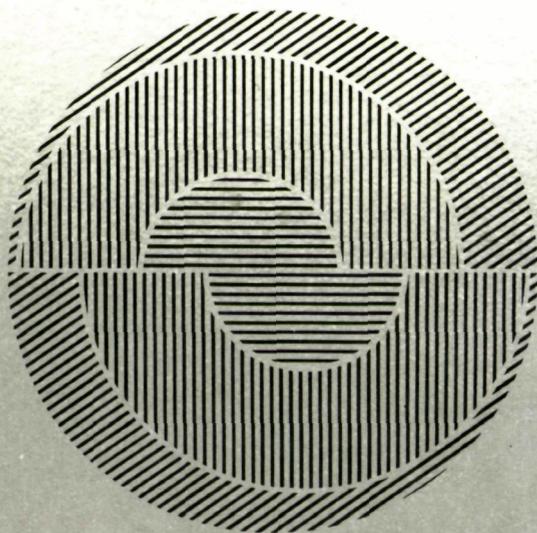


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



• SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1992

ANO 29 • NÚMERO 115

Separação de Poderes: Evolução até à Constituição de 1988 - Considerações

MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS
Procuradora do Município de Florianópolis.
Doutoranda na USP — SP.

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Origens e evolução da separação de poderes.* 3. *A separação de poderes no Brasil.* 4. *Situação na Constituição de 1988.* 5. *Conclusão.*

1. *Introdução*

A história tem-nos mostrado que não se torna possível o estabelecimento de um modo de vida para a comunidade, nem de um governo constitucional, sem que se atente para procedimentos efetivos de restrição. A própria eficácia dos órgãos de controle da constitucionalidade e do sistema político de uma nação passa por um condicionamento à estrutura constitucional estabelecida.

O conjunto de atividades do Estado, concebidas como um processo *unitário de concreção do Direito*, nos conduz ao princípio clássico da divisão dos poderes: um momento de inicial equilíbrio político horizontal entre poderes com esferas de competências separadas e funcionalmente diferenciadas.

Sem dúvida, quando o mecanismo de racionalização do controle de constitucionalidade interfere na problemática do conflito entre os órgãos supremos do Estado, nos deparamos com o estabelecimento da separação de poderes. Este mecanismo é, incontestavelmente, o que o próprio MONTESQUIEU vislumbrou — um instrumento de garantia fundamental na figuração do regime constitucional.

2. *Origens e evolução da Separação de Poderes*

A separação como doutrina e como prática, não foi reconhecida pelo Estado antigo. O que havia era a divisão do trabalho governamental. Em

Atenas, este trabalho era dividido entre o Areópago, os arcontes e a assembléia popular; em Roma, entre o Monarca, o Senado e o Povo. Mas as funções eram acumuladas dentro destes poderes.

Os primeiros chefes de Estado antigos eram chefes de classes. Os agrupamentos primários, já importantes, supunham um governo extremamente complexo, com muitas tradições a serem preservadas.

Na Grécia homérica, os chefes de classes eram chamados de *reis*, como eram os chefes das cidades. As famílias destes chefes de Estado formavam uma aristocracia, análoga à dos barões do século XII, e forneciam elas, os futuros tiranos das cidades da Grécia.

Estas atitudes hereditárias se desenrolaram até o dia em que seria criado o rei dos reis, quer dizer, o chefe dos chefes dos clãs. Mas este tipo de reinado não permaneceu sem surgirem os questionamentos a respeito da postura do rei. Clamava-se pela liberdade da vida civil e pelo livre acesso aos serviços públicos do Estado.

Na comunidade nacional grega, passaram a se formar homens livres, que demandavam que o antigo Estado federal se tornasse um verdadeiro Estado.

Mas é na história da República romana que se irá constituir a idéia da coisa pública, repercutindo na noção de Estado. Surge a "res publica", que não é propriedade do governo, nem da comunidade nacional, mas do povo, ou seja, conjunto dos habitantes, que, reunidos em praça pública, eram livres à conversação sobre os afazeres comuns — concepção de um comunismo eminentemente limitado, ainda que individualista.

As origens da teoria da separação dos poderes remontam a ARISTÓTELES, que se baseou nos regimes constitucionais do mundo antigo. São suas estas palavras: "todas as Constituições têm três elementos... um delibera sobre os negócios públicos; o segundo concerne à magistratura, tratando da matéria sobre que exerce autoridade, bem como do modo de elegê-la, e o terceiro corresponde ao poder judicante".

Só que ARISTÓTELES não buscou a análise da composição e da competência de cada um destes poderes, o que serviu para que seu pensamento não servisse de estuário para o princípio da separação dos poderes.

No mundo medieval, nas lutas políticas da Inglaterra, se esboçaram os poderes do Estado, ainda que de forma confusa. CRONWELL admitiu a separação entre os poderes legislativo e executivo, ao instituir seu Protetorado.

LOCKE, por sua vez, inspirado no direito holandês, formulou a teoria de forma diversa, dividindo o poder entre o Legislativo, o Executivo e o

Federativo.¹ A este seriam destinadas as relações internacionais. Para ele, os dois grandes poderes — o Legislativo e Federativo — se concentrariam no monarca, e, assim, trabalhariam juntos. Em relação ao Judiciário, LOCKE observa que suas funções cabem ao próprio Legislativo, se inspirando, também, no direito inglês, onde o Parlamento, com o “impeachment” e com o “bills of attainder”, constitui a mais alta corte de justiça.

Existem autores que atribuem a LOCKE, ainda, a menção ao poder discricionário, que estaria ligado intimamente ao Executivo.²

Mas foi o filósofo francês MONTESQUIEU o precursor da separação dos poderes, estabelecendo a divisão entre três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, e não a dois poderes como queria DUGUIT, LABAND, ROUSSEAU, etc., e nem quatro poderes, como entendia-se ser a posição de LOCKE.

MONTESQUIEU baseou sua teoria na Constituição inglesa, e, na realidade, seu pensamento sofreu grandes transformações do sentido primitivo que possuía. Também o seu objetivo não era tão amplo quanto se pretende e, talvez, até bem diferente do que os autores posteriores quiseram impingir à sua teoria, condensada no *Espírito das Leis*.

É bem verdade que a sua teoria não é rígida nem absoluta, e a separação a que se refere comporta a interpenetração das funções políticas. Admite MONTESQUIEU a “colaboração” entre os poderes.

“MONTESQUIEU não distingue as funções pela utilidade que apresenta sua classificação, mas pretende reparti-las em *separado*; e separá-las, para obter um resultado preciso: a *segurança* dos cidadãos. É esta preocupação da segurança bem mais que os conceitos do poder ou de função, que é a idéia dominante do *Espírito das Leis* — é o posicionamento de GEORGES BURDEAU ao interpretar a teoria de MONTESQUIEU (grifos do autor).³

No mesmo passo, KARL LOEWENSTEIN explica as intenções de teoria tripartite: “A união do princípio da separação dos poderes com a idéia de garantir a liberdade individual é obra genuína de MONTESQUIEU.”⁴

1 Cf. FRANCISCO SÁ FILHO. In: *Relações entre os poderes do Estado*. 1959, p. 15.

2 Cf. PAULINO JACQUES. In: *Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, RJ, Forense, 1983, pp. 223-224.

3 In: *Traité de Science Politique - Les Régimes Politiques*. Tomo V, Paris, 1970, p. 371.

4 In: *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1970, p. 55.

Estes conceituados doutrinadores que, à sua maneira, contestaram a separação dos poderes, na forma como foi vista pela doutrina clássica, preocuparam-se profundamente com a análise do Estado Absolutista. Sustenta BURDEAU que a necessidade de se adotar alguma forma de separação de poderes se justifica pelo fato de se garantir aos governados uma defesa contra o arbítrio de governos monocráticos. A repartição do poder entre órgãos diferentes seria uma forma de assegurar liberdades. Além do mais, haveria o que hoje se convencionou chamar de fórmula de freios e contrapesos entre os poderes. É o que BURDEAU implicitamente deixa entrever: "é dito que convém multiplicar o nome das autoridades públicas de tal sorte que o poder de cada um deles seja limitado pelo poder das autoridades vizinhas e, que assim, nenhuma possa conseguir um poder absoluto. Ora, esta multiplicação de autoridades não seria realizada sem uma divisão de suas atribuições".⁵

Em verdade, e quase todos os autores reconhecem isto, o espírito da teoria de MONTESQUIEU era dividir funções para fugir do absolutismo dos reinados. Propondo um sistema onde cada órgão (ou Poder) desempenhasse função diversa, seria possível o sistema de interdependência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades (freios e contrapesos).

A unidade do Estado foi obtida pelo poder governamental central, que, nem sempre era suficientemente forte para exercer todas as funções que lhe seriam destinadas. Surgiram, então, órgãos do poder do Estado, para que pudessem exercer todas as atribuições do governo central. A unidade do Estado não seria realizada senão por uma comunhão dos diversos elementos submetidos à mesma idéia, a qual se destinam os objetivos gerais do Estado.

Neste sentido, são as palavras de MICHEL THEMER: "foi observando as sociedades que os autores verificavam a existência das três funções básicas: uma produtora do ato geral; outra, produtora do ato especial e uma terceira, solucionadora de controvérsia. As duas últimas aplicavam o disposto no ato geral. Seus objetivos, porém, eram diversos: uma visando a *executar, administrar, a dar* o disposto no ato geral para desenvolver a atividade estatal; outra, também, aplicando ato geral, mas com vistas a *solucionar controvérsias* entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos. Tais funções sempre foram identificáveis em todas as sociedades, especialmente naquela que a doutrina chama de Estado absoluto" (grifos do autor).⁶

⁵ Ob. cit., p. 371.

⁶ In: *Elementos de Direito Constitucional*, 8ª edição, São Paulo, RT, 1991, p. 116.

O autor chega a ressaltar as diferenças existentes entre as funções e os poderes estatais, alegando que os doutrinadores têm se posicionado erradamente em relação ao assunto.

Da mesma forma, JOSÉ AFONSO DA SILVA se preocupa com o tema: "cumpre, em primeiro lugar, não confundir *distinção de funções do poder* com *divisão ou separação de poderes* (. . .). A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que, a exercem; quer dizer que existem sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A *divisão de poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam o nome das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário)" (grifos do autor).⁷

A Constituição americana da Filadélfia de 1787, que solidificou a independência dos Estados Unidos, se inspirou profundamente no direito inglês e, principalmente, nas idéias de MONTESQUIEU. Embora não tenha feito menção, de forma expressa, à separação dos poderes, enumerou a competência do Legislativo, Executivo e Judiciário, reconhecendo-lhes funções.

A Constituição referida, se, por um lado, foi flexível, admitindo os "checks and balances", por outro, não sustentou o equilíbrio entre os poderes, pois o que se deu, foi um fortalecimento extremado do Poder Judiciário.

MAURICE HAURIU se manifesta a respeito desta Constituição: "É por um verdadeiro contra-senso que para os Estados Unidos da América, o princípio da separação dos poderes seja conduzido a uma separação rígida dos poderes calcada em suas funções, envolvendo cada um dos poderes dentro da função, com a única faculdade de deter e embaraçar os outros poderes, em raras ocasiões e, finalmente, excluindo sua colaboração".⁸

Já a Constituição francesa começou a adotar com rigidez a separação dos poderes na Declaração de Direitos de 1789 e na Constituição, de 1791. Como era de se esperar, esses princípios, aliados com as idéias de ROUSSEAU, da soberania popular e da democracia direta, provocaram uma grande revolução. A "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789, assim dispôs: "toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a *separação dos poderes* determinada, não tem Constituição" (art. 16).

7 In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição, 2ª tiragem, 1990, p. 96.

8 In: *Précis de Droit Constitutionnell*, Paris, 1929, p. 355.

Em 1793, adveio uma Constituição revolucionária que, diferentemente da anterior, não se pronunciou a respeito da separação dos poderes, e a fórmula usada foi a da demarcação das funções. O texto do artigo 24 expunha: "A segurança social somente pode existir quando as funções públicas são claramente fixadas".

Ocorre que, sem se considerarem vencidos, ROUSSEAU, ajudado por ROBESPIERRE, induziram os constituintes da época a considerar que a soberania, una e indivisível, seria representada pelo corpo legislativo, reduzindo o Executivo a um simples órgão de execução.

Contudo, o espírito revolucionário francês fez-se notar em todo o mundo, inclusive influenciando a elaboração da Constituição do Império brasileiro.

3. *A separação de poderes no Brasil*

Há época do Império era adotado o regime parlamentar e o monarca exercia o poder moderador. Este poder, depois de ter penetrado na Carta Constitucional portuguesa, configurou-se numa inovação considerável na história constitucional.

Teve influência na Constituição portuguesa, de 1821, e na do Império do Brasil, de 1824, o francês BENJAMIN CONSTANT, que sustentava a existência de cinco poderes: o Executivo, o Real, o Representativo Duradouro (assembléia hereditária), o Representativo de opinião (assembléia eletiva) e o Judiciário. Admitia BENJAMIN possuir o rei, um poder neutro, preservativo e reparador, sem ser hostil. Na verdade, o que visou a poder moderador foi buscar o equilíbrio e a harmonia no poder.

Foi na Primeira República que se convencionou fossem três os poderes: "harmônicos e independentes" na linha de MONTESQUIEU, onde a separação dos mesmos era essencial à liberdade, e fixou sua máxima: "Le pouvoir arrête le pouvoir" (O poder detém o poder).

A Constituição brasileira de 1934 não buscou solucionar problemas de técnica constitucional ligados à separação de poderes, mas emendas ao texto constitucional surgiram falando em poderes interdependentes. A Carta de 1937, por suas características peculiares, não permitiu o princípio harmônico. O que houve foi uma concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo. Era uma verdadeira "ditadura constitucional".

Em 1946, novamente, como em 1891, ficou consagrada a independência, a harmonia dos poderes. Reproduziu-se em 46 a norma do art. 3.º, § 2.º da Carta Federal de 1934, onde dizia: "O cidadão investido na função de um deles (dos Poderes) não poderá exercer a do outro" (art. 36, § 1.º). Assegurou-se uma efetiva separação de funções, vedando-se, expressamente, a "delegação de atribuições". Cada poder seria responsável por suas atribuições, não sendo permitido que a delegasse a outro, pois,

se isto ocorresse, se caracterizaria a abdicação de um Poder (delegante) em favor do outro (delegado).

Algumas tentativas surgiram para reabrir a delegação legislativa, mas os órgãos competentes resistiram — Senado Federal, Poder Judiciário e as Comissões das Câmaras dos Deputados. Contudo, como várias discussões a respeito foram abertas, a Constituição de 1967 consagrou a idéia da delegação e, mesmo antes, de sua aprovação, sob o governo parlamentar (1961-1963), várias leis delegadas já haviam sido expedidas.

A Emenda n.º 1, de 1969, nos arts. 52-54, manteve o instituto da "lei delegada", em termos semelhantes ao Texto de 1967.

4. Situação na Constituição de 1988

O princípio da separação de poderes está consagrado no art. 2.º da Carta de 88, *verbis*: "Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

O Texto Constitucional fala em harmonia e independência de poderes. Segue-se a própria apriorística de MONTESQUIEU, prevista no Livro XI, Capítulo IV, do *Espírito das leis*; contudo, o que fundamenta a independência e harmonia dos poderes são os próprios embasamentos constitucionais.

Certamente que a nossa Constituição teve inspiração filosófica e política na obra de MONTESQUIEU e dos seus antecessores, até porque, a grande parte dos Estados (governos) reconheceu as doutrinas antigas e mantiveram os princípios básicos em suas Constituições.

Tornou-se a divisão de poderes, com a especialização de funções e a discriminação de competências, como a própria garantia do Estado de Direito, dando-se importância na mesma medida, para todos os poderes.

O que fica da lição de MONTESQUIEU é que os poderes devem ser harmônico e independentes, colaborando entre si, e mantendo relações recíprocas, auxiliando-se e corrigindo-se. A independência e a harmonia geram a interdependência, que é, em suma, o conjunto das relações entre eles.

Em verdade, o amparo constitucional dado ao princípio da divisão tripartite delimita, ao mesmo tempo, o campo de ação dos poderes. Estes são autônomos e separados, com ações próprias, mas como o princípio não é aplicado de forma rígida, é admitida a intervenção parcial de um poder na esfera de atribuições de outro.

Questiona-se por outro lado, e este é um aspecto importante a considerar, a própria separação de poderes entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Esta divisão clássica deve continuar, ou ainda, de que forma deve ser concebida?

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO nos empresta seus ensinamentos: “ainda que se tome por científica a classificação de MONTESQUIEU, resta indagar se a especialização que recomenda se realiza nos Estados modernos. O próprio MONTESQUIEU abria exceção ao princípio da separação dos poderes, ao admitir a intervenção de chefe de Estado, pelo *veto* no processo legislativo”. E acrescenta: “Inexistente sua base científica, parcial a especialização que produz, que valor deve ser reconhecido à “separação”? Historicamente, desempenhou ela papel relevante, contribuindo, e não pouco, para a instauração do governo moderado. Hoje, todavia, sua importância costuma ser minimizada, seu fim profetizado, sua existência, até negada”.⁹

Para CARL J. FRIEDRICH: “a idéia de que há três tipos fundamentais de poder político parece ser uma generalização válida, que está de acordo com a natureza humana tal como a conhecemos”.¹⁰ FRIEDRICH é mais favorável à separação de poderes que MANOEL GONÇALVES.

Contudo, os estudiosos não se cingiram a criticar ou aplaudir este princípio. Para GEORGES BURDEAU, a sua teoria se resumiria na existência de duas funções do Estado: “uma através da qual se manifesta o poder estatal em toda sua plenitude, criativa, autônoma e incondicional: é a função governamental. Outra abraçando as atividades onde não se traduz mais que um poder derivado, secundário e subordinado: é a função administrativa”.¹¹ Para ele, em suma, o que define a existência de separação de poderes é a própria natureza da função a ser realizada pelo órgão competente.

E, não poderíamos omitir a posição de LOEWENSTEIN que, abertamente, revidou a teoria tripartite, propondo uma nova divisão: a decisão política conformadora e fundamental (*policy determination*); a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*).¹²

De todos os autores pesquisados, foi em LOEWENSTEIN que encontramos um posicionamento mais assumido em relação à crítica da teoria clássica da separação de poderes. Isto porque, apesar dos autores reconhecerem que a divisão deva existir, é tarefa árdua para os que a criticam, dizer o que deve ser, como deve ser e como deve funcionar uma nova teoria da separação de poderes.

9 In: *Curso de Direito Constitucional*, 17ª edição, 1989, p. 119.

10 *Teoría y realidad de la organización constitucional, democrática (en Europa y América)*, p. 1.980.

11 Ob. cit., p. 384.

12 Ob. cit., p. 62.

Todavia, entendemos que a teoria de MONTESQUIEU sobrevive aos vários regimes políticos, e tem permanecido, na grande maioria das Constituições mundiais, inclusive merecendo guarida na Carta brasileira de 1988.

No Brasil vivemos sob o regime político marcadamente presidencialista, apesar de que as tendências iniciais da Constituição de 1988 fossem parlamentaristas. Mas quem define a orientação política é o próprio Governo. E quem é o Governo? É o Poder Executivo (no Presidencialismo) e o Parlamento — Conselho de Ministros (no Parlamentarismo). É evidente, contudo, que o Governo não absorve toda a sua parte através do sufrágio universal.

No regime brasileiro, o Presidencialismo se considerava imbatível até as negociações da Constituinte de 1988. Com a possibilidade de uma revisão constitucional e da adoção do Parlamentarismo, a própria Carta Federal, em suas normas, ampliou os poderes do Legislativo, em relação às disposições da Emenda n.º 1/69. Buscou-se com isto, de forma evidente, um maior equilíbrio do Legislativo frente aos outros poderes. Até porque, como entende a grande maioria dos constitucionalistas, é na feitura da lei que se estabelece a verdadeira harmonia e garantia da ordem de um sistema político e governamental.

Nesta linha, está CARRÉ DE MALBERG: "graças à separação de poderes, a característica estatutária da lei não é mais, somente, a consequência de uma distinção teórica e artificial entre a regra legislativa e outras prescrições regulamentares; mas esta característica estatutária corresponde a uma superioridade inerente à lei".¹³

Como foi dito, o Legislativo teve um acréscimo de atribuições, o que ocasionou a certeza de que era realmente a intenção de constituinte a de aprovar o parlamentarismo. Assim, restaram alguns dispositivos na Carta de 88 endossando esta tese.

O art. 49, V, prevê a possibilidade do Congresso Nacional sustar atos normativos do Poder Executivo. Esta é uma novidade trazida pela Constituição atual. O art. 53 garante a inviolabilidade dos Deputados e Senadores em suas opiniões, palavras e votos. No art. 52, III, há uma evidente ampliação em relação à Emenda n.º 1/69, de cargos que deverão ser aprovados pelo Senado Federal, e não mais pelo Presidente da República.

Por seu turno, o Poder Judiciário não na mesma medida do Poder Legislativo, teve um grande incentivo do constituinte. Num âmbito geral, as estruturas judiciárias estão arroladas na Constituição (art. 112 e incisos), que é onde se verifica, como é composto o Poder. Cumpre um sistema federativo, principalmente nas atribuições da Justiça Federal, dos Tribunais dos Estados, de Juizes do Distrito Federal e Territórios.

¹³ In: *Contribution à la théorie générale de l'État*. Tomo I, Paris, 1920, p. 346.

Não se pode negar que a própria constituição dos Poderes e as suas funções eram extremamente diferentes na época em que MONTESQUIEU escreveu sua teoria, ainda porque o monarca detinha uma grande parte do poder. Talvez, até tenha sido isto, precisamente, o que foi assimilado pelo Poder Legislativo, que atualmente comanda o exercício do poder soberano na grande maioria dos Estados modernos, na ordem internacional. Abra-se exceção, contudo, para os países com regime absolutista ou marcadamente presidencialista, como nos Estados Unidos da América.

Ainda, em relação à Constituição de 88, encontramos dentro dos poderes funções atípicas, como, por exemplo, no art. 52, I e II, a competência do Senado federal para *julgar* o Presidente da República e os Ministros de Estado nos crimes de responsabilidade, bem como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes da mesma natureza.

Ao Executivo, por outro lado, cabe *legislar* por disposição expressa do art. 62, expedindo medidas provisórias, e do art. 68, § 2.º, que autoriza leis delegadas. O Judiciário, inobstante, pode *legislar*, ao editar Regimento Internos (art. 96, I, *a*) e *administrar* seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei, bem como concedendo licença e férias aos magistrados e serventuários que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, *f*).

Estas nuances constitucionais não ferem a separação dos poderes, cujo objetivo primordial é manter as garantias individuais de cada poder, e preservar a independência de cada um deles.

5. Conclusão

O que visa garantir a teoria tripartite é eliminar a hipertrofia de qualquer dos poderes, e isto pode ser conseguido através de um regime eficaz de controles, ou como se queira chamar os "checks and ballances" (freios e contrapesos). Para que este sistema funcione é necessário que as funções do Estado seja atribuídas a órgãos distintos. Porém, antes de tudo, é preciso que se corrija a falha em pensar que a separação de poderes deva ser rígida, não admitindo a flexibilidade de certas funções. Não se quer com isto defender a delegabilidade de atribuições. Esta, na verdade, se defendida, redundaria na afronta à independência de poderes.

Deve-se, por fim, atentar para o fato de que, apesar dos poderes serem harmônicos e independentes, não são soberanos e se encontram sujeitos aos ditames da própria Constituição, podendo ter seus atos revisitos de alguma forma.

Contudo, o exercício deste controle entre poderes é que se encontra falho em nosso regime constitucional, o que implica num enfraquecimento da própria democracia, como proposta governamental.