder legislativo, executivo e judicial.

“Não é tanto à separação de poderes – expressão que ele não emprega uma só vez – Montesquieu dá importância para o estabelecimento da liberdade política, senão ao seu equilíbrio, isto é, segundo sua expressão já posta em relevo, aquilo por que o poder detém o poder” (WODON *apud* MENEZES, 1992: 255). Se a liberdade política pressupõe que os poderes devem estar separados, para que não se possa abusar do poder, porventura não é irônico que o executivo deva estar unido ao judicial ou ao legislativo? Não seria esta uma nova forma de estatuir um opressor? Contudo, tudo estaria perdido se o mesmo homem exercesse os três poderes: o poder de fazer as leis, o poder de executar as tarefas públicas e o poder de julgar os crimes. Este cidadão estaria sujeito a ser o executor das leis o que por um lado, pode levá-lo a arrasar o Estado com suas vontades gerais e por outro lado, pode destruir cada cidadão. Aqui o poder é um só pois, encontra-se concentrado em uma só pessoa.

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. Tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. Quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio... (MOARES, 2000: 69).

A França do tempo de Montesquieu ainda encontrava-se em um governo monárquico. Embora ela estivesse se tornando parlamentarista, havia ainda a necessidade do monarca respeitar as leis; o monarca e sua família devem aqui, submeter-se as leis estipuladas para os cidadãos. Assim, a separação de poderes busca, desta feita, equilibrar os governos visando a existência de órgãos independentes para o desempenho de determinadas funções do Estado, evitando assim o governo despótico que é a principal forma de governo que Montesquieu tem aversão. No pensar de Barracho e Lukamba (2012: 173) Montesquieu propõe como solução ao problema da liberdade

política a monarquia constitucional saída da segunda revolução inglesa, monarquia esta caracterizada pela separação de poderes. “*Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil*” (MONTESQUIEU, 1996: 167). No primeiro poder pode se subentender que o autor fala do poder legislativo; no segundo que corresponde ao poder de governar e decidir sobre a paz ou a guerra refere-se ao poder executivo; e, no terceiro, o poder de julgar refere-se ao poder judicial.

4.1 Poder legislativo

O poder legislativo corresponde ao poder de elaborar as leis contudo, a pessoa ou grupo que as elaborar não pode ser detentora de qualquer outro tipo de poder que não seja o de legislar. “*O poder legislativo, que faz as leis, ... devia dividir-se em câmara baixa que representa o povo e câmara alta que representa os nobres e o clero*” (BARRACHO & LUKAMBA, 2012: 173). Neste tipo de poder, não sendo possível que o povo elabore suas leis de forma directa, estes devem delega-las a seus representantes; assim os representantes tomariam as decisões que o povo não pode tomar e assim, devem fazer cumprir a vontade do povo.

Dessa forma, os deputados devem prestar contas com o povo que os elegeu. O poder legislativo deve poder limitar o poder executivo porém, “*se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneiras as leis que criou foram executadas*” (MONTESQUIEU, 1996: 174). Independentemente da natureza do exame, o poder legislativo não tem e não deve ter o poder de julgar a conduta daquele que o executa permitindo assim, que haja liberdade e que o corpo legislativo não se torne tirano. Também não é conferido a este poder a capacidade de julgar.

4.2 Poder Executivo

Referente ao ‘*executivo das coisas que dependem do direito das gentes*’, o poder executivo pertence ao Rei. Assim alega Montesquieu, porque esta parte do governo necessita constantemente de uma acção momentânea e é melhor administrada por um e não por muitos. Este poder é responsável por garantir a execução das leis criadas pelo poder legislativo e por garantir o funcionamento das disposições públicas. Este poder vai ter a faculdade de impedir as

leis que forem elaboradas pelo poder legislativo e que não tenham critérios básicos de aplicabilidade na sociedade. “*Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes*” (MONTESQUIEU, 1996: 173-174). Quanto a limitação que o poder executivo exerce sobre o judicial, não se pode admitir uma reciprocidade pois seria redundante que este limitasse aquele pois é limitado por natureza. Assim, o poder executivo deve participar da legislação com a pretensão de impedir processos legislativos que resultariam em leis arbitrárias para que não seja privado de seus privilégios, tomando uma posição defensiva.

4.3 Poder judicial

Condizente ao ‘*executivo das coisas que dependem do direito civil*’, o poder judicial pertence a um corpo independente, embora o autor não fala directamente do poder judicial contudo, é dentro do poder executivo que se encontra o poder de administrar a coisa pública e de julgar os conflitos entre os cidadãos. “*Cuida das relações e dos conflitos internos, enquanto o poder executivo do Estado (liberal clássico) cuida das relações internacionais (e de algumas poucas – muito poucas – questões internas, notadamente a segurança)*” (AMARAL JÚNIOR, s.d.: 4) Este poder deve estar desvinculado dos demais poderes como acontece com o poder executivo e legislativo.

Assim, a capacidade de julgar apenas é inerente ao poder judicial. Aqui também torna-se necessário que o poder de julgar seja limitado, embora este não seja exercido por um corpo permanente de Homens. O poder de julgar deve ser exercido por pessoas seleccionadas entre o povo, que apenas permanecerão durante um determinado tempo julgado necessário para o efeito. Com este parecer os tribunais deixam de ser fixos mas, isso não impede que os julgamentos o sejam. Com a lei e tão-somente pela lei se pode julgar, com a mesma disposição prescrita por lei. Assim, o poder de julgar encontra sua limitação na lei; “*o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar. A sentença do julgador já está na lei. O poder de julgar limita-se a realizá-la em concreto*” (idem: 6). Embora o poder de julgar deva permanecer desvinculado do legislativo, Montesquieu confere excepções para o poder de julgar segundo afirma Amaral Júnior (s.d.: 6) pelo que:

1º. Porque os grandes estão sujeitos a invejas, (entenda-se aqui os grandes como a nobreza e o clero) e assim sendo não podem ser julgados pelo povo pois estariam em perigo porque lhes seriam atribuídas leis rigorosamente exacerbadas. A despeito disso, convocar-se-á a parte nobre do legislativo para que possa julgar de acordo com o prescrito na lei. Desta forma, como em um Estado livre, os grandes estariam sujeitos aos seus pares.

2º. Quando a lei demonstra-se ser rigorosa demais em certos casos, na incapacidade dos juízes em ter de amenizá-la pois, devem julgar sem moderar a força nem o rigor da lei. Torna-se necessário “um tribunal necessário”. Aqui o legislativo procura com autoridade suprema, *‘moderar a lei em favor da própria lei’* atribuindo sentenças com menos rigor do que ela.

3º. Quando um cidadão nos negócios públicos viola os direitos do povo e comete crimes que os magistrados não saibam e não queiram julgar, não cabe ao legislativo julgar pois este representa aqui a parte interessada. No entanto, o legislativo deve rebaixar-se e assumir o papel de acusador diante dos tribunais da lei e que a acusação seja feita a parte legislativa dos nobres onde não possuem interesses nem paixões iguais.

5. Relevância da separação de poderes

Um dos principais factores de instauração da separação de poderes é o garante da liberdade do Homem em uma sociedade em que os governantes são tidos como única fonte detentora de todo o poder de um Estado. Isso denota-se com a célebre afirmação do rei Luís XIV que diz “*o Estado sou eu*” afirmando assim um extremo absolutismo que era vivenciado naquela época.

Contudo, a liberdade só é garantida quando todos aceitarem, respeitarem e compreenderem a importância das leis que foram estabelecidas para aquela sociedade. Para tal, “*as leis devem ser relativas ao ambiente físico do país... a noção do espírito geral de cada nação, que contribui para forjar governo, religião, tradições, costumes e maneiras, assim como o clima*” (CHEVALLIER, 1998: 122). Assim, as leis não são tidas como injustas mas sim, como normas que representam o contexto da realidade de uma determinada sociedade, em um determinado tempo e sobre uma determinada circunstância. Com isso, não se podem ter as leis universais pois as leis variam de acordo com as disposições de cada sociedade. Ao se passar do absolutismo para

o constitucionalismo, Montesquieu inaugura uma nova Era para a política bem como para o direito constitucional que viria influenciar o modo como são elaboradas as leis.

... Montesquieu mostra claramente que há uma imbricação de funções e uma interdependência entre o executivo, o legislativo e o judiciário. A separação de poderes da teoria de Montesquieu teria, portanto, outra significação... de assegurar a existência de um poder que seja capaz de contrariar outro poder. ...É um problema político, de correlação de forças, e não um problema jurídico-administrativo, de organização de funções. Para que haja moderação é preciso que a instância moderadora (isto é, a instituição que proporcionará os famosos freios e contrapesos da teoria liberal da separação dos poderes) encontre sua força política em outra base social. Montesquieu considera a existência de dois poderes – ou de duas fontes de poder político, mas precisamente: o rei, cuja potência provém da nobreza, e o povo... a estabilidade do regime ideal está em que a correlação entre as forças reais da sociedade possa se expressar também nas instituições políticas. Isto é, seria necessário que o funcionamento das instituições permitisse que o poder das forças sociais contrariasse e, portanto, moderasse o poder dos demais. (ALBUQUERQUE, 2006: 119-120).

Aqui, torna-se necessário que tanto a nobreza quanto o povo mediante poderes independentes possam contrapor um ao outro, em especial ao poder executivo, como forma de limitar o poder do Rei. Este poder deve ser exercido de forma intelectual, sem que se tenha a nulidade de outras formas de limitação como a legislação. Com a separação de poderes, “*sendo cada um dos poderes confiado a um órgão distinto e independente dos outros, garante-se assim um regime fundado na liberdade*” (BARRACHO & LUKAMBA, 2012: 173).

Essa teoria da separação de poderes, surge como fundamento para assegurar a liberdade política. Decerto que, nos tempos hodiernos, a liberdade política não apenas abrange a livre participação nas decisões políticas mas também, enaltece a liberdade de expressão. Assim, a teoria da separação de poderes torna-se um dos principais moldes para as democracias contemporâneas em que os governos centralizados não encontram seu enquadramento, bem como, serve de suporte político para uma governação voltada aos cidadãos e ao bem-estar social.

CAPÍTULO III – SEPARAÇÃO DE PODERES E ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Neste capítulo, procurar-se-á entender o Estado de Direito Democrático podendo se estabelecer a discrepância entre este e o Estado de Direito. Ademais, busca-se entender como a separação de poderes fundamenta o Estado de Direito Democrático na perspectiva de Montesquieu sendo que há necessidade desse Estado garantir os direitos fundamentais e as liberdades dos seus cidadãos. Assim, vai-se procurar analisar como um Estado é sem a separação de poderes para poder realçar a importância da separação de poderes na fundamentação do Estado de Direito Democrático.

1. Estado de Direito Democrático

O Estado de Direito pode ser compreendido como uma estrutura política que se fundamenta na lei, ou seja, encontra na constituição a sua razão de ser. A ideia do Estado de Direito começa após a Revolução Francesa na França e na Inglaterra, com a ideia do *Rule of Law* onde o Direito começa a controlar o exercício do poder. Na óptica de Silva (2016: 114-115) o princípio do Estado de Direito é uma grande conquista do constitucionalismo e este princípio significa que o Estado não é absoluto, mas sim limitado e essa limitação do poder estadual não tem apenas uma dimensão orgânico-funcional, ela corresponde à forma como se reparte o poder entre diferentes órgãos de soberania e se instituem mecanismos de freios e contrapesos entre os órgãos e esses poderes, de modo a controlá-los e limitá-los.

Como fora abordado, os Estados absolutistas não tinham a limitação do poder contudo, o Estado de direito não apenas encontra na constituição seu fundamento mas também encontra nela sua limitação. Neste Estado as vontades do governante são substituídas pelas razões do Estado assim, ao mesmo tempo que pela lei são legitimadas as acções do Estado, pela lei também são limitadas tais acções.

Ora, o Estado de Direito surge, idealmente, de formulação tipicamente liberal, como limitação ao exercício do Poder, diante da imposição da Lei a garantir os direitos e liberdades definidos pelos movimentos revolucionários. Assim é que Casara⁷ considera que os direitos e garantias fundamentais têm a função precípua de limitar o exercício do poder, conforme as acepções desenvolvidas especialmente a partir da 2ª Guerra Mundial (BUSTAMANTE; *et al*, 2021: 102).

Com as ideias do liberalismo, os cidadãos começaram a desenvolver uma preocupação pela intromissão do Estado em suas vidas. Verifica-se no século passado maior intromissão do Estado na regulamentação de alguns aspectos da vida privada e assim se instaura o Estado de Direito

Democrático. Este Estado busca promover os Direitos fundamentais sociais dos cidadãos. Assim, diferentemente do Estado de direito, o Estado de Direito Democrático vai buscar regulamentar as relações sociais entre os cidadãos e, tais regras a aplicar são elaboradas pelo povo, por intermédio do poder legislativo para que haja o garante da igualdade de todos perante a lei.

Há que realçar que apenas garantindo os direitos humanos sem que haja qualquer tipo de exceção pode se falar de Estado de Direito Democrático. É por intermédio da garantia dos direitos fundamentais constitucionais que os homens podem gozar de sua liberdade e exercer as funções para as quais foram alocados. Contudo, deve-se de igual modo garantir a autonomia privada e pública pois formam as bases paradigmáticas para um Estado de Direito Democrático.

“(…) os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (Beteiligtenkreis). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! (HÄBERLE, *apud* BUSTAMANTE; *et al*: 78).

Como acima disposto, o garante dos direitos fundamentais dos homens torna-se imprescindível tanto para o Estado de direito quanto para o Estado de Direito Democrático. Assim, é necessário que se busque nesses Estados promover tais direitos. Se o Estado permitir que tais direitos sejam violáveis e não houver a devida aplicação legal da lei, esse Estado encontra-se fragilizado e perde-se a ideia de um Estado de Direito Democrático.

2. Importância da Separação de poderes para o Estado de Direito Democrático

Um dos grandes avanços políticos que a humanidade apresentou nos últimos tempos foi a instituição do Estado de Direito Democrático ou como alguns preferem chamar ‘Estado Democrático de Direito’ assim, a ideia de uma democracia que apenas visasse promover a liberdade política e a segurança dos cidadãos nunca esteve tão próxima.

Num Estado de Direito Democrático, por meio da constituição garantem-se os direitos e liberdades fundamentais dos homens, o que constituiu motivo de grandes revoluções passadas. Ademais, é necessário que se pense esse Estado sob o prisma da teoria da separação de poderes de Montesquieu. Contudo, para que se entenda a importância da teoria de Montesquieu, partir-se-á da análise de um Estado sem a separação de poderes.

Se por democracia entender-se “*que quem manda não é nem um presidente, nem um partido, mas, nós. A democracia consiste na inserção de cada indivíduo no seio da comunidade, e na participação integral de sua vida*” (NGOENHA, 1993: 159) dificilmente se pode pensar em concentrar o poder neste tipo de governo. Contudo, há que considerar que nem sempre os governos democráticos estão engajados na separação de poderes. Pode-se portanto, dizer que a democracia é o garante dos direitos fundamentais dos cidadãos que, por sua vez, é o garante do bom exercício do poder em um Estado Democrático.

Assim, o abuso e medidas autoritárias subvertem a formulação democrática, o que de maneira drástica vai abranger os direitos fundamentais dos cidadãos e as demais garantias fundamentais do Estado de Direito Democrático. A este ponto, a separação de poderes não é aplicada e como afirma Montesquieu (1996: 186) se apenas alguns homens forem detentores do poder legislativo, executivo e judicial cai-se em uma tirania tão cruel quanto a de Tarquínio. A concentração de poderes como fora dito, enaltece ‘a falta de limitação no exercício do poder’ o que se torna uma das incongruências para o Estado de Direito Democrático.

Há que considerar a existência de uma pequena dicotomia em Montesquieu, assim, antes de mais, deve-se discernir divisão de poderes de separação de poderes. Quando se trata de uma divisão de poderes, os poderes não tem qualquer tipo de autonomia, seja parcial ou total uma vez que apenas encontram-se dispersos uns dos outros. Neste caso, não se pode ainda falar de limitação do poder pois, este está ainda susceptível ao abuso. Esta divisão de poderes é referente apenas as funções do Estado compreendidas nas funções de julgar, legislar e administrar. Ao passo que, a separação de poderes é uma articulação institucional que esta vinculada ao modo de agir do Estado em meio as suas funções.

Aqui não basta apenas dividir, as funções são compreendidas nos seus mais alto nível de execuções Estatal, ou seja, elas não se tornam meras funções pois, agora são compreendidas como pilares do Estado, como forma do exercício do poder que são necessárias e próprias do Estado. Em uma perspectiva funcional, nos Estados modernos as decisões que cada um dos poderes tomar durante o exercício de suas funções, devem ser fiscalizadas sob o ponto de vista constitucional pelos demais poderes, antes que tal decisão seja posta em prática.

Quando os poderes são concentrados, perdem sua aplicabilidade na democracia e não mais se pode ter uma democracia nem um Estado de direito pois, o Estado não pode ser o primeiro a afrontar a liberdade dos cidadãos e conseqüentemente a desrespeitar as leis constitucionais. “*É preciso notar que os três poderes podem estar bem distribuídos em relação à liberdade da constituição, ainda que não o estejam tão bem em relação à liberdade do cidadão*” (MONTESQUIEU, 1996: 193). Poder-se-ia pensar, talvez em última hipótese, que o problema da separação de poderes fosse um assunto que diz respeito apenas aos governantes, ou seja, por alternativa a descentralização do poder, pode-se pensar em devolver este poder aos cidadãos e assim, sendo o povo o maior beneficiário e interessado no equilíbrio, haveria a efectivação da limitação do poder. Porém, quem limitaria o poder do povo?

Em Roma, como o povo tinha a maior parte do poder legislativo, uma parte do poder executivo e uma parte do poder de julgar, constituía um grande poder que devia ser equilibrado por outro...Eles feriram, então a liberdade da constituição para favorecer a liberdade do cidadão; mas esta se perdeu com aquela (*ibidem*).

A Constituição é o garante da liberdade dos cidadãos mas, a liberdade dos cidadãos, não é o garante da Constituição. Se porventura a liberdade da Constituição for perdida, conseqüentemente perder-se-á a liberdade do cidadão pois esta fundamenta-se naquela. A separação de poderes é o garante da liberdade e sem ela não se pode garantir em um governo democrático a dignidade da constituição ou da legislação, não se tem a independência do poder judicial nem a autoridade que é conferida ao poder executivo.

Conscientes de que a função primordial do Estado é garantir os direitos fundamentais e a liberdade dos seus cidadãos, não será suficiente que os cidadãos estejam protegidos da guerra e de suas relações com outros cidadãos se o Estado for a sua principal ameaça. “*Se as leis procuram assegurar o desenvolvimento das sociedades humanas, coagindo os homens a voltarem a agir em conformidade com a ordem do mundo, essas leis somente alcançarão seu objetivo se a liberdade for garantida aos seus cidadãos*” (SOARES, 2010: 201). Contudo, é a liberdade que confere aos cidadãos a certeza de sua segurança mas, em contrapartida é a separação dos três poderes que confere os graus de liberdade que cada cidadão pode gozar.

Uma vez que é pela representatividade que os cidadãos eleitos pelo sufrágio representam os demais e constituem os detentores dos poderes do Estado, é necessário que se limite e se controle o poder do Estado para que os líderes eleitos não utilizem o poder que lhes fora conferido para

prejudicar o povo que os elegeu, bem como, para almejar objectivos pessoais pois, é nisso que se instaura a corrupção e a consequente falência do Estado pela ruptura de suas principais obrigações. Como afirmam Levitsky & Ziblatt (*apud* Amaral e Ussivane, 2022: 13) democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos subentendidos em presidentes, primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder.

Denota-se que nos Estados anteriores aos Estados Democráticos, neste caso, os Estados de monarquia absoluta ou de concentração de poder, o factor liberdade sempre contrapôs a vontade do soberano. Pez embora se tenha achado modos menos conflituantes de resolver este problema de ordenamento político, nos Estados contemporâneos há que realçar que não se pode falar de Estado de Direito Democrático em um governo sem liberdade tanto constitucional quanto do cidadão.

Para além de garantir a liberdade do cidadão e Estado deve garantir a liberdade política. Assim, entende-se por liberdade, como afirmara Montesquieu (*op.cit.*) o direito de fazer o que as leis permitem, deste modo, aquele que fizer o que as leis não permitem não seria livre porque condicionaria a liberdade do outro e isso faria com que os outros homens julgando-se livre fizessem o mesmo a ele.

Há, portanto, um aspecto por analisar. Se a separação de poderes em sua plena efectivação no Estado, estiver apenas firmada nas cidades capitais ou centros urbanos, esta separação de poderes não traria consigo o verdadeiro cunho libertário. Pois, entender-se-ia que “*assim foram os três poderes distribuídos na cidade, mas estão longe de ter sido assim distribuídos nas províncias. A liberdade estava no centro e a tirania, nas extremidades*” (MONTESQUIEU, 1996: 194).

A ideia de liberdade de um Estado deve ser entendida em sua totalidade, ou seja, passa a não ser suficiente que o Estado esteja implementando a separação de poderes parcialmente porque ela é própria do Estado de direito democrático. Aqui a ideia de separação de poderes transcende a sua forma funcional primária que seria apenas aplicada aos poderes legislativo, executivo e judicial. Ela deve ser pensada e feita em todos os níveis de governação, tanto em instituições governamentais quanto em instituições sociais podendo abranger as províncias, autarquias, distritos e localidades buscando, desta forma, a total aplicabilidade de seus preceitos no Estado.

Sem esta concepção da separação de poderes o Estado de Direito Democrático pode ser vinculado a alguns desígnios dos governantes preferindo atender as suas concupiscências à vontade geral, e quando isso acontece pode-se denotar, em sociedades actuais, uma forte influência religiosa ou partidária nos assuntos que não lhes diz respeito.

Ora, se o controlo de constitucionalidade, em si, já provoca esta perturbação no âmbito do funcionamento do Estado de Direito e da efectiva separação dos poderes, não é difícil perceber que quanto mais amplo for o poder do órgão de controlo, maior e mais intensa será a referida perturbação (SILVA, 2016: 97).

Em Montesquieu não se pode falar de Estado de direito democrático sem liberdade política; e não se tem liberdade sem Constituição e o garante da Constituição está na separação de poderes. Sem a separação de poderes não se pode conceber um Estado de Direito nem um Estado de Direito Democrático pois, é a separação de poderes que fundamenta a razão de ser desses Estados por meio dos freios e contrapesos. Assim, pensar em um Estado de Direito em que não haja uma separação clara dos poderes é voltar a albergar substrações tiranas do absolutismo e assim não se pode ter uma democracia nem liberdade política.

Compreende-se então que a separação de poderes é um dos principais factores para a eliminação do absolutismo e é na separação de poderes que se encontra o princípio essencial de legitimação do Estado de Direito Democrático. Com isso ela protege os processos de elaboração de leis e impede que os demais poderes sofram influências que corrompam o curso natural de suas actividades, bem como, mantém uma governação articulada e voltada aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Garante-se aqui, o uso oficial do direito e a legitimação do Estado de direito democrático.

3. Reflexão sobre a aplicabilidade da separação de poderes em Montesquieu na democracia Moçambicana

Moçambique alcançou a sua independência em 1975 dando fim a colonização de pouco mais de 500 anos e iniciando uma nova maneira de fazer política. Contudo, em meio a guerras e sangue derramado o país tornou-se democrático e foi com a Constituição de 1990 que se estabeleceu o Estado de Direito em Moçambique, que se alicerçava na interdependência entre os poderes e no pluralismo. De acordo com a CRM² no seu 3º Artigo, a República de Moçambique é um Estado

² Vide o Artigo 3º da CRM, 2004;

de Direito Democrático, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática e que respeita os direitos e garante dos direitos e liberdade fundamentais do Homem.

3.1 Actualidade da separação de poderes em Moçambique

Como fora anteriormente abordado, o Estado Moçambicano é um Estado de Direito Democrático que se fundamenta no princípio da separação de poderes. Esta separação de poderes confere independência e autonomia aos poderes durante o exercício de suas funções mas, ela não isenta a fiscalização das funções exercidas. Nas últimas décadas, o país tem apresentado avanços significativos na implementação da separação de poderes que é, a princípio, conferida aos órgãos por meio de leis constitucionais. Por exemplo, como está disposto na CRM³, o Provedor de justiça é independente e imparcial no exercício das suas funções, devendo observância apenas à Constituição e a lei. No entanto, umas das observações a serem feitas é o nível de aplicabilidade da separação de poderes no país. Sendo que, ao nível teórico ou pela disposição da lei, a separação de poderes é legitimada e promovida em todo território nacional. Porém, a praxis da separação de poderes tem sido pouco observada, caso que tem suscitado diversas reflexões em debates políticos.

Embora constitucionalmente o Estado Moçambicano seja subentendido como um Estado de direito democrático, alguns autores denotam que a separação de poderes ainda tem muito que se aprimorar. A democracia não está plenamente sólida em Moçambique. O princípio da separação dos poderes de Estado propostos por Montesquieu, tende a ser atropelado e nem sempre a relação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judicial é respeitada, devido à concentração dos poderes na figura do Presidente da República (AMARAL; USSIVANE, 2022: 64).

Neste sentido, é necessário que se examine ponto a ponto, os pressupostos que permitem com que haja uma desaplicação da separação de poderes no Estado. Constata-se ainda que, a forte influência partidária tem sido a causa primordial da aparente separação de poderes neste Estado. De maneira geral, países africanos com praticamente meio século de independência têm enfrentado dificuldades para afirmar os seus sistemas políticos por um lado, e por outro lado, têm dificuldades em desvincular sua política de alguns pressupostos políticos de seu colonizador.

Denota-se que, os partidos nacionalistas que libertaram o país, tidos como referência de governação, tendem a concentrar o poder para si nos países em via de desenvolvimento. Se a

³ Cf. Artigo 257º da CRM, 2004;

separação de poderes busca uma descentralização do poder para a promoção dos direitos e liberdades fundamentais dos Homens, aqui sua aplicabilidade deve antes, buscar independender os partidos políticos dos poderes do Estado. Pois, segundo Montesquieu (1996: 170), se o poder legislativo deixar ao executivo o direito de prender os cidadãos que podem dar caução de sua conduta, não há mais liberdade, a menos que sejam pessoas para responder sem postergação, uma acusação que a lei tornou capital. Desta forma, deve ser pela lei e tão-somente por ela que as acções dos cidadãos devem ser julgados e, com isso, o poder executivo não deve preocupar-se nem deve procurar ordenanças no poder judicial ou no poder legislativo.

No caso de Moçambique, compreendendo-se a separação de poderes como a repartição das funções do Estado, de maneira a que os órgãos sejam independentes e que não se concentre o poder em um só órgão, há que repensar a divisão de poderes feita pela CRM. No pensar analítico-racional, sobre os princípios da separação de poderes em Moçambique, constata-se que a teoria desenvolvida por Montesquieu encontra-se enfraquecida. Esta fraqueza lhe é atribuída devido a três principais factores: i. Demasiada concentração de poderes na figura do Presidente da República; ii. Falta de independência do poder judicial diante das ordenanças do Presidente da República; iii. A hegemonia partidária nas funções do Estado.

As influências políticas subvertem em parte a lei e têm feito com que os poderes do Estado estejam intrinsecamente vinculados um ao outro. A inobservância dessa dependência influencia negativamente no exercício das funções do Estado e na transparência de seus processos. É importante que neste Estado haja para além da separação entre os poderes, uma separação entre o poder executivo e a influência partidária no poder judicial.

Segundo Uamusse (2023), o então bastonário da Ordem dos Advogados de Moçambique Duarte Casimiro defendeu que, apesar dos avanços registados, o poder judiciário continua dependente de outros poderes, tudo por causa da não separação de poderes no país. Desta forma, o facto de ser da competência do Presidente da República nomear o presidente e vice-presidente do Tribunal Supremo, presidente do Conselho Constitucional, presidente do Tribunal Administrativo, nomear, exonerar e demitir o Procurador-Geral da República é uma marca que, no seu ponto de vista, ainda exige que se aprimore a separação de poderes.

Uma outra inconsistência pode ser notada no Estado Moçambicano, a separação de poderes não apenas encontra uma limitação nas competências do Presidente, mas também, no próprio ordenamento e na estruturação do Estado. Aqui, é notório que todos os cargos de renome são exercidos por cidadãos pertencentes ao partido no poder. Assim, mais uma vez, firma-se a hegemonia partidária como um dos principais centros do poder do Estado. Facto que tem extrapolado limites a ponto de influenciar tanto ao poder legislativo quanto ao poder judicial.

Considerando que “*não se devem tirar os membros do corpo legislativo do corpo da nação, mas convém que, em cada lugar principal, os habitantes escolham um representante para si...é verdade que a palavra dos deputados seria melhor expressão da nação*” (MONTESQUIEU, 1996: 170-171). A principal ideia por parte dos deputados, é que expresse em debates os assuntos que inquietam os seus eleitores. No caso de Moçambique, os deputados devem expressar melhor as ideias dos cidadãos das províncias que representam na Assembleia da República e não dos partidos políticos que fazem parte. Mais do que pessoas os deputados devem procurar debater ideias e soluções visando melhorar as condições de vida dos milhares de cidadãos que representam.

Contudo, na incapacidade dos deputados desvincularem-se das cores partidárias, as leis não podem ser elaboradas de forma arbitrária. Os filósofos, sociólogos, juristas e antropólogos devem ser considerados imprescindíveis para analisar a adequabilidade ou não da lei e, devem ser parte integrante e decisiva na aprovação ou ratificação de uma lei. “*Se a função do direito consiste em estabilizar expectativas de comportamento generalizadas, como é que essa função pode ser preenchida por um direito vigente modificável a qualquer momento por uma simples decisão do legislador político?*” (HABERMAS, 1997: 224). Se o poder legislativo continuar sofrendo forte influências da hegemonia partidária as leis e o processo legislativo apenas serão para favorecer um determinado número de cidadãos em detrimento da maioria. Disso, advém que as leis tornam-se injustas e mutáveis pela vontade do partido.

3.2 Desafios da separação de poderes no país

Um dos grandes obstáculos para a efectiva implementação da separação de poderes torna-se a democracia representativa quando os critérios e os limites da representatividade são extrapolados pelos representantes. Assim, as democracias representativas perdem sua essência quando o

governo se resume na pessoa do Presidente da República ou na hegemonia de um partido político enquanto devia cingir na lei.

Neste tipo de democracia tampouco pode ser observada a eficácia da separação de poderes pois, ela é soterrada pelo partidarismo e favoritismo. É desta forma que se instaura o câncer da democracia “a corrupção”, quando a lei perde sua supremacia ao favor do presidente ou do partido. Essas são as situações que a teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu procura evitar e eliminar. E é aqui que torna-se necessário que haja freios e contrapesos. A política tornou-se muito poderosa nos tempos hodiernos a ponto de se poder considerar um “poder político” que vinculado ao poder executivo faz com que este torne-se despótico.

Este assunto fica ainda mais agravante quando se subentende a supremacia do poder executivo sobre os demais poderes. Ora, se poder executivo no depreender de suas funções exerce forte influência sobre os demais poderes não se pode falar de separação de poderes pois, nada impede ao executivo de manipular os demais poderes para que cumpram as suas vontades.

Se por um lado temos os três poderes executivo, legislativo e judicial onde o executivo rege os demais é um caso para afirmar que não há separação de poderes e o facto torna-se ainda mais preocupante quando o partido exerce forte domínio sobre o poder executivo e o poder legislativo. Na perspectiva de Gilles Cistac (in SENDA, 2011) o legislador teve vontade de definir o Estado Moçambicano como democrático onde cada um dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário) pudesse ser independente do outro. O que se verifica na realidade, é que embora os três poderes estejam teoricamente separados, estes encontram-se num único partido político onde devem obediência suprema.

Disso resulta que, de forma não convencional, o controlo dos poderes do Estado emanam do “poder da política” que seria entendida em sua forma partidária. Assim sendo, não se tem como não pensar que em todas as esferas do poder o partidarismo terá maior incidência na execução de suas funções. A despeito disso, há que se separar, em primeiro lugar, o partido e os três poderes do Estado. E, procurar independer o poder judicial da influência partidária e da figura do Presidente. Se a luta de Montesquieu era separar os poderes das mãos do soberano, nos dias de hoje, o soberano de Montesquieu foi comutado pelo partido no poder. Assim, torna-se necessário

que a separação de poderes freie o poder dos partidos políticos para que a democracia não se pareça com uma aristocracia que em sua forma corrupção se torne um governo despótico com aparências democráticas.

Ademais, outro principal desafio da separação de poderes é a falta de independência do poder judicial. Isso faz com que os cidadãos percam a ideia de justiça por causa da influência partidária. Se em um jogo de futebol com equipas desconhecidas, naturalmente escolhe-se um lado para torcer, quanto mais um juiz regido pelo partido pode ser verdadeiramente justo se no tribunal dispor um caso que envolva cidadãos membros do partido? Aqui, o juiz cega-se para os factos e julga com nepotismo buscando salvar sua carreira profissional. *“O sistema jurídico pode ser autónomo na medida em que se auto-regula reflexivamente e se delimita em relação à política e à moral”* (HABERMAS, 1997: 226).

Contudo, é preciso que se enalteça o distanciamento entre o poder judicial, a política bem como os partidos políticos. Assim, tal juiz deve tomar tal decisão de acordo com o prescrito na lei e tão-somente da lei deve advir a decisão tomada em tribunais.

Por isso que, os juízes devem ser vistos como sendo aqueles que, com base em seus conhecimentos, preparação intelectual e independência não devem estar expostos a receber qualquer tipo de pressão externos. O conceito de independência não significa que os juízes estejam livres para decidir as controvérsias de acordo com suas predileções pessoais, já que um juiz independe não de significar um poder judiciário irresponsável, mas que os juízes realmente decidem de acordo com seus próprios conceitos, levando em conta as provas, o Direito e a Justiça, livre de toda coerção, castigo, interferências, adulações ou ameaças, sejam elas provenientes de autoridades ou de particulares, (DORLAN, 2014: 152).

Porém, talvez mais do que em outros tempos, hoje torna-se indispensável a concepção da independência dos juízes e do poder judicial. É com as fortes influências partidárias, com o monopólio do poder e com as influências externas que se enaltece a corrupção e instaura-se um poder judicial devasso. Os juízes encontram-se divididos entre fazer cumprir a lei ou perder sua reputação, posição e nas mais severas injustiças seu emprego. Desta feita, fazer cumprir a lei nunca foi tarefa tão avassaladora para os juízes e funcionários, procuradores e provedores quanto o é agora.

Ultrapassar esses factos, tem sido bastante desafiador para os defensores da separação de poderes. Situação que comunga para a desagregação do Estado de Direito Democrático por meio da subversão de valores próprios da separação de poderes.

CONCLUSÃO

Chegado a este ponto, é importante realçar alguns aspectos que podem ser considerados pertinentes sobre a separação de poderes em Montesquieu. Contudo, a evolução histórica do Estado de direito abarca grandes mudanças que as sociedades sofreram para que se aprimorassem os governos e se chegasse às democracias dos tempos hodiernos. A democracia em sua forma pura não carrega consigo a ideia do abuso de poder porém, as democracias vinculadas ao monopólio do poder tendem a albergar substrações tiranas que fazem necessária a reafirmação dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos por meio da separação de poderes.

Entenda-se que, a separação de poder de forma indirecta permite que a participação política dos cidadãos seja feita de forma livre e espontânea. Assim, os parâmetros limitadores da liberdade são aqui extintos por leis constitucionais que conferem liberdades aos cidadãos. Para Montesquieu a liberdade constitui um dos factores imprescindíveis para a separação de poderes. Este facto faz com que em governos democráticos se confunda o poder do povo com a liberdade do povo.

Ademais, a não observância dos pressupostos que a separação de poderes instaura no Estado de Direito Democrático faz com que se entenda essa separação de poderes como utópica. A separação de poderes vista como uma utopia galvaniza divergências internas nos governos. Contudo, no contexto Moçambicano a separação de poderes passou de uma utopia pois, ela encontra-se instaurada e legitimada. Embora se reconheça que ela exista, ainda há muito que se fazer para que ela possa funcionar de maneira plena, sanando as lacunas que o Estado apresenta.

Na implementação da separação de poderes, como fundamento do Estado de Direito Democrático é importante que cada poder seja autónomo e principalmente, que o poder judicial tenha autonomia em suas nomeações, exonerações e promoções. Esta autonomia deve desvinculá-lo das competências do Presidente da República no exercício de suas funções executivas.

Acerca desta teoria, Montesquieu demonstra que não se trata apenas da separação entre os poderes mas também, da autonomia que é conferida a cada tipo de poder do Estado. É nesta senda que torna-se necessário que os líderes eleitos tomem consciência da separação de poderes

e da supremacia da lei constitucional, estatuinto que nenhum partido, nenhum Presidente ou Ministro esta por cima da lei. Ciente de que a aplicação da separação de poderes engloba todo um processo a ser seguido, é necessário que os países em via de desenvolvimento estejam engajados no sentido de poder limitar o poder. Ao enaltecer que alguns dos poderes não devem ser exercidos por apenas uma pessoa singular, mas por um grupo de pessoas, Montesquieu torna a separação de poderes funcional. Num Estado de Direito Democrático, a democracia diz respeito a escolha dos detentores de poder e o Estado de Direito busca a limitação do poder do Estado diante das garantias do cidadão.

Assim, conclui-se ainda que a teoria de Montesquieu se aplicada e, talvez em parte, aprimorada com vista a responder aos anseios da democracia contemporânea pode promover os valores que há muito o Estado busca e deve sempre buscar proporcionar aos cidadãos. Esta teoria não pode ser vista de forma cabal, dado que ela pode não ser suficientemente apta para mudar de forma imediata todo um governo que encontrasse problemático mas, é preciso que a curto ou longo prazo se olhe para os benefícios sociopolíticos e até económicos que ela pode trazer.

O problema da concentração de poderes continua sendo um dos grandes males para o desenvolvimento das sociedades. Isso não deve ser visto apenas sob o ponto de vista político, mas também, sob perspectivas económicas, tecnológicas, educacionais e científicas. Se a separação de poderes for aplicada em vários contextos ela promoverá bem mais do que uma sociedade livre, justa e próspera. Desde modo, a separação de poderes é imprescindível para a efectivação do Estado de Direito Democrático, permitindo que os poderes actuam concomitantemente como freios, um limitando o outro para que se evite o abuso do poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Obra principal

MONTESQUIEU, Charles-Loius de Secondat. (1996). *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes.

b) Obras complementares

ALBUQUERQUE, J. (2006). *Os clássicos da política*. Org. Francisco Weffort. 14ª ed., São Paulo: Ática;

ALMEIDA, Ricardo Coutinho de. (2017). *O absolutismo régio em França no reinado de Luís XIV: formas e ver, ouvir e fazer*. [dissertação]: Universidade de Coimbra;

ALVARO, Bruno; SANTOS, Lenalda. (s.d.). *História medieval II: aula 6 as monarquias centralizadas*. [s.l., s.n.];

AMARAL, Duarte; USSIVANE, Inocélio (orgs.). (2022). *Ubuntucracia: repensando a democracia em Moçambique*. Maputo: Tpc;

AMARAL JÚNIOR, José. (s.d.). *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro IX de “o espírito das leis”*. [s.l.]: Faculdade de direito do Largo de São Paulo;

ANDRADE, Andrea; BARROS, Carlos; RUIZ, Adriana. (2011). *Constitucionalismo: considerações e perspectivas*. [Jornal electrónico]: Faculdades integradas Vianna Júnior.

ARISTÓTELES. (2005). *A política*. [coleção: obra-prima de cada autor]. São Paulo: Martin Claret;

BARRACHO, Carlos; LUKAMBA, Paulino. (2012). *História das ideias políticas*. Angola: Escolar editora;

BUSTAMANTE, Thomas; et al (orgs). (2021). *Separação de poderes, estado de direito e democracia: anais do IV congresso Internacional de direito constitucional e filosofia política*. Belo Horizonte: Initia Via, v. 1;

CANOTILHO, J. J. G. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed., Coimbra: Almedina;

CHEVALLIER, Jean-Jacques. (1998). *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Trad. Lydia Cristina. 8ª.ed., Rio de Janeiro: Agir;

COSTA, Luís César; MELLO, Leonel Itaussu. (2008). *A história geral do Brasil: da pré-história ao século XXI*. São Paulo: Scipione;

DORLAN, Siro. (2014). *A administração da justiça e a independência dos juízes*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v.17, n. 64, pp. 150-153;

HABERMAS, Jürgen. (1997). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro. V.I;

LENZA, Pedro. (2017). *Direito constitucional esquecido*. 21ª. ed., São Paulo: Saraiva;

LOCKE, John. (1998). *Dois Tratados Sobre o Governo*. Júlio Fischer (Trad). São Paulo, Marins Fontes;

Magna Carta da Liberdade. (1215). Recuperado de <https://www.historia.seed.pr.gov.br> acessado em 2 de Setembro de 2024;

MENEZES, Aderson de. (1992). *Teoria geral do Estado*. 5ª.ed., Rio de Janeiro: Forense;

NGOENHA, Severino. (1993). *Das Independências Às Liberdades*. Maputo: Edições Paulistas;

RODRIGUES, Paulo. (2013). *A influência da magna carta do rei João Sem-Terra nos direitos e garantias individuais estabelecidas na constituição federa de 1988*. [monografia]. Brasília: DF

PINTO, Emerson. (2017). *A França: constitucionalismo, revoluções e contrato social*. In: [revista da ESDM]. v.3, nº5;

SANTOS, Lenalda Andrade. (s.d.). *Aula 2: a Revolução Francesa*. In: [história contemporânea]. [s.l., s.n.]. Pp. 26-41

SENDA, Raul. (2011). *Separação de poderes continuará uma miragem em Moçambique*. [SAVANA], disponível em www.macua.blogs.com;

SILVA, Suzana. (2016). *Direito constitucional I*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

UAMUSSE, Inácio. (1 de Fevereiro de 2023). *Advogados criticam a falta de separação de poderes em Moçambique*. [jornal o país]. Disponível em www.opais.co.mz