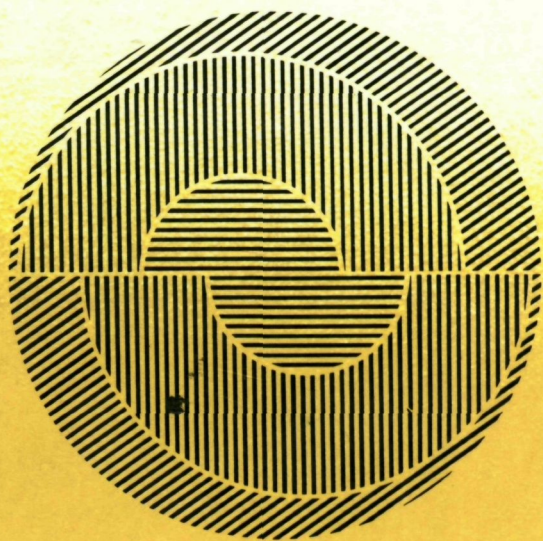


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1980

ANO 17 • NÚMERO 65

A divisão de Poderes e o constitucionalismo brasileiro

JOSÉ DE FARIAS TAVARES

Professor e Coordenador do Curso de
Direito da Universidade Regional do
Nordeste.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Capítulo I — Doutrina

- 1.1. Origem histórica
- 1.2. Fundamentos

Capítulo II — Direito Alionígena

- 2.1. Sistema Inglês
- 2.2. Sistema americano
- 2.3. Outros sistemas

Capítulo III — Direito Brasileiro

- 3.1. Considerações preliminares
- 3.2. A Constituição Imperial
- 3.3. A primeira Constituição na República
- 3.4. A segunda Constituição Republicana — 1934
- 3.5. A Constituição de 1937
- 3.6. A Constituição de 1946
- 3.7. A Constituição de 1967

Conclusões

Bibliografia

Monografia apresentada para o Curso de Especialização em Teoria do Direito e do Estado, a nível de pós-graduação, na Universidade Regional do Nordeste, em Campina Grande — Paraíba, aprovada com a nota máxima.

APRESENTAÇÃO

Este trabalho despretensioso e sucinto versará sobre o tema "A divisão de Poderes e o constitucionalismo brasileiro" e será análise rápida do Direito Constitucional positivo sob o ponto de vista puramente jurídico-formal, sem conotação crítica.

O desenvolvimento dar-se-á em três capítulos:

- 1 — Doutrina;
- 2 — Direito alienígena;
- 3 — Direito brasileiro.

No primeiro tentaremos examinar, de passagem ligeira, a trajetória histórica e os fundamentos doutrinários com referências às principais obras consultadas. No segundo, contemplando o Direito comparado, teremos de, em razão da exiçquidade do exercício, limitar-nos ao exame dos textos constitucionais.

Para isso selecionaremos alguns Diplomas Constitucionais dos mais significativos que consagram o regime da democracia representativa, tomando-os como protótipos.

Estudaremos, dentro desses parâmetros, no Direito alienígena, o modelo inglês de monarquia constitucional parlamentarista e a Constituição dos Estados Unidos da América, paradigma das repúblicas presidencialistas, como os mais antigos e sólidos monumentos jurídicos em plena vigência. Procuraremos analisar as experiências recentes advindas da mudança política pós-guerra, tais como a Constituição do Japão (1947), Império constitucional parlamentar; as Cartas Magnas Republicanas da Itália (1947), nitidamente parlamentarista; da França (1958), misto presidencialista/parlamentarista; da Alemanha Federal (1949), parlamentarismo com características próprias, e Portugal (1976) com definição *sui generis* de "Estado democrático em transição para o socialismo", e por último a Carta Política da Espanha (1978) monarquia parlamentarista do tipo especial.

Quanto ao Direito brasileiro, anotaremos a colocação da teoria nas Cartas Políticas de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, além dos hiatos dos estados de exceção de 1930/1934 e 1964/1978.

Por fim sintetizaremos nosso estudo com a observação de que a doutrina da divisão de poderes com os consecários freios e contrapesos inserida nas Constituições das democracias representativas é meio de garantir o homem face ao Estado.

CAPITULO I — DOCTRINA

1.1. Origem histórica

A formulação da doutrina da divisão de poderes deve-se aos pensadores da época moderna e a MONTESQUIEU, especialmente. Mas não se

pode deixar de reconhecer o trabalho criativo de seus antecessores. Dentre eles avulta, naturalmente, ARISTÓTELES, que anteviu a tripartição do poder como forma assecuratória do bom governo. As três partes desse governo do bem comum "... quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom" (1) pela funcionalidade, pois enquanto a primeira é "encarregada de deliberar sobre os negócios públicos" (2), a outra exerce os misteres de provedora das necessidades coletivas, e a última se reserva a ministrar justiça, aplicando o direito aos casos concretos nos conflitos de interesses que eclodem em qualquer sociedade.

A habitual divisão de atribuições em Atenas, entre arcontes e supremos magistrados em colegiado, bem como o consulado a dois em Roma, com o seu Senado, e as assembleias em forma de cúrias, centúrias e tribos, o que os romanos denominavam **consensus populi**, é tida hoje por alguns estudiosos como contrapesos, embora precursoramente sutis, e que não existiram na Idade Média por vários motivos, dentre os quais (3) "a sumária divisão entre Papas e Imperadores", e, sobretudo, pela implantação do feudalismo.

Ainda na sociedade antiga, a célebre concepção do governo misto de POLÍBIO é, segundo PINTO FERREIRA (4), delineamento da doutrina.

A primeira tentativa, na cultura ocidental, de instrumentalização nacional da discriminação de poderes temperada com a noção do equilíbrio deve-se a CROMWELL, com o **Instrument of Government**, de 1653, seguida de JAMES HARRINGTON em 1656, Londres, **The Commonwealth of Ocean** (5) e o idealizado complexo sistema de freios e contrapesos. Este por sua vez foi desenvolvido por LOCKE nos seus livros **Two Treatises concerning Government** e **Treatise of Civil Government**. O ponto mais alto desses estudos foi, porém, BOLINGBROKE (6), no que PINTO FERREIRA classifica como "trabalhos decisivos" tais como **Dissertation upon Parties**, (1734) e **Idea of a Patriot King** (1738), e justifica sua assertiva transcrevendo de SCHMITT expressivo trecho:

"... o autor efetivo da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio de poderes... as expressões empregadas por ele são: freios recíprocos, controles recíprocos, "retenções" e "reservas recíprocas" etc.

PINTO FERREIRA (7) conclui que os termos empregados por BOLINGBROKE: "to check", "to control", "to counterwork", "to arrest" "to restrain" revivem o seu predecessor espiritual JOHN LOCKE com a frase "checks and controls".

(1) ARISTÓTELES — *In Política* — L. 6.º Cap. XI, pág. 260, trad. Nestor Silveira Chaves — Ed. Ouro — Rio, 1965.

(2) *Ibidem*.

(3) VAMIREH CHACON — *In O Novo Parlamentarismo*. Cadernos Políticos — F. Milton Campos, Brasília, 1978.

(4) PINTO FERREIRA, Luiz — *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, tomo II, 4.ª edição — Saraiva — São Paulo — 1962 — pág. 422.

(5) *Ibidem*.

(6) *Ibidem*.

(7) PINTO FERREIRA, Luiz — *op. cit.*, tomo II — págs. 422 e 423.

Essa a inspiração mais próxima de MONTESQUIEU, motivado de maneira mais pragmática com a observação *in loco* da vida política encontrada na sua visita à Inglaterra. Ali o regime de liberdades públicas convivia tranqüila e eficazmente com as garantias dos direitos individuais na pluralidade das funções estatais. Lançou MONTESQUIEU o coroamento da doutrina definida com a fórmula do "le pouvoir arrête le pouvoir", síntese de sua obra de ciência política *De l'Esprit des Loix*, na França de 1748. Ainda hoje faz escola e permanece consagrado nos textos constitucionais de grande parte do mundo.

É digna de transcrição aqui esta marcante passagem (8):

"Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos."

1.2. Fundamentos

A ciência política busca o equilíbrio entre o **poder**, a **ordem** e a **liberdade**, dentro do contexto da soberania nacional. e a teoria de MONTESQUIEU pretende dar a solução com a fórmula constitucional de **unidade do poder estatal** e sua **divisão interna**. A técnica empregada tem sido a divisão funcional de poderes do Estado, que se destina a controlar e moderar a ação dos diversos segmentos da mesma e uma soberania, ou seja, a especialização de funções limitada constitucionalmente.

PINTO FERREIRA (9), referindo-se à opinião de MUNRO e SCHMITT sobre a impropriedade da expressão "separação de poderes", concorda com a crítica e propõe a substituição pela seguinte: "distinção de poderes", por não ocorrer exatamente separação absoluta, estanque, indiferente, do poder singular do Estado, mas, divisão interna, distinção entre as funções dos diversos órgãos que compõem o organismo estatal.

(8) MONTESQUIEU — *Do Espírito das Leis* — Livro XI — Capítulo VI — tradução de FERNANDO MONTENEGRO CARDOSO e LÉNGIO MARTINS RODRIGUES — Clássicos Garnier — Difusão Europeia do Livro — São Paulo — 1982 — pág. 181.

(9) PINTO FERREIRA — *Op. cit.*, pág. 421.

ROSCOE POUND ⁽¹⁰⁾, ao analisar a cientificidade da divisão de poderes do século XVIII, diz, para mostrar o inter-relacionamento, que

... "o órgão Legislativo fez as leis. O Executivo administrou-as. O Judiciário aplicou-as nas decisões de controvérsias ou litígios,"

para logo em seguida arrematar:

"... tal como a interpretação, de um lado, se entrosa com a legislação, e assim a função judicial penetra na função legislativa; de outro lado, a interpretação invade o terreno da aplicação, e assim a função judicial entrosa-se com a administrativa ou executiva."

Com isto afirma que a ação estatal especializada não pode ser isolada, mas em conexão, visando evitar a exorbitância de algum dos poderes em atividade.

A ação política deve ser balisada pelos dois marcos maiores da constituição democrática: a garantia dos direitos básicos do homem e do cidadão, e a inerente divisão de poderes que assegure — cada qual na sua órbita — tais direitos. É como pensa CARL J. FRIEDRICH ⁽¹¹⁾ quando afirma:

"Os direitos básicos definem uma esfera em termos gerais, na qual as autoridades governamentais, incluindo o Legislativo, não podem de maneira alguma penetrar, ou só em condições muito especiais. A separação de poderes impede a qualquer um ou a qualquer grupo, em tal ordem constitucional, que concentre todo o poder ou mesmo grande parte dele em suas próprias mãos."

E incisivo:

"A separação de poderes tem a intenção de impedir a qualquer um que se torne soberano."

Disso tiramos duas conclusões:

a) que o autor não discute a terminologia — **separação, distinção, divisão de poderes**;

b) também ele sustenta, do ponto de vista da filosofia do direito, que é a fórmula prática eficaz para prevenir-se a ditadura.

A clássica tripartição de poderes (Legislativo — Executivo — Judiciário) tem prosperado ao longo destes três séculos, seguida sempre pelos estudiosos do sistema de democracia representativa sob inspiração do modelo inglês ou do norte-americano, os protótipos mais estáveis. Raras são as exceções, salvo naturais variantes para cada povo em determina-

(10) ROSCOE POUND — *Introdução à Filosofia do Direito* — Ed. Zaer — Rio, 1965.

(11) FRIEDRICH, Carl J. — *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Ed. Zaer — Rio, 1965. Tradução de Álvaro Cabral — pág. 242.

do tempo, que não chegam a desfigurar os paradigmas. Dentre tais variantes é de notar-se a do chamado PODER NEUTRO, que BENJAMIM CONSTANT pregava na França idealizando-o acima dos outros três poderes estatais, destinado especificamente a absorver as tensões da coexistência dos clássicos Legislativo x Executivo x Judiciário. Surge o PODER MODERADOR, adotado em algumas Constituições, inclusive no Brasil Imperial, experiências quase sempre malogradas, pois o quarto poder tem-se revelado um apêndice do Executivo na maioria das situações.

Leve-se em conta a análise de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO⁽¹²⁾ a respeito da doutrina de MONTESQUIEU. A começar pela constatação de que as interpretações têm variado enormemente, com evidentes desvios da idéia central do **Espírito das Leis** que é a da **unidade da soberania do Estado** não significando a **unidade do poder do Estado**. E explica que aquela, a **soberania estatal**, é singular, una, indivisível, enquanto este, o **poder estatal**, é funcionalmente plural, divisível em vários "poderes", ou, adotando-se a terminologia do moderno Direito Constitucional, em "órgãos e funções". Uma observação que o próprio ARINOS tachou de importante e que vale transcrever:

"... ao escrever as linhas famosas sobre a separação de poderes, Montesquieu empregou a palavra **puissance** (grifado) e não a palavra **pouvoir** (grifado) de que se serve várias vezes. Ora, em francês, **puissance** (grifado), no sentido empregado por Montesquieu, significa mais **capacidade** (grifado) do que poder."

Não há que se confundir **poder-soberania** com **poderes-funções**, que são plúrimos. O princípio da distribuição dos poderes-funções do poder nacional ficou logo estabelecido na obra de MONTESQUIEU. Vê-se claramente a inviabilidade de um governo funcionar fracionado em poderes absolutamente separados, bem como a necessidade de controle do poder para não degenerar em abuso. Disso é que se evolui da idéia de separação para a idéia de limitação. Diríamos melhor, da interlimitação.

Sabe-se que a tendência do poder é expandir-se e o fenômeno se dá sempre inexoravelmente em detrimento da liberdade. Por isso, a constatação do pensador francês de que a tentação do abuso do poder, sendo inerente à ambição humana, só pode ser barrada por um obstáculo da mesma força. E a conclusão que se tornou axiomática: um poder só é confido por outro poder igual.

O que temos observado na vida constitucional dos povos é ora um, ora outro, algum dos três poderes em ascendência sobre os demais. As posições têm variado em questões de tempo e lugar, segundo as conjunturas político-sociais. Tolerável e até certo ponto razoável, mas, se degenera, dá-se a ruptura do Estado de Direito e a sociedade desequilibrada cai no regime de força.

O mecanismo de defesa de cada poder em face dos outros é o que os constitucionalistas elaboraram e vêm aperfeiçoando através de freios

(12) ARINOS, Afonso A. Melo Franco — Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil — Forense, Rio, 1976, págs. 137/142.

e contrapesos que FIDES OMATTI atribui aos legisladores e juristas norte-americanos ⁽¹³⁾, pelo menos quanto à sistematização.

Mesmo ali, nunca se registra uma simetria perfeita dessa divisão. Observa-se na vida política daquele povo momentos de preponderância de um ou de outro dos seus poderes: ora é a Suprema Corte que prevalece, ora o Congresso assume importância maior nas decisões cabais, às vezes o Poder Executivo nas mãos de um Presidente carismático alça-se em ascendência sobre o conjunto do poder estatal, segundo as circunstâncias.

Note-se, entretanto, que nos Estados Unidos bem como em qualquer outro Estado de Direito a oscilação no equilíbrio dos poderes jamais ultrapassou as marcas conjunturais nem extrapolou as linhas da democracia representativa. O divisor de águas é inafastavelmente a garantia do homem. Esta só é assegurada plenamente no mecanismo de freios e contrapesos, onde não prevaleça despoticamente a vontade de uma só pessoa ou de um só grupo enquistado em qualquer dos segmentos do poder que a sociedade criou e estabeleceu com funções definidas para o seu bem-estar.

Se não se tem um fiel de balança de precisão absoluta, tem-se, pelo menos, um aparelho regulador das atividades do poder público que distribui oportunidades de contenção de erros e abusos de alguma autoridade.

De fato, embora consignada na Constituição a divisão de poderes, se não houvesse os meios de interligação, o peso de um contra o peso de outro, se eles não necessitassem uns dos outros para complementarem-se e reciprocamente ajudarem-se, o exercício das funções de cada um estaria fatalmente desequilibrado em prejuízo da sociedade que eles conjuntamente estão a gerir.

Se, por exemplo, apesar de divididos formalmente, os Poderes do Estado estivessem subjugados: Executivo e Judiciário ao Poder Legislativo, como o queria LOCKE ⁽¹⁴⁾, romper-se-ia o equilíbrio. A administração executiva, atada, cairia no caos, enquanto os interesses coletivos ou particulares não teriam a tutela eficaz de um Poder Judiciário realmente forte para impor suas decisões na interpretação das leis, muitas vezes contrárias à Lei Maior — a Constituição que o povo adotou.

Não se desconhece que o Legislativo, o poder constituído e/ou constituinte, é órgão fundamental do Estado e no regime representativo legítimo tem ele a competência normativa geral. Essa competência geral, entretanto, não é exclusiva, nem o monopólio da legislação pode pertencer-lhe, como não pode pertencer a nenhum outro, isoladamente. Tê-la-á que exercer cooperantemente com os demais Poderes estatais.

A advertência de THOMAS JEFFERSON ⁽¹⁵⁾ a ALEXANDER HAMILTON, às vésperas da posse do Presidente GEORGE WASHINGTON — “a

(13) FIDES OMATTI — “Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado”, in *Revista de Informação Legislativa* n.º 55 — jul/set/1977 — págs. 55/79. Brasília — Senado Federal — Subsecretaria de Ed. Técnicas.

(14) JOSAPHAT MARINHO — “Poder Legislativo” — in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 11, setembro/1966 — Senado Federal — Diretoria de Informação Legislativa — pág. 5.

(15) VAMIREH CHACON — op. cit., pág. 14.

tiranía do Legislativo é realmente o perigo mais temível" — deve ser entendida com o complemento: "Já a tirania do Executivo virá, por sua vez, porém numa fase mais distante." Porém, quando o mesmo JEFFERSON pedia a Suprema Corte a cassação de um Ministro seu, SAMUEL CHASE, recebeu altiva resposta do Presidente daquele Poder Judiciário:

"O princípio do Parlamentarismo Monárquico de que o Rei não pode errar, pois o Rei reina mas não governa, não se aplica ao Presidencialismo, capaz de sofrer **impeachments** pelo Judiciário e pelo Legislativo."

Não aceitamos, por igual, a tão discutida "ditadura do Judiciário" ou o judicialismo, que é uma extrapolação do poder jurisdicional, e trazemos à colação informação de PAULINO JACQUES (16) sobre os extremos de tal discussão nos Estados Unidos: O jurista BRANDEIS dizia que a Suprema Corte "não era uma superlegislatura" enquanto HOLMES pregava que "o limite do poder da Suprema Corte é o céu". Houve até quem, como o Procurador-Geral JAMES BECK, perante a Corte de Cassação de Paris, em conferência em 1922, falando sobre "A Constituição dos Estados Unidos da América", dissesse enfaticamente: "os doutores da Suprema Corte podem ser considerados como estado acima do Poder Legislativo e do Poder Executivo". E ainda o que disse mais tarde o Presidente daquela poderosa Suprema Corte, HUGUES, para enfatizar a posição do Poder Judiciário sem contrafeito perante os outros poderes, o Executivo e o Legislativo: "A Constituição é o que os juizes dizem que ela é":

Repelida tal primazia, por descabida a um poder como o Judiciário justamente instituído para contrabalançar judiciosamente os demais, rejeitamos igualmente a validade de uma ditadura do Poder Executivo, sob qualquer forma.

O arbítrio não pode conviver com a ordem jurídica. Se a moderna administração não pode ficar manietada por intrincado processo legislativo que embaraça a ação do Governo, é de se querer uma reformulação desse processo. Deve-se torná-lo mais célere, mais dinâmico, mais atuante, mais simples e mais objetivo. Há uma tendência no mundo atual para a preponderância do Poder Executivo. Tendência, até certo ponto aceitável. Para evitar os seus excessos, convém que se institucionalizem a figura jurídica das leis delegadas e a permissão para decretos-leis só para certos e determinados assuntos com delineamentos que garantam as liberdades e os demais direitos do homem e do cidadão, além, obviamente, do resguardo ao interesse público, o que, de resto, deve presidir a todo ato político. Os excessos de autoridade que o governante pratica como se o titular de um Poder, como o Executivo, se arrogasse à tutela da sociedade, rompe o equilíbrio do sistema democrático dos freios e contrapesos entre os poderes constituídos, e destrói o Estado de Direito mais facilmente do que nos casos de ditadura dos juizes ou dos legisladores. E, de fato, a pior ditadura é a de um homem só.

(16) PAULINO JACQUES — "Aspectos do Poder Judiciário Americano e Brasileiro", In *Revista de Informação Legislativa* — n.º 24, out/dez, 1969, pág. 15. Senado Federal — Diretoria de Informação Legislativa.

A título do necessário reforço do Poder Executivo, em face das circunstâncias atuais, diz MACHADO PAUPÉRIO (17), não se pode justificar a institucionalização da ditadura.

Governo forte não é a mesma coisa que **governo arbitrário**. É o que tem a sua força técnica democraticamente baseada na Constituição, enquanto o **governo de exceção**, agindo à margem da lei, é, isto sim, a ditadura. Ao Executivo é plausível reunir maiores poderes sobre determinados assuntos, em certas épocas, mas, se está sob controle do Parlamento, tanto do ponto de vista da legislação como da fiscalização, e se cumpre as decisões judiciárias que lhe contrariem, mantém-se o equilíbrio democrático, e o Estado é um Estado de Direito. Ao que A. MACHADO PAUPÉRIO (18) acrescenta:

“... há de ser não só simples Estado de Direito, mas Estado Ético”.

A relatividade do principio da separação de poderes atualmente que já não é mais defendido como realmente de separação, mas, limitação ou, como preferimos, interlimitação, a prática política de hoje, por quase toda parte, está transformando-o em sistema de colaboração de poderes. São tantas as vozes categorizadas dos mestres do Direito Constitucional no Brasil e no mundo que sustentam a tese, que não há mais o que procurar para justificá-la. AGESTA (19), quando estuda a estrutura do poder, diz que a ordenação deste em uma comunidade política enseja a identificação do “momentos esenciales” no processo de atuação jurídica do poder estatal, que são os momentos de “funciones del Estado” e enumera:

1º — proposição ou iniciativa de legislação de normas jurídicas;

2º — deliberação e aprovação de normas jurídicas, ou seja, o processo legislativo propriamente dito;

3º — execução e aplicação das normas jurídicas legisladas; e,

4º — ajuizamento ou aplicação contenciosa do Direito para restabelecer a paz jurídica na sociedade regida pela lei. Acrescenta que tais momentos são conhecidos respectivamente: “gobierno” quando da iniciativa da proposição de lei; “legislación”, quando se processa a deliberação e aprovação de normas; “administración” que é a ocasião da atuação do Direito legislado; e “justicia” nos conflitos de interesses resolvidos através da prestação jurisdicional. Ele mesmo reduz, na enumeração, para três os momentos da função estatal correspondendo aos três clássicos tipos de segmento do poder estatal, os três poderes diferenciados, harmônicos, interdependentes, coordenados entre si. Reúne na função “executiva” o governo e a administração, isto é, os momentos de inicia-

(17) A. MACHADO PAUPÉRIO — “O Poder Executivo” in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 54, pág. 95 — abr./jun. 1977 — Brasília — Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas.

(18) A. MACHADO PAUPÉRIO — *op. cit.*, pág. 95.

(19) AGESTA, Luiz Sanchez — *Curso de Derecho Constitucional Comparado* — Sexta edición, revisada — Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones — Madrid, 1976, págs. 64/55.

tiva de lei e o da aplicação da norma administrativamente, ou seja, o chamado Poder Executivo; a função "legislativa" que configura a existência do Poder Legislativo por excelência, e finalmente a função "judicial" exercida pelo Poder Judiciário no trato contencioso da norma. Isto corresponde à estrutura básica do Estado Constitucional moderno, que tem sempre, para o desempenho de suas atribuições de soberania.

O Governo (Presidente, no regime presidencialista, ou Presidente o Gabinete ou Monarca e Gabinete nos regimes parlamentaristas republicanos ou monárquicos) é órgão **executivo** da administração; os parlamentos (câmaras, assembleias, congressos) constituem o órgão deliberante, o órgão **legislativo**, e, enfim, os juizes (ou juizes e tribunais), compõem o órgão **judiciário**.

O constitucionalista espanhol ⁽²⁰⁾ classifica a divisão de poderes (para manter-se a terminologia consagrada) em duas classes:

- a) divisão formal, ou divisão imprópria;
- b) divisão material, ou divisão própria.

A primeira estabelece a diferença de tais órgãos segundo suas funções, dá-lhes nome, fixa o regime jurídico-político e traça regras para a sua atuação na vida social. Dentro de suas respectivas competências, o órgão intitulado **Poder Executivo** deve, segundo a Constituição, exercer o governo e a administração pública por designação do Chefe do Estado ou por aprovação do Parlamento, conforme seja o caso. O órgão intitulado **Poder Legislativo** é instituído na forma que a lei fundamental determina, com a composição unicameral ou bicameral, modalidade de eleição, número de membros, categorias e denominações. Sob o título **Poder Judiciário** há a organização dos juizes e tribunais, destinados a específicos exercícios jurisdicionais. Estabelece regras de responsabilidade política dos que ocupam as funções de governo, a temporariedade dos mandatos eletivos, as prerrogativas da magistratura, enfim, toda uma gama de normas funcionais que dão vida ao organismo estatal. A segunda, ou seja, a **divisão material** ou **própria**, é a que define a legitimidade do poder do Estado segundo os fundamentos políticos que lhe deram vida: numa monarquia parlamentar, por exemplo, o Governo representa a autoridade do Rei, o Parlamento exerce o poder que emana do povo e o Judiciário atua com a autoridade do Direito, ou seja, autoridade e força da Constituição.

A coordenação do poder dá-se, ainda segundo AGESTA ⁽²¹⁾, no fenômeno da divisão clássica, sob duas fórmulas:

1º — a denominada **colaboração sucessiva** no ato de poder, tal como ocorre, por exemplo, quando o Rei ou Presidente nomeia ministros de sua livre escolha; porém, a iniciativa da legislação a respeito deve ser aprovada pelo Parlamento e, por sua vez, a lei votada pelo Parlamento deve ser aplicada pelo Governo em fazendo tal nomeação;

(20) AGESTA — op. cit., pág. 55.

(21) AGESTA — op. cit., pág. 57.

2º — a chamada **colaboração na função**, que é o caso da nomeação, **verbi gratia**, de um Governo (regime parlamentarista) indicado pelo Chefe do Estado, porém sob aprovação do Parlamento que controla a atividade desse Governo, derrubando-o segundo as faculdades da lei.

CAPÍTULO II — DIREITO ALIENÍGENA

2.1. Sistema inglês

Já vimos que foi observando o saudável funcionamento do regime inglês de liberdades públicas e garantias dos direitos individuais pelo mecanismo de coordenação de alguns órgãos do Estado — freando uns frente aos outros, que MONTESQUIEU formulou a doutrina da divisão de poderes já vislumbrada por ilustres predecessores.

Como o Direito Constitucional na Inglaterra é essencialmente consuetudinário e serviu como fonte de inspiração dos politicólogos da maior parte do mundo, temos que volver ao passado para melhor entendimento da evolução do sistema a partir da **contenção do poder do Estado para garantir a liberdade do homem**. E volvermos mesmo à fase que poderíamos chamar de pré-história da divisão de poderes, pois os grandes momentos que a precederam merecem observação.

Sabemos que, já no século XIII, existia ali um **Parlamentum** que funcionava em duas câmaras — o Conselho dos Nobres e o Conselho do Rei, e que este chegava a ser última instância como tribunal para apelação das partes vencidas em sentenças de juízes civis.

A Carta Magna de 1215 foi o grande freio ao despotismo de João sem Terra, primeira limitação formal e jurídica da Monarquia (22). O Estatuto de Westminster, em 1275, regulando a convocação do Parlamento, foi mais um passo rumo à democratização do poder. Mas significativo foi o avanço dado em 1628 com **Petition of Rights** com que o recurso à Justiça criava garantia concreta ao cidadão. Participação da Justiça na vida política do seu povo que já houvera dado em um rumoroso caso referido por PINTO FERREIRA (23) e encontrado na **Judicial Review** do CORWIN, na sentença de Lorde Coke, em 1610, como juiz do "King's Bench", decretando limitação dos atos do Parlamento. O que demonstra rejeição da "onipotência parlamentar", como a advogavam eminentes tratadistas, dentre os quais BRYCE, que proclamava que "as decisões do parlamento inglês seriam de última instância, podendo até abolir a igreja, a Câmara dos Lordes, a Coroa e a si mesmo" (24). Ao que JELLINEK retrucava: "Apesar da coação política, se o Rei negasse a uma lei o seu assentimento real, nenhum poder do mundo poderia obrigá-lo juridicamente. Sem o concurso de sua vontade, se paralisaria toda a máquina legislativa" (25). O aumento de poderes dos juízes teve de ocorrer conseqüentemente ao aumento de direitos individuais, à liberdade de ir e vir normatizada no **Habeas Corpus Act**. A força do Parlamento cresceu

(22) CHACÓN, YAMINER — *op. cit.*, pág. 11.

(23) PINTO FERREIRA — *op. cit.*, tomo I, pág. 81.

(24) *Ibidem* — pág. 92.

(25) *Ibidem* — pág. 93.

em legitimidade com o **Bill of Rights** de 1689 que tornou suas eleições livres, livres os seus debates e deliberações e a prerrogativa de autorização para as despesas do Governo (até mesmo às destinadas às forças armadas em tempos de paz), legislação fiscal, penal (inclusive com a instituição do tribunal do júri). Com a ascensão do Legislativo chegaram os ingleses em 1714 ao Governo de Gabinete que passou a exercer o Poder Executivo retirado do Rei.

Os dois princípios que DICEY (26) via na estrutura da Constituição inglesa eram a soberania do Parlamento e o governo do Direito. O que foi definido como "el poder de hacerlo todo, salvo um hombre de una mujer y una mujer de un hombre", conceito revisado mais tarde pelo próprio DICEY. Reconheceu ele as limitações do Parlamento a começar pela existência da Commonwealth, a figura do **Premier** e da delegação de legislação (leis delegadas) e, por último, a participação na Comunidade Européia, com transferência até mesmo transaccional de poderes sobre direitos fiscais, e o controle maior do **referendum** popular.

Quanto aos poderes especiais delegados ao Executivo, tem-se na Inglaterra o precedente do **Defense of the Realm Act**, de 27 de novembro de 1914, que autorizava o Rei a, em Conselho, legislar por sua iniciativa só em assuntos de bem-estar público e de defesa do Reino, durante a I Guerra Mundial; delegação de poderes que foi também dada por ocasião da II Guerra Mundial de 1939/1945 através, dentre outros, do **Emergency Powers Defense Act**. Desta vez, mais amplos, pois permitia ao Rei legislar sobre segurança pública, ordem pública, defesa do Reino, guerra e requisição de pessoas dos seus súditos, seus serviços e propriedades privadas.

O admirável equilíbrio dos poderes estatais dos ingleses atualmente firma-se no funcionamento simultâneo, harmônico e cooperante dos seus órgãos fundamentais: a Coroa, o Parlamento e o aparelho judicial. A Coroa, exemplo único no mundo, é um órgão em si mesmo complexo, pois se constitui de: 1º — o Rei; 2º — o Gabinete. Abstraindo-se a figura do Conselho Privado que já teve atribuições de assessoramento do Rei e hoje é apenas honorífico, o chamado "Serviço Civil", o Gabinete é a parte precisamente executiva da administração pública sob o comando da Coroa. O Rei faz parte do Gabinete e este faz parte do Poder Legislativo, pois, apesar de ser o **Premier** designado pelo Rei, deve ser aprovado pelo Parlamento e, por voto de desconfiança deste, destituído. De tal forma estão interligados — Rei e Gabinete perfazendo a Coroa —, que o Poder Executivo não pode ser delineado com precisão entre as duas figuras de um mesmo corpo político. O Rei é Chefe do Estado, e o Primeiro-Ministro, Chefe do Governo, ambos com funções constitucionais de gerir a coisa pública, cabendo a este, na prática, a maior atividade. Também o Parlamento é um órgão complexo, ainda mais porque bicameral — Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns; dele participa como seu integrante o próprio Rei. As funções do Parlamento — criação, modificação ou derrogação do direito — são exercidas com a

(26) AGESTA — op. cit., págs. 121/22.

participação inclusive do Gabinete que tem a iniciativa das leis; o Rei, além de participar do processo legislativo, como componente do Gabinete, sanciona a lei. Não se omite a grande função fiscalizadora da Câmara dos Comuns sobre os atos do Gabinete, já que atualmente aquela Casa Legislativa detém a maior força política e jurídica do sistema. O controle é efetivado por meio de cinco principais métodos:

- 1º — interpelação dos deputados aos homens do Governo;
- 2º — pedidos de informações sobre o andamento da administração pública;
- 3º — emendas ou desaprovação dos projetos legislativos do Governo (embora este tenha o poder de fixar prazos para o pronunciamento parlamentar);
- 4º — controle financeiro com a fixação de despesas públicas; e
- 5º — revisão de norma delegada.

Não existe, entretanto, especificamente enumerado entre os poderes do Estado, o que nós conhecemos como Poder Judiciário. Existe um aparelho estatal acionado por juizes que se encarregam de assegurar o regime das liberdades públicas, sob a tradicional *rule of law*, e cuja força decorre do respeito que todos devem, inclusive os que compõem o Governo e o Parlamento, aos limites dos direitos individuais, e ao estado de bem-estar geral. As decisões são sempre à base de "precedentes" para fixação do direito consuetudinário — os *cases of law* — e da tutela que a lei dá a todos os súditos de Sua Majestade. Não se pode, assim, dizer que ocupa um espaço na estrutura constitucional como um Poder em faixa própria, pois a tradição é de que a justiça é administrada em nome da Coroa, embora esta não controle as atividades dos juizes e tribunais, que são independentes. Estes se submetem somente ao Direito proveniente do Parlamento e da Coroa ou consagrado pelos costumes.

2.2. Sistema americano

A primeira Constituição formal escrita do mundo moderno subsiste íntegra com suas poucas emendas, com uma vitalidade incomparável, ao longo destes dois séculos de incessante vigor, e tida por todos os estudiosos como o arquétipo da democracia representativa — a Constituição dos Estados Unidos da América. A construção da estrutura jurídica para um Estado, a começo **confederado** e, posteriormente, **federado**, consubstanciada em um documento único que traça o perfil da sua legalidade.

Nos tempos da colônia, quando se buscava a libertação daqueles povos, exigiu-se, a par das então chamadas "Cartas Reais" em que a Coroa Inglesa nomeava seus governadores, a convocação de assembléias com poderes legislativos locais, nos famosos **covenants**, que eram os pactos das comunidades políticas em organização nas terras americanas do norte.

A proclamação de independência pelo Congresso de Filadélfia, em 4 de julho de 1776, estabeleceu a **Confederação** e o seu **Congresso**, que reunia em si as treze colônias como Estados independentes, mas interligados para efeitos internacionais, além de sujeição em comum a normas comerciais, financeiras e postais. Duro trabalho da construção do edifício da unidade nacional começou daí e, afinal, em 17 de setembro de 1787, promulgou-se a definitiva Constituição dos Estados Unidos da América.

O modelar código constitucional é conciso. E esta foi uma das suas virtudes maiores. A Constituição que traça somente as linhas mestras das estruturas do Estado define os limites do poder e as garantias individuais, estabelece com firmeza os marcos das liberdades públicas, há de ser um documento duradouro e que resiste ao tempo, às vicissitudes da evolução social. Sem casuísmos que a tornassem obsoleta, levou à mentalização, naquela sociedade, o zelo cívico pela preservação de sua Lei Maior.

Com redação feliz pela inteligência dos seus poucos artigos, secções e itens e complementação de apenas vinte e cinco emendas, uma peça que os estudiosos consideram sóbria e ainda permanece intangível na essência, enriquecida pela jurisprudência — a formidável contribuição judicial — a Constituição americana tem longevidade pela natureza de sua estrutura simples e de grandes linhas definidoras da filosofia política adotada, que pode ser sintetizada em cinco princípios básicos:

1º — forma republicana do Governo (representativo, temporal, com poderes emanados do povo);

2º — forma de Estado Federal em que a União constitui o organismo da unidade nacional;

3º — soberania (hoje atenuada) dos Estados-Membros, entre si e nas órbitas de suas competências;

4º — divisão de poderes com funções diferenciadas e interpenetração operacional como contenção da autoridade frente às garantias das liberdades individuais;

5º — função especial, dentro do quadro da divisão de poderes, à cúpula do Judiciário que é a Suprema Corte, tida como guardiã da Constituição, e que chegou a definir-se, a si própria, como a balança que mantém o equilíbrio entre os poderes dos Estados-Membros e os poderes da União.

A doutrina de MONTESQUIEU teve aí campo fértil para prosperar, e realmente alcançou a melhor aplicação, melhor mesmo que na sua terra de origem — a França, como veremos adiante. A sua aceitação "fue tan extraordinaria que se apoyaban on sus argumentos o quanto combatian o defendian la Constitución", como disse AGESTA (27), referindo-se a O

(27) AGESTA — *op. cit.*, pág. 186.

Federalista de Madison y Hamilton (a quem AFONSO ARINOS ⁽²⁸⁾ junta John Jay).

A organização do Estado em três faixas de poder (União Federal) foi fixada, tendo por baliza o regime democrático de garantias do homem e do cidadão, pela primeira vez formalizada em documento público, e firmada com a validade de norma jurídica.

Quiseram os fundadores da Federação assegurar o ideal de liberdade, demarcando os limites de atuação de cada órgão político, de tal forma que o homem não ficasse esmagado pela todo-poderosa máquina estatal. Sem embargo disto, em situações emergenciais, como nas duas guerras mundiais, os Presidentes WILSON e ROOSEVELT obtiveram poderes extraordinários que alguns constitucionalistas julgaram ilimitados numa máxima centralização em mãos do Executivo.

De forma simples ficou estabelecido que o **Poder Legislativo** é exercido essencialmente pelo Congresso com a colaboração do Executivo na iniciativa, sanção e veto de leis, e atribuições de fiscalização e contenção do Executivo, através de concessão de autorização para despesas públicas, aprovação de tratados e convenções internacionais, guerra e paz, dentre outras; o **Poder Executivo** é atribuído ao Presidente da República, responsável perante o Congresso pela administração pública do organismo estatal e sua representação externa; o **Poder Judiciário** é incumbido de interpretar a lei e o Direito nos conflitos de interesses e exercer o controle da constitucionalidade de atos e normas jurídicas. A interpenetração dos três órgãos públicos na vida de cada um é uma constante inarredável e, por isso, os americanos criaram a teoria dos FREIOS E CONTRAPESOS PARA O EQUILÍBRIO DOS TRÊS PODERES DO ESTADO, o seu **checks and balances**, partindo da posição especial da Suprema Corte com o poder de controle judicial, desde certo momento de sua vida constitucional.

Dentre os métodos de freios e contrapesos destacam-se o **veto** (art. 1º, secção 7ª, item II) com que o Chefe do Executivo suspende a vigência de uma norma até sua reapreciação pelo Legislativo para aceitá-la ou rejeitá-la, com **quorum** especial; veto, como se vê, relativo. Depois, em decorrência do princípio da responsabilidade política, vem o poder do Legislativo decretar contra o Presidente o tão discutido **impeachment** que, aliás, pode ser estendido a qualquer funcionário civil da administração, segundo o art. II, secção 4ª, e que é atribuição privativa do Senado (art. 1º, secção 3ª, item VI). A aprovação de nomeação para certos cargos, que a Constituição menciona, é outro modo de controle que o Legislativo tem a respeito da administração (art. 2º, secção 2ª, item II) e as nomeações interinas, permitidas no item III da secção 2ª do art. 2º, têm de ser homologadas pelo Senado, após o recesso, ou a urgência do ato. A aprovação de tratados internacionais, prevista no item II da secção 2ª do art. 2º, é outro grande freio, embora atualmente esteja em voga, no que é possível, a prática do chamado "acordo do Executivo"

(28) AFONSO ARINOS — op. cit., pág. 20.

sem as formalidades do tratado, mas com força vinculativa, para assuntos de menor relevância.

Do Legislativo sobre o Poder Judiciário há o regime de competência (art. 3º, secções 1ª e 2ª), criação de cargos, condições de nomeação de juizes, promoção e demissão, salários, embora estes sejam irredutíveis, segundo a jurisprudência, e a remoção; até o **impeachment**, embora raridade, tem sido utilizado contra juizes.

Os americanos foram efetivamente os verdadeiros criadores de um Judiciário como um dos poderes políticos na forma do art. 3º, secção 1ª da Constituição, estabelecendo o **Judicial Power**. A prática do "judicial control" ou "judicial review" tem sido uma constante desde a decisão célebre do Juiz MARSHALL, no famoso caso "Marbury x Madison", em 1803.

PAULINO JACQUES (29) transcreve:

"... a linguagem particular da Constituição dos Estados Unidos da América confirma e revigora o princípio, que se supõe essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei conflitante com a Constituição é nula; e que as Cortes, como outros departamentos do Governo, estão jungidas a esse documento"

e adianta que a própria Corte Suprema fixou a cláusula autolimita para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato administrativo.

Diga-se de passagem que o exemplo americano irradiou-se para influir na vida constitucional de muitos povos de vários continentes, como veremos mais adiante.

2.3. Outros sistemas

Numa visão panorâmica, superficial e rápida, enfocaremos algumas outras Constituições no tocante à divisão de poderes, cooperação, interdependência, contenção, equilíbrio funcional.

Partimos da Constituição da França, que, aliás, historicamente não foi a primeira a inscrever os princípios da separação de poderes ali sistematizados por MONTESQUIEU, pois o pioneirismo coube aos americanos com sua Carta Constitucional de 1787, enquanto os franceses somente em 1789, através da célebre **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, consagraram a fórmula montesquieuniana como garantia da liberdade conquistada.

Ressalte-se, de logo, que as primeiras Constituições francesas, as de 1791 e 1795 (bem como o Ato Adicional de 1815) que instituíam o **Pouvoir Judiciaire** não chegaram à implantação efetiva do Judiciário como Poder de fato e de direito, autônomo e forte, pois aqueles estatutos tiveram precária existência. As Cartas Constituintes posteriores, de 1830, 1848, 1852, não trataram do Judiciário como Poder Constitucional, e bem

(29) Op. cit., pág. 13.

assim as Leis Constitucionais de 1875, e mesmo as recentes Constituições de 1946 e 1958. Estas contemplam a existência de o que classificam como **Ordre Judiciaire, Conseil de la Magistrature** ou como a atual, que abre o seu Título VII com a rubrica **Da Autoridade Judicial** e prescreve no art. 64:

“O Presidente da República garante a independência da autoridade judicial.

É auxiliado pelo Conselho Superior da Magistratura.

Uma lei orgânica determinará o estatuto dos magistrados.

Os magistrados oficialmente designados serão inamovíveis” (30).

Adiante-se que, logo no art. 65, estabelece que o Conselho Superior da Magistratura, como órgão auxiliar do Presidente da República que o é, e já vimos do texto transcrito, será presidido pelo mesmo Presidente da República. E da definição do que é o Tribunal Superior de Justiça (art. 67) vê-se que não se trata de órgão de cúpula de um Poder Constitucional. E de fato veremos adiante que o controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos não cabe ao Judiciário propriamente dito, mas a um órgão misto.

O art. 68 diz que o Presidente da República não responderá perante aquele Tribunal Superior de Justiça pelos atos praticados em função da Presidência, salvo no caso de “alta traição”. E a respeito da declaração de inconstitucionalidade, é o assunto privativo do Conselho Constitucional regulamentado por lei orgânica (arts. 62 e 63).

Relembre-se aqui a tentativa de SIEYÈS com o que ele chamava de **sénat conservateur**, encarregado de controle da constitucionalidade das leis, mas de tal maneira jungido ao Poder Executivo segundo as Constituições de 1795 e 1852, que se tornou peso morto, e foi abandonado nas estruturas constitucionais seguintes.

A chamada V República, com a Constituição de 1958, criou um modelo que o seu ideólogo maior — CHARLES DE GAULLE — classificou de **misto** parlamentar-presidencial, explicado assim por JEAN-LOUIS DEBRÉ:

“Regime parlamentar porque o Chefe do Governo é responsável perante o Parlamento, que vota as leis e o orçamento, fiscaliza, critica, mas sem o monopólio da autoridade. Regime presidencial pela decisão do Chefe de Estado impondo-se a todo o Executivo” (31).

Leve-se em conta que o poder de legislar cabe ao Parlamento (art. 34). Mas ele delegou ao Executivo autoridade para as **ordonnances** (art. 38), que são a versão francesa do decreto-lei; o **referendum**, como forma

(30) Constituição da França — 1958 — Com Emenda de 1962.

(31) In VAMIREH CHACON — op. cit., pág. 37.

de controle popular direto previsto no art. 11, é, na prática, um reforço do poder presidencial que chega a ser extraordinário na discutidíssima disposição do art. 16, como solução para os casos de crise nacional. O que muitos consideram porta aberta para a Ditadura. Outras críticas cáusticas têm sido levantadas contra a hegemonia do Poder Executivo, tais como as de KARL LOEWENSTEIN⁽³²⁾ sobre a atribuição presidencial de dissolver discricionariamente a Assembléia (art. 12) e a quase irresponsabilidade do Presidente da República (art. 68). Mesmo o seu julgamento por órgão político, de cuja composição participa indiretamente, além dos poderes especiais já assinalados (arts. 11, 16, 38).

Veja-se que a oportunidade de veto está no art. 10, sob a forma de devolução do projeto ao Legislativo para nova deliberação. Interessante é que a figura do Tribunal de Contas aparece numa única referência, na última alínea do art. 47, como órgão controlador das finanças públicas do sistema de freios e contrapesos do Legislativo sobre o Executivo.

República Federal da Alemanha

O próprio preâmbulo expressa a situação de transitoriedade da nova ordem em busca da unidade nacional da Alemanha, hoje dividida em dois Estados. Decorre disso a denominação de sua Carta Constitucional, que, para não dar idéia de Constituição definitiva, teve o título de **Lei Fundamental**, datada de Bonn, 1949.

Nela, os três Poderes estão estruturados na linha de autonomia e cooperação: Legislativo, Executivo e Judiciário, com um bom mecanismo de freios e contrapesos para o equilíbrio das funções estatais e garantia dos direitos individuais. Há importantes peculiaridades: O Parlamento Federal, dentre outras atribuições específicas, penetra nas atividades administrativas, exercendo o controle das Forças Armadas, em assuntos da defesa, por meio de um Comissário de Defesa (art. 45, b).

O Chanceler Federal (Primeiro-Ministro) exerce o Governo (art. 62) com os Ministros; sua eleição se dá pelo Parlamento Federal com proposta do Presidente da República; pode ser destituído com um voto de desconfiança (art. 67) por esse mesmo Parlamento, o qual, por sua vez, pode ser dissolvido na forma do art. 68, pelo Presidente da República. A legislação cabe ao Parlamento, mas o Executivo participa do processo com projetos de lei e sanção ou veto, prevendo-se o "estado de emergência legislativa", no art. 81, para o caso de rejeição pelo Parlamento de projeto considerado pelo Governo como "urgente", salvo moção de desconfiança como faculta o art. 68, com a dissolução do Parlamento. Ademais, o art. 80 contempla autorização para a "promulgação de decretos" que equivalem aos nossos decretos-leis.

Na cúpula do Poder Judiciário (art. 92) está o Tribunal Constitucional Federal com a atribuição (art. 93) de controle da constitucionalidade de leis que pode, em certos casos, ser apreciada por outros tribunais

(32) *Ibidem*, pág. 38.

(art. 100) estaduais, sujeita, entretanto, à decisão final do Tribunal Constitucional Federal.

Posição curiosa é a do Tribunal de Contas: no Capítulo X — intitulado “Regime Financeiro”, ele figura como órgão controlador das contas públicas. É a ele que o Governo tem de apresentar sua contabilidade anual e dele receber o parecer sobre a legalidade das operações contábeis da administração. A prestação de contas deve ainda ser apresentada ao Conselho Federal e ao Parlamento (art. 114). Com a expressa independência judicial (art. 114, 2), fora está, entretanto, dos quadros convencionais de qualquer dos três Poderes, mas anexo ao Poder Legislativo.

Resumindo, os amplos “Direitos Fundamentais” (33), constantes do primeiro Título da Constituição, estão sob tutela judicial (art. 19, 4) com as faculdades dos arts. 101 a 104, e sua perda nunca será determinada pelo Poder Executivo, nem mesmo o Legislativo, mas, tão-somente, pelo Judiciário.

Itália

A COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, de 22 de dezembro de 1947, institui a forma de governo parlamentarista para a República da Itália, em que o Parlamento — Câmara dos Deputados e Senado da República — exerce o Poder Legislativo (art. 70) propriamente dito e participa ativamente do exercício da administração estatal.

Pertence-lhe a iniciativa da lei, como ao Executivo e ainda ao próprio povo (art. 71):

“... il popolo esercita l’iniziativa delle leggi, mediante la proposta da parte di almeno cinquantamila elettori, di un progetto redatto in articoli” (34).

O Presidente da República participa do processo com a **sanção** ou o **veto** (arts. 73 e 74) e o controle popular pode ser feito por **referendum** provocado por petição de 500.000 eleitores ou resolução de cinco Conselhos Regionais.

A delegação de poderes legislativos pode ser dada ao governo sob certos critérios e por tempo limitado (art. 76), enquanto o decreto-lei com o nome de **ordinanzi di necessità** (35) é autorizado no art. 77 para “... casi straordinari di necessità e d’urgenza...”.

O Poder Executivo é exercido pelo Conselho de Ministro, cujo Chefe, o Primeiro-Ministro, é nomeado pelo Presidente da República (que é o Chefe do Estado) sob aprovação do Parlamento. Este exerce o controle sobre o Executivo por meio de moções de confiança e desconfiança (art. 94) para nomeação e demissão do Governo.

O Poder Judiciário, se bem que elevado à categoria de poder constitucional (Título IV) e considerando que “os juízos só estão sujeitos à

(33) Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949.

(34) Constituição da República Italiana, 1947.

(35) *Ibidem*.

lei”, como diz o art. 101, sofre, entretanto, séria ingerência do Poder Executivo que, através do Ministério da Justiça, administra os serviços judiciais, constituindo isto, na prática, forte freio político.

O controle da constitucionalidade de leis e atos administrativos é feito por órgão especial — a Corte Constitucional (art. 137), órgão misto, em que o Poder Judiciário não tem toda a força, pela presença de representantes dos Poderes essencialmente políticos, como o Legislativo e o Executivo.

Também as contas públicas, cuja fiscalização sempre controla a administração executiva, têm destino para a chamada **Corte dei conti** que tecnicamente está no quadro dos órgãos auxiliares do Executivo, embora as disposições do art. 100, alínea final, assegurem a sua independência frente ao Governo. Há que ver o controle final do Poder Legislativo que, fiscalizando, aprovando, julgando o desempenho da receita e despesa do Estado, exerce o controle real sobre a administração em geral.

Japão

No Japão, a supremacia do Poder Legislativo é expressamente consignada no art. 41 de sua Constituição atual:

“A Dieta será o mais alto órgão do poder estatal e será dotada de função legislativa” (36).

É ela composta de duas Câmaras: a dos Representantes e a dos Conselheiros, mas a Câmara dos Representantes tem evidente ascendência, pois prevalecem suas deliberações discordantes da segunda, nos assuntos politicamente mais importantes.

O Poder Executivo é exercido pelo Gabinete (art. 65) e o Imperador é o Chefe de Estado, representando a unidade nacional. O Gabinete, chefiado pelo Primeiro-Ministro escolhido entre membros da Dieta (art. 67) e por ela aprovado, conta com Ministros de Estado, a maioria dos quais deve pertencer à Dieta (art. 68). Com voto de desconfiança é demitido o Gabinete (art. 169) e, no impasse, é dissolvida a Câmara dos Representantes, convocando-se nova eleição.

O Judiciário tem a categoria de Poder (art. 76) e a independência dos juízes nos atos judiciais é garantida. A Corte Suprema é competente para declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei, ordem, regulamento ou ato oficial. As contas públicas são apresentadas ao Conselho Fiscal, que se assemelha a um Tribunal de Contas, auxiliando a Dieta nesse controle.

Portugal

A Revolução deflagrada em 25 de abril de 1974 pelo Movimento das Forças Armadas deu lugar à Constituição da República Portuguesa, pro-

(36) Constituição do Japão, 1947.

mulgada em 2 de abril de 1976. Há nessa Carta singularidades do novo regime português que estabeleceu um mecanismo constitucional de cinco poderes (art. 113), quais sejam: o Presidente da República, o Conselho da Revolução, o Governo (Executivo propriamente dito), a Assembléia da República (Poder Legislativo) e os Tribunais (Poder Judiciário), com o dever de

“... observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição” (art. 114, alínea 1) (37).

Não seria despropositado reduzir a quatro tais poderes, considerando-se um colegiado, o Presidente da República como Presidente que é do Conselho da Revolução e Comandante das Forças Armadas (art. 123) e o próprio Conselho da Revolução, totalmente composto por militares, seus comandados e que se proclama garante da Constituição, (arts. 142 a 144) ao modo de um *sui generis* “Poder Moderador Castrense.”

O Conselho da Revolução aconselha o Presidente da República, seu Presidente e, em deliberações próprias de um Poder Legislativo, concede autorização tais como: guerra e paz, decretação de estado de emergência ou estado de sítio, ausência do território nacional, vacância do cargo (art. 145), podendo ainda “... fazer leis e regulamentos sobre a organização, o funcionamento e a disciplina das Forças Armadas...” (alínea a, 1, art. 148), competência exclusiva por força do item 2 do mesmo artigo. É bem expressivo o disposto no art. 149, quando dá atribuições ao Conselho da Revolução para editar decreto-lei, de validade idêntica às leis da Assembléia da República ou aos decretos-leis do Governo.

O Parlamento unicameral — Assembléia da República —, com a sua competência consignada no Capítulo II, pode “fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Conselho da Revolução ou ao Governo” (art. 164, d).

A nomeação e destituição do Governo ocorre por moções de confiança ou desconfiança, e o controle das atividades financeiras da administração cabe-lhe (art. 165, d) com parecer do Tribunal de Contas.

A delegação legislativa ao Executivo está contida no art. 168, e a participação na elaboração de leis encontra os limites do art. 170, que veda aos deputados projetos de lei ou emendas a respeito de aumento de despesas ou diminuição de receitas do Estado.

O Poder Executivo é exercido pelo Governo chefiado por um Primeiro-Ministro e composto de Ministros de Estado, constituindo o órgão superior da administração pública, na expressão mesma do art. 185. Depara-se o Executivo, ao longo do texto constitucional, com freios e contrapesos também do Conselho da Revolução que desempenha muitas das atividades próprias de um órgão executivo, além das legislativas e judiciais que igualmente absorve.

Pode o Governo editar decretos-leis (art. 201), como o pode o Conselho da Revolução.

(37) Constituição da República Portuguesa, 1976.

O Poder Judiciário (Título VI) está posto no lugar de um dos poderes da soberania nacional. Está, porém, rebaixado, quando suas decisões sobre inconstitucionalidade de leis (art. 207) são objeto de revisão pela Comissão Constitucional, órgão auxiliar do Conselho da Revolução (arts. 284 a 285).

Como contenção do Poder Executivo, cabem ao Judiciário o exame e a fiscalização das contas públicas, através de uma de suas instâncias — o Tribunal de Contas —, incluído em seus quadros pelo art. 212, 2, enquanto o Ministério Público também lhe pertence (arts. 224 a 226).

Tal é a singularidade do sistema constitucional de Portugal, que se proclama (art. 2º) um Estado democrático garantidor dos direitos e liberdades fundamentais e que tem por "objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras" (38).

Espanha

Com a Constituição promulgada em 26 de outubro de 1978, a Espanha tornou-se um "Estado Social y Democrático de Derecho..." (39) em que a forma política é monarquia parlamentar.

O Rei é o Chefe de Estado, mas não apenas isto, porém participe da administração, ao lado do Poder propriamente dito, pois é árbitro e moderador (art. 56) do funcionamento das instituições. Suas atribuições, previstas no art. 62, não são pouco importantes, sobressaindo-se a sanção e promulgação de leis, convocação e dissolução do Parlamento (as Cortes Gerais), convocação de eleições e de referendums, proposição e nomeação do Presidente do Governo, expedição de decretos através do Conselho de Ministros, nomeação de funcionários públicos, comando supremo das Forças Armadas, e, com autorização das Cortes Gerais, declaração de guerra e paz.

É o que se poderia chamar um novo tipo, de fato, de Poder Moderador.

O Poder Executivo propriamente dito é exercido pelo Governo (Título IV) chefiado por um Presidente, proposto pelo Rei e aprovado por voto de confiança dos deputados, após o que é nomeado pelo Rei; os demais membros do Governo são nomeados diretamente pelo Rei. O Governo perde o poder por moção de desconfiança parlamentar (arts. 114 e 101). Os membros do Governo estão sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário na instância do seu Tribunal Supremo, por responsabilidade criminal (art. 102) e quanto à legalidade dos seus atos administrativos (art. 106). Conta com um órgão auxiliar consultivo, que é o Conselho de Estado (art. 107).

A responsabilidade política do Governo é controlada pela Câmara dos Deputados (Congresso de Deputados), (arts. 108 e 113). Os poderes

(38) Constituição da República Portuguesa, 1976.

(39) Constituição da Espanha, 1978 — art. 1.º

mais fortes do Governo estão no art. 116 que lhe faculta declarar por decreto, sob as limitações da Constituição e das leis, o **estado de alarme**, o **estado de exceção** e o **estado de sítio**, em casos de necessidade.

O Poder Judiciário (Título VI), com seus magistrados independentes e sujeitos unicamente à lei, engloba o Ministério Público (art. 124). O Tribunal Supremo pode tomar conhecimento de todo e qualquer assunto de prestação jurisdicional (art. 123), exceção única de matéria do controle de constitucionalidade de leis e atos com força de lei e suas garantias que cabe (art. 161) ao Tribunal Constitucional.

O Legislativo, que é bicameral e tem o nome de Cortes Gerais, compõe-se de Congresso dos Deputados e Senado. Exerce controle sobre o Executivo, participando da administração com a aprovação e destituição do Governo, moção de confiança e de desconfiança, comissões de investigação. A iniciativa da legislação cabe às Cortes Gerais, ao Governo (art. 87) e até ao povo, através de proposição com pelo menos 500.000 firmas reconhecidas, o que, na prática, não deve ser fácil. A participação popular pode ser feita também em **referendum** com consulta sobre decisões políticas de especial importância (art. 92).

O Legislativo, através do Tribunal de Contas (art. 130), fiscaliza e julga todas as contas do Estado.

CAPÍTULO III — DIREITO BRASILEIRO

3.1. Considerações preliminares

O constitucionalismo brasileiro nasceu sob a influência da escola francesa, na implantação do Império. Transmudou-se no figurino norte-americano com a República de 1891.

Por inadaptação, tem sofrido mudanças ocasionais de diretivas com remodelações conjunturais, fórmulas híbridas, às vezes contraditórias, e sempre insatisfatórias.

As freqüentes tentativas de reorientação do nosso ordenamento jurídico-fundamental, resultantes de crises institucionais de variáveis matizes, demonstram a instabilidade de um povo que ainda busca, hesitante, a instrumentalização adequada, propriamente sua, da sociedade política.

O trabalho inicial aqui ocorreu, após a Independência (abstraindo-se o ensaio colonial de Constituição), pela necessidade de estruturação do Estado brasileiro, com a criação da Assembléia Constituinte em que brilharam os nossos mais inteligentes pensadores. Tomou forma com o Projeto de Constituição, em que seus autores materializavam os ideais liberais em voga principalmente na França, que era então a metrópole cultural do Brasil e quicá de toda a Europa continental. Pelo menos, em termos de ciência política.

Nossos constituintes primitivos foram beber a filosofia do liberalismo nas fontes européias, com a doutrina da divisão de poderes como garantia dos direitos individuais.

A dissolução da Assembléia Constituinte, por um ato de força do Imperador, não fez abortar a filosofia liberalista de governo, mas Dom Pedro I resolveu adotá-la na Carta que outorgou, porém, pragmaticamente, como meio de empalmar dois poderes: o Moderador, como dele, privativamente, e o Executivo que era dele também...

3.2. A Constituição Imperial

Outorgada por Dom Pedro I a 25 de março de 1824, nossa primeira Constituição como Estado independente, ao declarar que o Brasil era um Império (art. 1º), estabeleceu logo no art. 3º a forma de governo — monarquia constitucional representativa.

No Título III proclama:

“A divisão e a harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (40),

para designar no art. 10 os quatro: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judicial.

Curioso é que a independência do Poder Judicial, já inerente à sua própria categoria de poder político da Nação, está em meio das declarações de direitos dos cidadãos, inserida no inciso XII do art. 179, à guisa de garantia efetiva dos referidos direitos.

Digno de observação o art. 178 que dispunha:

“Art. 178 — É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias” (41).

Era a maneira de tornar a Constituição tecnicamente restrita, limitada, no conceito do Deputado MARCO MACIEL (42), para diferenciar do tipo expansiva-extensiva, como outras que, por isso mesmo, caem nas freqüentes alterações por emendas que tumultuam o organismo constitucional.

NELSON DE SOUSA SAMPAIO diz que, “pela estrutura dos poderes, a Constituição de 1824 apresenta-nos uma monarquia temperada, que nos lembra o ideal aristotélico do governo misto” (43); ao traçar paralelo entre os elementos democráticos da Câmara dos Deputados e os aristocráticos do Senado, reconhece, logo adiante, que era óbvia a predominância do princípio monárquico, muito especialmente em face do Poder Moderador que cabia ao Imperador.

(40) Constituição do Império do Brasil — 1824 — art. 9.º

(41) Constituição do Império do Brasil — 1824 — art. 179.

(42) O Pensamento Constitucional Brasileira — Câmara dos Deputados — Universidade de Brasília, 1978, pág. 17.

(43) “O Poder Legislativo no Brasil” in *Revista Política* — Fundação Milton Campos n.º 5, pág. 4 — Brasília, julho/setembro/1977.

Pela ordem de enumeração adotada, aparece primeiro o Poder Legislativo. Compunha-se de uma Câmara de Deputados — com mandatos temporários e eleições, a princípio indiretas, e posteriormente sufrágios diretos, embora em pleitos precários — e um Senado vitalício onde tinham assento também os príncipes de maior idade (25 anos), reunidas as duas Câmaras em um Parlamento denominado Assembléia Geral, que tinha o poder de legislar "... com a sanção do Imperador" (art. 13).

A Assembléia Geral tinha o poder de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las e velar pela guarda da Constituição, e assim detinha o controle da constitucionalidade das leis, sua legitimidade e eficácia. Assumia também funções de Judiciário quando, pelo Senado, julgava crimes de pessoas da Família Imperial, Ministros e Secretários de Estado, ou seja, membros do Poder Executivo (salvo a pessoa do Imperador), e ainda dos Deputados e dos próprios Senadores (art. 47, I e II).

Em seguida vem o Poder Moderador. Consagrando o pensamento e as próprias palavras do seu ideólogo-mor, Benjamim Constant, diz no texto (art. 98) que este Poder é a chave de toda a organização política, reservando-o, entretanto, especificamente, ao Imperador. Ora, se o Poder Moderador era de tal magnitude que os analistas o enxergavam no ápice da hierarquia governamental, e como era ele privativo do Imperador, que cumulativamente era Chefe do Poder Executivo, reunia Sua Majestade, em si mesmo, um superpoder de fato, constituído por dois poderes de direito.

Pela discriminação das atribuições do Poder Moderador exercido pelo Imperador (já que o Conselho de Estado era um simples órgão consultivo, sem poder algum) vê-se, do art. 101, que o Trono acumulava realmente um superpoder. Bastava-lhe a atribuição de nomear senadores vitalícios (um terço dos membros do Senado) como prescrevia o art. 49, para armá-lo de influência decisiva no Parlamento; o poder de sanção ou veto (até mesmo o veto tácito) aos projetos de lei ou às Resoluções da Assembléia Geral e a intervenção na legislação dos Conselhos Provinciais (arts. 84 a 87) para caracterizar a sua penetração no sistema de freios e contrapesos dos poderes. As mutações do Ato Adicional (Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834), transformando os Conselhos Provinciais em Assembléias Legislativas Provinciais e dando-lhes mesmo o poder de interpretar a lei (art. 25 do Ato Adicional), não chegaram a contrabalançar o peso específico maior dos poderes reunidos — Moderador e Executivo.

Depois, na enumeração, o Poder Executivo, chefiado pelo Imperador, titular do Poder Moderador, como vimos, e que completava a sua força na administração pública e comando político do Império, podendo até nomear bispos, num Estado de religião oficial e numa Nação de imensa maioria de católicos, elemento sociológico de tremenda significação. Não haveria de ser por menos que redundaria em grave abalo nacional a célebre "Questão Religiosa" no final do regime monárquico.

O Conselho de Estado era um órgão de assessoramento do Poder Moderador, composto de homens nomeados pelo Imperador, e assessorava-

va igualmente o Executivo, pois, segundo o art. 142, devia ser ouvido em todos os negócios graves e medidas gerais da administração.

O Poder Judiciário (Título VI), reiteradamente declarado **independente** (arts. 151, 179, XII, 10 e 12), não tinha o poder de controle da constitucionalidade das leis, nem era o guardião da Constituição, já que eram estas prerrogativas do Legislativo. Limitava-se o "Poder Judicial" aos conflitos de interesses dos cidadãos no cível e no crime. Os juizes não tinham a garantia da inamovibilidade (art. 153) e estavam sujeitos disciplinarmente ao Imperador (art. 154). Mesmo o órgão de cúpula, o Supremo Tribunal de Justiça, só assumia funções políticas nos julgamentos de Presidente de Províncias e de diplomatas. Toda a gama de atribuições que lhe competiam era contida na prestação técnica de serviços jurisdicionais comuns, de natureza não política.

Ainda como nota de inferiorização do Poder Judiciário nesse esquema constitucional, observa-se que a punição disciplinar da magistratura, quando saiu da órbita do Imperador, passou para as Assembleias Legislativas Provinciais (que substituíram os Conselhos Provinciais, no Ato Adicional), como órgão do Poder Legislativo que eram. Mas nunca foi confiada ao próprio Judiciário, embora a Lei nº 105, de 12 de maio de 1840 (art. 4º) tenha dado interpretação excluindo desse controle legislativo-disciplinar os membros dos Tribunais de Relação e dos Tribunais Superiores.

Portanto, em matéria de freios e contrapesos, o que tínhamos era bem pouco do Legislativo sobre o Executivo e o Moderador, e estes dois últimos foram praticamente fundidos em um só, salvo em situações transitórias e especiais, como nas Regências⁽⁴⁴⁾. De resto, quase nenhum poder de contenção do Judiciário sobre o Legislativo, o Executivo ou Moderador para o equilíbrio necessário à harmonia preconizada, o por cuja causa tantas inquietações foram registradas.

Apesar de tudo isto, um dos estudiosos do nosso constitucionalismo, o Prof. PAULINO JACQUES⁽⁴⁵⁾, ao salientar a independência do Poder Judicial constante da Constituição Imperial (arts. 151/164), transcreve trecho de J. A. PIMENTA BUENO que, como o mais autorizado constitucionalista do Império brasileiro, reconheceu:

"O Poder Judiciário, segundo o nosso Direito Público, é um poder político distinto e independente; é, como os demais poderes, uma emanção da autoridade soberana da Nação."

Só que o contrapeso parece-nos muito leve em relação aos outros poderes do Estado Imperial.

3.3. A primeira Constituição da República

A Constituição promulgada pelos representantes do povo reunidos em um legítimo Congresso Constituinte, a 24 de fevereiro de 1891, foi um

(44) Ato Adicional — Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834.

(45) J. A. PIMENTA BUENO — *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* — Edição MJNI, Rio, 1958, pág. 317 — apud PAULINO JACQUES — *op. cit.* pág. 12.

marco histórico, e fez-se, como disse o Prof. JOSAPHAT MARINHO (46), como "Constituição histórica" (para diferenciação desta natureza com a das que chamou "Constituições de circunstâncias"). E isto porque a nossa Carta Política foi fruto de longa e debatida elaboração de princípios e de instituições, cristalizando as tendências, a filosofia, os ideais políticos e as doutrinas propugnadas pelas mais diversas correntes da opinião pública na intensa campanha republicana. Daí a sua defesa do grandioso trabalho de RUI BARBOSA, o seu maior ideólogo e um dos seus principais redatores (atente-se, não seu exclusivo autor intelectual) e de todos os constituintes criadores do novo Estado e do novo regime, ao rebater uma crítica que se generalizou e persiste até hoje, de que o nosso Projeto de Constituição toria eido uma cópia servil da Constituição dos Estados Unidos da América:

"Sem qualquer dúvida, a Constituição foi modelada sobre a americana e as instituições nesta criadas. Mas de cópia servil não se há de tratar" (47).

E justifica como divergência em ponto fundamental: nos Estados Unidos, a competência para ditar o Direito Privado ficara com os Estados Federados, enquanto, aqui, foi reservada à União, e isto pela força de persuasão de RUI BARBOSA que, apesar de eminentemente federalista, receava o excesso de descentralização do poder que poria em perigo a unidade nacional face às oligarquias locais e regionais.

De fato, a mudança no Estado brasileiro foi fundamental, com as seguintes linhas mestras da Constituição de 1891: Federação, a forma do Estado; República, a forma de Governo; regime presidencialista e representação bicameral com igualdade dos Estados-Membros no número de composição do Senado; o poder político conferido ao Judiciário para controle da constitucionalidade de leis e atos (48), e a elevação do **habeas corpus** à categoria de garantia constitucional.

A respeito desta última conquista democrática, vale frisar que nossos juristas construíram interpretação extensiva, considerando a aplicação do **habeas corpus** ante todo abuso de poder que não tivesse remédio específico, pois o § 22 do art. 72 dizia:

"Dar-se-á o **habeas corpus** sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder" (49).

A construção da histórica teoria brasileira do **habeas corpus** foi levada à prática em casos concretos, tais como, garantia de posse de parlamentares, de funcionamento de Assembleias Legislativas e Câmaras

(46) JOSAPHAT MARINHO — O Pensamento Constitucional Brasileiro, Câmara dos Deputados e Universidade de Brasília, 1978, pág. 55.

(47) Ibidem — pág. 56.

(48) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil — 1891.

(49) Ibidem com a Emenda Constitucional de 7-9-1926.

Municipais. Até o próprio RUI BARBOSA, artífice dessa figura constitucional, teve de invocá-la para proteger do abuso de autoridade a ameaça da publicação de seus discursos parlamentares.

Mas, observe-se igualmente o retrocesso verificado com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que deu nova redação àquele texto de suma importância:

"Dar-se-á o **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de **prisão** ou constrangimento ilegal em sua **liberdade de locomoção**"⁽⁵⁰⁾. (Grifos nossos.)

Foi uma séria restrição das garantias individuais, que já não podiam mais contar com o Poder Judiciário para conter os abusos de qualquer autoridade em casos de violação de direitos outros que não fossem exclusivamente o ir e vir, a locomoção física. Isto, numa época em que o cidadão ainda não tinha acesso ao mandado de segurança.

Os órgãos da soberania nacional estabelecidos no art. 15, "harmônicos e independentes entre si", foram: Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Poder Legislativo, estruturado na organização federal (Título I, Seção I), foi dotado de atribuições que, se bem ministradas, ter-se-iam constituído em freios e contrapesos consideráveis, mesmo frente à predominância do Executivo.

A competência (arts. 34/35) para legislar sobre orçamento, receitas e despesas públicas e dívidas públicas; a autorização para declaração de guerra e paz; a aprovação de nomeação de diplomatas e Ministros do Supremo Tribunal Federal; o estado de sítio; a rejeição do veto (art. 37, § 3º); o **impeachment**; a fiscalização do emprego dos dinheiros públicos; o julgamento das contas sob parecer do Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Legislativo (art. 89), além de outras atribuições, são pesos bem consideráveis. Tivessem sido utilizados com sabedoria, teriam dado uma enorme força moral ao Congresso. E este não teria desmoronado, e, com ele, o regime.

O Executivo teve evidente proeminência nessa estrutura (Seção II). O seu poder de sancionar ou vetar proposta de lei era, a princípio, só o veto TOTAL: quando o Projeto, embora aceitável, continha uma expressão, sequer, indesejável por contrária à Constituição ou aos interesses nacionais, tinha de vetá-lo integralmente. Daí decorreram os comentadíssimos abusos parlamentares das famigeradas "caudas orçamentárias", quando os deputados ou senadores, aproveitando a tramitação do imprescindível projeto de lei anual de orçamento, emendavam desordenadamente, aumentando despesas ou criando ônus não programados, e até inserindo matéria legislativa absolutamente estranha ao assunto orçamentário. Isto deu na ampliação do poder do Presidente da República de aplicar o veto TOTAL ou PARCIAL, da Emenda Constitucional de 7 de setembro de 1926 (art. 37, § 1º).

(50) Idem, ibidem.

A declaração de estado de sítio, que lhe era facultada no recesso do Congresso Nacional, deu lugar a sucessivos abusos. A faculdade de intervenção nos Estados-Membros era outra arma poderosa de intimidação, embora se constataassem "intervengões brancas" pelo poder de fato, pois a autonomia dos Estados não tinha tradição. A mais crítica das armas do Chefe do Poder Executivo Federal era a manipulação das bancadas maciças para a célebre "depuração", através das comissões parlamentares de verificação de poderes, que negavam reconhecimento da legitimidade dos diplomas de candidatos indesejados.

A tanto chegou, que as eleições de toda a bancada paraibana e parte da mineira foram declaradas sem validade, por contrariarem frontalmente os desígnios do Presidente da República, o que deu na irrupção da Revolução de 1930, com ruptura violenta da ordem constitucional e derrubada do governo.

O Poder Judiciário (Seção II) ficou constituído de um órgão de cúpula — o Supremo Tribunal Federal — e juizes e tribunais a serem definidos em lei. A competência do art. 59 bem como do art. 60 dava-lhe participação no poder político pouco significativa, mas a Emenda Constitucional de 1926 definiu expressamente a atribuição de controle da constitucionalidade de leis federais e atos da administração da União, embora reduzisse a amplitude do *habeas corpus*, como já vimos. De qualquer maneira, o poder de declarar inconstitucional e, portanto, ineficaz uma lei ou um ato do Poder Público é uma válida forma de contenção de tal poder abusivo, pelo poder judicante, desde que este esteja ao alcance de todos os cidadãos.

Se o Congresso não soube ser forte, se o Judiciário não pôde ser forte, se isto acontecia porque a Constituição não era forte, como diz ARINOS⁽⁵¹⁾, ela, de impasse em impasse, teria de ruir. E terminou com a Revolução de 1930.

3.4. A segunda Constituição Republicana: 1934

Com a vitória da Revolução de 1930, instalou-se no Brasil um poder de fato que se autodenominou Governo Provisório. Cuidou logo este de institucionalizar-se e o fez através de um documento que vários constitucionalistas entendem de técnica imprópria — o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930.

Esse decreto teve a função de uma lei constitucional e AFONSO ARINOS⁽⁵²⁾ o chamou de "a verdadeira Constituição provisória", justificando que a futura Constituição (a de 1934), emanada do Poder Constituinte legítimo, faz-lhe reconhecimento solene, pois estatuiu no art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

"Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos Interventores federais nos Estados, e mais delegados do mesmo

(51) ARINOS, Afonso A. Melo Franco — op. cit., pág. 87.

(52) AFONSO ARINOS — op. cit., pág. 150.

Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos.”

Que esse decreto é como se fosse uma Constituição, adverte-nos o Prof. JOSAPHAT MARINHO ⁽⁵³⁾, ao destacar três dos seus artigos, em face de sua importância histórica e política: o art. 1º que concentra nas mãos de um só chefe de Poder, o do Governo Provisório, a ser exercido discricionariamente em toda a plenitude, as funções e atribuições do Poder Legislativo até a reorganização constitucional a ser promovida por uma Assembléia Constituinte; o art. 4º que incongruenteemente declara permanecer em vigor a Constituição Federal (de 1891, é óbvio), sujeita, porém, ao arbítrio do Governo Provisório; e, finalmente, o art. 5º, excluindo da revisão judicial os decretos leis e atos desse Governo, suspendendo as garantias constitucionais e mantendo o **habeas corpus** apenas em processos de crimes comuns.

Por aí se vê a contundente contradição: manutenção da Constituição e instalação de um Governo de fato para exercer o poder discricionariamente. Mas, o que ocorreu, realmente, foi a cessação da vigência da Constituição, e o Governo passou a exercer todo o poder político sem qualquer limite jurídico. O Brasil passou a viver um hiato constitucional.

Esse mesmo Poder de fato convocou (Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932) uma Assembléia Constituinte para legitimamente dar ao povo a sua segunda Constituição Republicana, cuja promulgação ocorreu a 16 de julho de 1934.

A nova Carta Política manteve a clássica tripartição de poderes — Legislativo, Executivo e Judiciário ⁽⁵⁴⁾, “independentes e **coordenados** (grifo nosso) entre si”. (**Obs.:** A Câmara dos Deputados era composta de “deputados do povo” e “deputados das profissões” — representantes das quatro grandes divisões do trabalho: lavoura e pecuária, indústria, comércio e transportes, e profissões liberais e funcionários públicos. Era o corporativismo. Forma de o Governo imiscuir-se na Câmara).

Chama a atenção o emprego da palavra grifada: “coordenados”, os poderes da República, ao invés da expressão consagrada em todos os demais textos constitucionais nossos: “harmônicos e independentes entre si”. Parece-nos que é bem menos indicação de diretrizes da interpenetração dos poderes na vida político-administrativa do Estado que sintonização das disposições do Cap. V, rubrica: “Da coordenação dos Poderes”. De fato, fora do quadro do Poder Legislativo está o Senado Federal, constituído como um Poder Coordenador, tentativa, talvez, de revivescência do antigo Poder Moderador, sob outro feitiço.

As atribuições do Senado, de “colaboração legislativa” com a Câmara dos Deputados, esta consubstanciando propriamente o Poder Legislativo, estendiam-se à aprovação de nomeação de magistrados, Procurador-Geral da República, diplomatas, criação de Comissões de Inquérito, e outras mais, enquanto a Câmara dos Deputados exercia, como vimos, em

(53) JOSAPHAT MARINHO — op. cit., in nota 46, pág. 66.

(54) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934, art. 3º

toda a plenitude, o poder de legislar, além de fiscalizar o Governo e controlar atos especiais como declaração de estado de sítio, intervenção nos Estados, tratados internacionais, apreciação de vetos presidenciais, dentre várias outras que serviam de contrapeso no equilíbrio de poderes. Mas há um contrapeso pela primeira vez incluído em texto constitucional nosso: a exclusividade da competência atribuída ao Presidente da República (art. 41, § 2º) para iniciativa de projeto de lei sobre criação de cargos públicos e aumento de vencimentos dos funcionários do Executivo.

O Poder Executivo a ser exercido pelo Presidente da República tinha, com relação aos demais poderes, a já mencionada exclusividade de legislação de cargos e vencimentos dos seus funcionários, a iniciativa de projetos de lei em geral, o poder de veto, ou a sanção, a nomeação livre dos Ministros de Estado, e, com aprovação do Senado Federal, do Prefeito do Distrito Federal, além das relações internacionais, declaração de guerra e paz com autorização legislativa, bem como intervenção nos Estados e decretação do estado de sítio.

Quanto à responsabilidade do Presidente da República, o seu controle estava a cargo de um órgão misto, denominado Tribunal Especial (art. 58), composto por membros do Judiciário, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com poder de decretação do **impeachment** como aparelho de contenção dos abusos administrativos.

A. MACHADO PAUPÉRIO enfatiza a perda da hegemonia do Poder Executivo brasileiro com estas assertivas ⁽⁵⁵⁾: "No Brasil, só na Constituição de 1934 perdeu o Poder Executivo a sua hegemonia, pela ascendência natural do Legislativo sobre os dois outros Poderes, através do Senado Federal, a quem cabia coordenar os poderes federais entre si. Essa altíssima função do Senado brasileiro lembrava a do Senado romano e do próprio Senado americano, ambos portadores de atribuições de controle das atividades do Governo". (Obs.: Tribunal de Contas era órgão de cooperação (art. 99); fora, portanto, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário). Ora, o Senado não fazia parte tecnicamente do Poder Legislativo, segundo foi visto, pois esse era ocupado pela Câmara dos Deputados — "com a colaboração do Senado" (art. 22) — e, num Capítulo à parte, o V, sob a rubrica "Da coordenação dos poderes", estava o Senado Federal como que um "Poder Coordenador". Referiamo-nos, linhas atrás, à revivescência, sob nova modalidade, do antigo Poder Moderador. Por isso, concluímos que a observação de A. PAUPÉRIO não analisou a figura do Senado por esse prisma, e que, portanto, o Poder Legislativo não tinha na sua estrutura tanta ascendência sobre o Executivo nem sobre o Judiciário. Até mesmo porque, na prática, o tal poder de coordenar poderes do Senado nunca funcionou. Ainda aqui, ante a realidade histórica vivida naquela época, verificamos que o Poder Executivo, de fato, predominou.

O Judiciário, mantido no nível de poder político de soberania nacional, está no Capítulo IV com seu órgão de cúpula denominado Corte Su-

(55) A. MACHADO PAUPÉRIO — "O Poder Executivo" — in *Revista de Informação Legislativa* — Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas, n.º 54 — abr./jun. 1977, pág. 94.

prema (art. 63, a). Com poder de controle de constitucionalidade de leis e atos do Governo (arts. 179 e 76, III b e c), obteve um ponto a mais nas prerrogativas da magistratura, além de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, que foi a inamovibilidade (art. 64, b). Ganhou em torça no jogo de equilíbrio de poderes ainda insatisfatório.

Mas o que deu maior prestígio ao Judiciário foi a instituição do **mandado de segurança**. A grande conquista democrática para defesa dos direitos individuais não cobertos pelo **habeas corpus**, garantia então específica da liberdade de locomoção, foi inscrita pela primeira vez em uma Constituição brasileira (art. 113, § 33). Essa Constituição de vida efêmera, que, com três anos apenas, sem que pudéssemos amadurecer em sua experiência, foi abolida por ato de torça.

3.5. A Constituição de 1937

Com um extenso preâmbulo justificando a decisão pessoal do Presidente da República, que até então exercia o cargo dentro da legalidade vigente e por si mesmo, resolvera outorgar uma Carta Política para a República, foi decretada uma nova Constituição no dia 10 de novembro de 1937.

Instaurou-se o que os analistas políticos denominaram Estado Novo.

Não tem maior sentido um estudo comparativo para exame da teoria da divisão de poderes e sistema de freios e contrapesos, se levarmos em consideração que a Constituição nunca foi realmente posta em prática, a não ser na parte dos poderes ou dos superpoderes do Presidente da República.

Tomando-se, entretanto, como válida para análise didática, a estruturação do texto fundamental, ressaltamos algumas criações jurídicas interessantes.

Curialmente, a Constituição de 1937 é a primeira e única, no Brasil de tantas Constituições, que omite a proclamação dos clássicos poderes do Estado com independência e harmonia (ou coordenação) entre si (v. Constituição de 1824 — art. 10 combinado com artigo 9º; Constituição de 1891 — art. 15; Constituição de 1934 — art. 3º; Constituição de 1946 — art. 36 e Constituição de 1967 — art. 6º, mantido em todas as redações das sucessivas emendas).

As referências aos poderes existentes no corpo da Constituição obedeceram a uma técnica redacional inusitada entre nós, sem os títulos, capítulos e seções que reunissem as matérias simétricas, mas, tão-só sob rubricas de certo modo imprecisas. Assim é que encontramos o Poder Legislativo (art. 38) a ser exercido por um Parlamento Nacional, e Poder Executivo, que nem tem tal intitulação, mas a rubrica "Do Presidente da República" (arts. 73 a 79) e, por fim, o Poder Judiciário (arts. 90 a 113).

Para analisarmos a correlação de forças entre os poderes instituídos, atentemos para a situação de fato em que o previsto Poder Legislativo

jamais existiu. Nunca foi eleito o Parlamento Nacional que teria de ser composto as duas Câmaras: a Câmara dos Deputados, e o Conselho Federal, nome novo para um Senado despidido de quase todas as atribuições que lhe seriam próprias. Acrescenta-se o órgão de colaboração denominado Conselho de Economia Nacional. Seria órgão tipicamente de assessoramento executivo a ter ingerência, em nome do Presidente da República, no processo legislativo com seus pareceres técnicos, podendo até ser alçado a legislador (art. 63). Mas esse mesmo Poder Legislativo natimorto teria, se visse, pouco peso na balança do poder político em face das escassas atribuições que lhe estariam reservadas. Por exemplo: a iniciativa das leis, em princípio (art. 64), seria do Governo. Somente com a reunião de um terço dos membros de uma das Câmaras é que se lhe permitiria a autoria de projeto de lei. A interferência do Executivo na tramitação dos projetos seria de tal ordem que as Câmaras limitar-se-iam a aceitá-los ou rejeitá-los (art. 65, parágrafo único). A apreciação de veto presidencial, com exigência de 2/3 para rejeição, seria por meio de votação nominal em cada Câmara. Uma demonstração da subalternidade desse Parlamento está no § 2º do já mencionado art. 64: qualquer das Câmaras que estivesse discutindo um projeto de sua iniciativa suspendê-lo-ia se o Governo comunicasse seu propósito de apresentar projeto seu sobre o mesmo assunto.

O contrapeso que alhures tem sido o **impeachment** contra o Presidente da República (art. 86) ou Ministros de Estado (art. 89, § 2º) caberia ao Conselho Federal, é certo, mas não nos esqueçamos de que este seria composto por membros escolhidos pelo próprio Presidente e, de forma indireta, pelos Governadores/Interventores dos Estados. Outra forma de anulação do poder parlamentar: o Presidente da República poderia declarar o **estado de emergência** ou o **estado de guerra** (art. 166), mas, cessados os motivos (art. 107), deveria comunicar o fato à Câmara dos Deputados. Se esta não o aprovasse, promoveria então a responsabilidade do Presidente da República, o qual, por sua vez, para eximir-se do julgamento, poderia dissolver a Câmara.

O Poder Judiciário perdeu também poder político.

O seu órgão máximo teve restaurado o nome de Supremo Tribunal Federal, e as prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos da magistratura (art. 91) caíam por terra com a faculdade dada ao Presidente da República de afastar por aposentadoria ou reforma todo e qualquer funcionário público civil e militar, a juízo exclusivo do Governo (art. 177). Para afastar dúvidas, esse mesmo Governo baixou a Lei Constitucional de nº 8, de 12 de outubro de 1942, esclarecendo que estavam sujeitos àquela punição também os membros do Poder Judiciário.

A criação de um tribunal especial (art. 122, item 17) para crimes contra a segurança nacional instituiu juízo de exceção à margem do Poder Judiciário. E este, no silêncio da Constituição quanto ao mandado de segurança, não contou mais com tão grande arma para contenção dos abusos das autoridades sobre os direitos individuais.

Sobrepairou, efetivamente, acima de todos, o Poder Executivo assumido pelo Presidente da República, cuja gama de atribuições seria de cansativa enumeração. Basta, para sintetizar o seu superpoder, falar da autorização para baixar decreto-lei (arts. 12, 13, 14, 74 e 180). Atente-se para o art. 180 que estabelecia:

“Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União” (56).

E o Parlamento nunca se reuniu. Legislou, pois, todo o tempo o Presidente da República por meio dos decretos-leis. A decretação do estado de emergência e estado de guerra, também, foi objeto de sua peculiar legislação; a convocação do Parlamento ficava a seu arbítrio, e já o vimos, nunca foi convocado; a intervenção nos Estados, decorrência dos mesmos poderes excepcionais. Acumulou, portanto, durante quase oito anos, o Presidente da República os poderes legislativos e executivos, isentos de controle do Poder Judiciário. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, em princípio, seria possível (art. 96), mas, só em princípio. Efetivamente, o mesmo artigo dispunha em seu parágrafo único o contrapeso do próprio Presidente da República, ao conceder-lhe autoridade para julgar a decisão judicial contrária ao bem-estar do povo e ao interesse nacional, levando-a a reexame final pelo Parlamento. E o Parlamento era poder exercido por ele próprio, o Presidente da República, enquanto ele mesmo considerasse ser do interesse nacional.

Com a convocação de eleições parlamentares (57) em substituição ao plebiscito previsto no artigo 187 nunca aplicado, o regime de 1937 decretou o seu próprio fim.

A tímida outorga de poderes para o Parlamento convocado reformar a Carta Política evoluiu, com a deposição do governo, para chamamento de uma “Assembléia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil” (58).

3.6. Constituição de 1946

A 18 de setembro de 1946, “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil” (59).

(56) Constituição dos Estados Unidos do Brasil — 1934.

(57) Lei Constitucional n.º 9, de 28 de fevereiro de 1945 — *consideranda*.

(58) Lei Constitucional n.º 13, de 12 de novembro de 1945 — art. 1.º

Obs.: A propósito do controle pelo Tribunal de Contas, como órgão de fiscalização das atividades dos encarregados dos dinheiros públicos e julgamento de suas contas, diz JOSÉ CRETELLA JUNIOR que a Constituição de 1937 manteve o TC, mas pergunta: “dentro de qual dos três Poderes?” E responde: “Executivo, não; Legislativo, também não; Poder Judiciário? como função, sim, mas como órgão, não”.

Ao que concluímos: apesar de sua função jurisdicional específica e de sua esquematização fora dos quadros formais do Executivo, Legislativo e Judiciário como órgão de Estado, e face à hipotrofia do Poder Executivo, a este, em última análise, é que se integraria o Tribunal de Contas.

(59) Preâmbulo da Constituição de 1946.

Com um regime representativo, forma de Estado Federal e governo republicano definidos no artigo 1º, proclamava os poderes da soberania ⁽⁶⁰⁾ — Legislativo, Executivo e Judiciário, **Independentes e harmônicos entre si.**

É inegável a preponderância do Executivo nesse quadro, mas não se pode obscurecer que o sistema de freios e contrapesos dava forças consideráveis aos outros dois Poderes, constituídos com o escopo de garantir-se ao máximo as liberdades públicas, os direitos individuais.

A nossa análise deve cingir-se ao sistema presidencialista de governo, o que efetivamente funcionou, pois a experiência parlamentarista, híbrida e frustra, não teve vigência que justificasse estudo demorado. Diga-se de passagem que o Ato Adicional baixado com a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, foi mais uma tática de recuo das forças militantes na luta partidária do País que um processo político propriamente dito. Foi uma evolução casuísta, de transição e de transação.

No próprio corpo desse Ato (art. 25) foi colocado o germe de sua autodestruição. De fato, o plebiscito ali permitido foi rapidamente providenciado e deu no que era por todos esperado: o povo votou pelo retorno do sistema tradicional de presidencialismo.

Dentro desse contexto é que vamos estudar, mesmo superficialmente, o mecanismo de equilíbrio dos poderes constitucionais.

O Poder Legislativo exercido pelo Congresso Nacional — Câmara dos Deputados e Senado Federal — tinha naquela Carta ponderável participação nas decisões político-administrativas do País. A começar pela apreciação do veto presidencial (art. 41, IV); designação de Comissões Parlamentares de Inquérito para investigação de fatos administrativos e políticos a seu critério (art. 53); declaração de procedência da acusação contra o Presidente da República e Ministros de Estados, pela Câmara dos Deputados (arts. 59, I, e 92) e julgamento do **impeachment** pelo Senado Federal (art. 62, I, e § 3º); suspensão de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64); julgamento das contas do Presidente da República (art. 66, VIII); fiscalização da aplicação dos dinheiros públicos através do Tribunal de Contas, um órgão seu (arts. 76/77). Além de outras atividades de co-participação na administração nacional, dentre as quais a iniciativa de projetos de lei (mais tarde vedada para assuntos de oneração dos cofres públicos), fixação das forças armadas — Emenda Constitucional nº 17, de 26 de novembro de 1965, e decretação do estado de sítio (art. 206).

Por isso, a Constituição de 1946 foi considerada a de "... menos desequilíbrios de fato entre o Executivo e o Legislativo" ⁽⁶¹⁾.

A suspensão de lei ou decreto declarados judicialmente como **inconstitucionais** erigiu-se a **poder-dever** do Senado Federal, como o conceituou

(60) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 — art. 36.

(61) NELSON DE SOUZA SAMPAIO — "O Poder Legislativo no Brasil" — Política, n.º 5 — Fundação Milton Campos, julho/setembro de 1977, pág. 10.

o Senador ARGEMIRO DE FIGUEIREDO ⁽⁶²⁾ contra-argumentando o Senador JOSAPHAT MARINHO. E dizia ARGEMIRO:

"Declarada a inconstitucionalidade de lei ou decreto pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos prescritos no art. 200, é dever do Senado suspender a execução do ato fulminado por inconstitucional. **Não pode o Senado omitir-se. Incumbe-lhe esse dever**" (grifado).

E linhas adiante:

"Pudesse o Senado omitir-se à **incumbência** (grifado) que lhe outorga a Constituição, no art. 64, ou seja, suspender a execução do ato declarado inconstitucional, estaria afrontando a independência do Poder Judiciário. A **omissão** (grifado) defendida inconsistentemente, **data venia**, pelo eminente jurista Senador JOSAPHAT MARINHO, significaria também atentado ao princípio constitucional da **harmonia dos poderes**" (grifado) ⁽⁶³⁾.

E conclui não ser possível sobrepor-se o Legislativo ao Judiciário, por implicar a independência dos Poderes em respeito recíproco, entendimento, cooperação, auxílio mútuo. Portanto, havendo comunicação do Supremo Tribunal Federal de decisão sua, definitiva, declaratória de inconstitucionalidade, devia o Senado, por Resolução, proclamar a suspensão **erga omnes** da lei ou decreto, providência necessária à segurança dos direitos dos cidadãos.

Abstraindo-se a efêmera tentativa do parlamentarismo que não vingou, temos que a chefia do Poder Executivo nas mãos do Presidente da República reunia uma gama de atribuições (art. 87) que lhe davam, decerto, maior peso na balança estatal, porém, com contrapesos ponderáveis.

A participação no processo legislativo dava-se principalmente com a permitida iniciativa de projetos de lei (art. 67), a sanção (arts. 70 e 87, I), o veto (art. 70, § 1º e 87, II), o estado de sítio (arts. 87, XIII, 208 e 211) nos intervalos das sessões legislativas. A nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal e de outros magistrados sob aprovação do Senado (art. 63, I) é manifestação expressiva da interpenetração dos três poderes.

Na estrutura da Constituição, o Poder Judiciário foi bem posto como fator de equilíbrio dos poderes: o controle da constitucionalidade de leis e atos do poder público (anote-se a abrangência maior da expressão "poder público" textualmente usada na Constituição — art. 200); a apreciação da legalidade na execução do estado de sítio (art. 215); o **habeas corpus** e o mandado de segurança (art. 141, §§ 23 e 24), a garantia do juízo legal (art. 141, § 26) e, acima de tudo, a tutela geral contida no § 4º do art. 141:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

(62) "Independência e Harmonia dos Poderes da União" — in *Revista de Informação Legislativa* — n.º 3, set./1964 — Senado Federal, Serv. de Inf. Legislativa, Brasília — pág. 20.

(63) *Ibidem*, págs. 19/20.

PAULINO JACQUES (64), falando sobre o poder político do Judiciário de construir o direito pela jurisprudência, o chamado "poder normativo mitigado", rememora julgados do nosso Supremo Tribunal Federal em que este assume o seu papel normativo na forma das "Súmulas de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal". Via nisso as figuras do "legislador suplente", de CRUET, do "legislador dos casos particulares", de RÍPERT, e do "integrador da lei", de MORIN.

A ruptura dessa ordem constitucional deu-se com o ato de força da Revolução de 31 de março de 1964.

Baixando o Ato Institucional nº 1, em 9 de abril daquele ano, o Poder de fato declarava naquele documento que era mantida a Constituição de 1946 com suas emendas, modificadas "... apenas na parte relativa aos poderes do Presidente da República" (65).

A este foram dadas atribuições de iniciativa de leis e de emendas constitucionais, fixação de prazos para tramitação legislativa de projeto de interesse dele, exclusividade na iniciativa de leis orçamentárias e de qualquer despesa pública, isenção de julgamento dos atos revolucionários pelo Poder Judiciário, além de cassação de mandatos e direitos políticos.

Instalava-se, assim, uma ordem institucional ao lado da ordem constitucional pro forma, que já não assegurava o equilíbrio dos poderes nem garantia os direitos individuais.

O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, prorrogando e ampliando os poderes excepcionais do primeiro Ato que se autolimitara, reiterou que a Constituição de 1946 ficava mantida com suas emendas e as modificações revolucionárias. Destas, na correlação de poderes, sobressaíram-se: o aumento do número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, restrição do **habeas corpus** para crimes políticos e contra a segurança nacional, retirada do mandado de segurança contra atos do Presidente da República e seus Ministros. Especialmente: poderes ao Presidente da República para cassar mandatos e suspender direitos políticos dos cidadãos, decretar recesso parlamentar, e exclusão de apreciação judicial de qualquer ato discricionário.

A incompatibilidade entre a ordem constitucional e o poder de fato instalado no País terminou por levar o Presidente da República a provocar a redação de nova Constituição.

Por Ato Institucional de nº 4, de 7 de dezembro de 1966, foi o Congresso Nacional, então em legislatura ordinária, transformado em poder constituinte limitado para deliberar sobre uma nova Carta Política.

Encerra-se assim mais um ciclo republicano.

3.7. A Constituição de 1967

O diploma constitucional, que representa "... a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução" (66), teve pouco tempo como "uni-

(64) "Aspectos do Poder Judiciário Americano e Brasileiro" in *Revista de Informação Legislativa* — n.º 24, out./dez. 1969, Senado Federal — Diretoria de Informação Legislativa — Brasília, págs. 15/17.

(65) Ato Institucional de 9 de abril de 1964 — preâmbulo.

(66) Consideranda do A.I. 4, de 1966.

forme e harmônico" (67), pois as vicissitudes políticas logo mudavam o curso da História.

Com a promulgação em 24 de janeiro de 1967 e vigência a partir de 15 de março daquele ano, iniciou-se com ela a normalidade constitucional logo interrompida pelo Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

O Presidente da República, alegando a natureza permanente da Revolução como o fora proclamada no Ato Institucional nº 2, de 1965, e após longas justificativas preambulares centradas no fato de que a Revolução "é e continuará" (68), baixou o Ato Institucional nº 5, considerado o mais drástico dos editos revolucionários do Brasil.

Ali foi estabelecido que a Constituição de 1967 ficava mantida (art. 1º) com as alterações impostas naquele documento. Mas as alterações foram de tal monta que afetaram profundamente a vida constitucional brasileira. Sobrelevando um estatuto de força à própria Constituição, rompeu-se o equilíbrio dos poderes com a concentração no Executivo de atribuições discricionárias.

O Presidente da República retomava todos aqueles poderes excepcionais da situação anterior e algo mais. Competia-lhe decretar o recesso parlamentar (não só do Congresso Nacional como das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais), podendo nesse ínterim legislar livremente por decretos-leis sob qualquer matéria e sem qualquer limitação (art. 2º). A cassação de mandatos e suspensão de direitos políticos (art. 4º), decretação do estado de sítio (art. 7º), confisco de bens (art. 8º) ficavam à sua disposição. Houve a suspensão de garantias constitucionais (art. 6º) e do **habeas corpus** para delitos políticos ou contra a segurança nacional (art. 10) e, sobretudo, a exclusão de apreciação judiciária de qualquer ato do governo revolucionário.

Dentro desse contexto é que os Ministros Militares investiram-se de poder revolucionário e declararam o impedimento do Presidente da República (69), designando como substituto na eventualidade um cotegiado castrense composto por eles próprios. Passaram a reger o Governo com todos os poderes excepcionais em vigor, e assim proclamaram a vacância da Presidência da República (70) quando ocorreu a inabilitação do seu titular.

Nessa situação anômala e invocando a qualidade de "detentores do poder constituinte" (71), editaram a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Esse documento foi tido por alguns como formalmente uma nova Constituição, o que não resiste à análise, pois os termos empregados res-

(67) *Ibidem*.

(68) Preambulo do A.I. 5, de 1968.

(69) Ato Institucional n.º 12, de 31 de agosto de 1969.

(70) Ato Institucional n.º 16, de 14 de outubro de 1969.

(71) Emenda Constitucional n.º 1/69 — Preambulo.

salvam expressamente a continuidade da Constituição de 1967 com as modificações mencionadas (72).

A Emenda nº 1/69 introduziu profundas alterações na Constituição de 1967. Chancelou o Ato Institucional nº 5, de 1968 (73), inserindo no próprio corpo da Constituição a aprovação da supernorma à disposição do Presidente da República. E este só abdicou de tais poderes extraordinários quando fez, de sua iniciativa, cessar a vigência do AI-5 com a Emenda Constitucional nº 11, em 1978 (74).

Desse tumultuado texto constitucional tomemos para estudo o que toca à coexistência dos clássicos três poderes na estrutura que remanesce.

O Poder Legislativo (Tit. I, Cap. VI) está despojado de muitas de suas prerrogativas tradicionais, pelo que alguém já o definiu como meramente "homologatório" (75), pois, no quadro mesmo da normalidade restaurada, o Poder Executivo ocupa largo espaço na competência legislativa.

De qualquer modo, voltou o Parlamento às suas atividades básicas de legislar, embora sob fortes contrapesos do Executivo.

Seus trechos ao Executivo estão especialmente na competência para resolução definitiva sobre tratados, convenções e atos internacionais, declaração de guerra e paz, apreciação de veto, aprovação de nomeação de diplomatas e magistrados bem como o julgamento das contas do Presidente da República (arts. 40, II, e 44, VIII). Há, para este importante mister, o Tribunal de Contas da União (arts. 70 **usque** 72). A esse respeito vale transportar para aqui brilhante estudo do Ministro THOMPSON FLORES, do Supremo Tribunal Federal, no relatório da Representação por Inconstitucionalidade nº 856 (76):

"... Pelo exposto, constatando-se que o Tribunal de Contas não é órgão que encerre em suas funções o exercício de poder constitucional, impõe-se uma indagação: o que é o Tribunal de Contas no sistema constitucional brasileiro?" E responde: "... órgão auxiliar do Poder Legislativo." Transcreve pronunciamento lapidário de ALIOMAR BALEEIRO: "Sem dúvida, na hierarquia constitucional, o Tribunal de Contas não está acima, nem sequer ao lado, do Parlamento, como igual a este. Jaz abaixo deste, em posição ancilar" (in RTJ 50/249)."

A fiscalização dos atos do Poder Executivo está, portanto, na órbita do Congresso Nacional, através do Tribunal de Contas da União, já que a faculdade de criação de Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 37) sofre contrafreio de natureza prática inelutável: a proibição de despesas

(72) *Ibidem*.

(73) Constituição de 1967, c/Emenda n.º 1/69 — art. 182.

(74) Constituição de 1967, Emenda n.º 1/69 — art. 182, parágrafo único.

(75) Nelson Sousa Sampaio — *op. cit.*, pág. 12.

(76) In Representações por Inconstitucionalidade — Supremo Tribunal Federal e Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas — Brasília, 1978 — Tomo I, pág. 17.

de viagens (art. 30, parágrafo único, f) para seus membros em um país da extensão do nosso.

A apreciação das medidas de emergência (art. 155, § 1º), do estado de sítio (arts. 81, XVI, e 156, § 4º), do estado de emergência (arts. 81, XVI, e 158, § 2º), e o **impeachment** (arts. 42, I e II, e 40, I) são outras formas de co-participação da atividade da administração pública.

O Poder Executivo é o poder forte, com evidente preponderância sobre os demais.

Participa do processo legislativo não só com a sanção ou o veto (arts. 43 e 59, § 1º), como pela iniciativa de projeto de emenda constitucional (art. 47, II) e de leis em geral (art. 56). Iniciativa que chega a ser exclusiva (art. 57) quanto a leis orçamentárias, tributárias, financeiras, de administração de pessoal e suas vantagens no serviço público civil e militar, de organização administrativa e judiciária (federal) e anistia. Especial prerrogativa de **leis delegadas**, inovação desta Carta Magna (art. 52), e os **decretos-leis** sobre matérias da relevância de: segurança nacional, finanças públicas, tributos, pessoal e vantagens no serviço público (art. 55). Também a fixação de prazos para tramitação de projetos de seu interesse nas duas Casas legislativas e a reunião de Comissão Mista do Congresso Nacional para legislação ordinária quando o Chefe do Governo julgar urgente e de interesse nacional, sob condição de aprovação tácita por decurso de tempo (art. 51 e seus parágrafos). Por último, as chamadas "salvaguardas" do regime — estado de sítio (arts. 156/157), medidas de emergência (art. 155), e estado de emergência (art. 158). Criadas as duas últimas e reelaborada a primeira com a Emenda nº 11/78, juntamente com o Conselho Constitucional previsto no art. 159. Este é um órgão composto de seis membros dos quais quatro ocupantes do Poder Executivo, órgão consultivo, portanto, sob controle governamental. Instrumental jurídico que nem o Legislativo nem o Judiciário têm com que contrabalançar.

O Poder Judiciário está melhor aparelhado agora com a restauração das prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento dos seus magistrados (art. 113). Passou a dispor, nos Estados-Membros, de iniciativa de proposta de lei ao Legislativo sobre a organização judiciária (art. 144, § 5º), um avanço sem dúvida no constitucionalismo brasileiro. Cabe-lhe a tutela geral do § 4º do art. 153:

"Art. 153 — ... § 4º — A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual",

porém com ressalva do art. 181 para os atos que tenham sido praticados ao tempo da legislação revolucionária. A plenitude do **habeas corpus** e o mandado de segurança (art. 153, §§ 20 e 21), bem como a ação popular (art. 153, § 31) dotam o Judiciário de força de contenção dos abusos do poder público. Avulta, entretanto, nesse mecanismo de freios e contrapesos, a competência para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público em geral, já tradicional no nosso constitucionalismo republicano.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal disse sobre isso:

“... À Constituição, lei fundamental, deve subordinar-se toda a legislação. Entre nós o controle da observância dos princípios inscritos na Lei Maior cabe ao Poder Judiciário, operando-se por via direta, através de Representação do Procurador-Geral da República ou, incidentalmente, em casos concretos” (77).

E explica que, advinda da inovação da Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946, foi consagrada na Carta de 1967 e mantida na redação da sua Emenda nº 1/69 (art. 119, I, I). A via direta — Representação do Procurador-Geral da República para provocação do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade (em tese) de lei ou ato normativo de esfera federal, estadual ou municipal, não prejudica, é óbvio, a via recursal, para os casos **in concreto** (art. 119, III, b). Num e noutro, para que tenha efeito **erga omnes**, declarada a inconstitucionalidade de lei ou decreto, o Supremo Tribunal Federal comunicará ao Senado Federal que promulgará Resolução (art. 42, VII) suspendendo a execução da norma declarada definitivamente inconstitucional pelo Poder Judiciário. Esse jogo de poderes é de extremo interesse para a sociedade cujo bem-estar repousa na segurança da ordem jurídica, só possível com o equilíbrio entre os poderes do Estado.

Para dar-se uma idéia da utilização desse grande freio, basta dizer que, na vigência da Constituição atual, já centenas de decisões judiciais anularam leis e decretos federais, estaduais e municipais. Tanto por Representação do Procurador-Geral da República, **in abstracto**, quanto por ação própria dos cidadãos lesados em seus direitos, **in concreto**. Pelo que todas foram objeto de Resoluções do Senado Federal suspendendo a sua vigência, retirando-as, assim, do nosso ordenamento jurídico.

Para concluir, observemos que a Constituição hoje atribui ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a suspensão dos direitos políticos nos casos de abuso de direito individual ou político por subversão ou corrupção (arts. 154 e 119, I, j). E, elastece o seu papel de guardião da Constituição, com o **poder legiferante** no art. 119, inciso III, § 3º, permitindo que o Regimento Interno da mais alta Corte Judiciária estabeleça competência além daquelas expressamente previstas na Constituição, que, em última análise, é o poder de fazer o direito.

CONCLUSÕES

Historicamente a divisão de poderes foi vislumbrada por ARISTÓTELES com a idéia do bom governo composto de três partes bem constituídas, de tal forma que uma ficasse encarregada de deliberar sobre as normas dos negócios públicos, outra destinada a prover as necessidades da coletividade e a terceira reservada ao julgamento dos conflitos de interesses. Ainda na Antigüidade, foi idealizada para compor o **governo misto**, de **POLÍBIO**.

(77) MINISTRO DJACI FALCÃO — In Representações por inconstitucionalidade — Tomo — I — Apresentação — Supremo Tribunal Federal e Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas — Brasília, 1978.

Na Idade Média, o poder estava praticamente repartido entre o Papa e o Imperador, poder espiritual e poder temporal, delimitado na distinção social entre o clero e o feudo. Em razão disso a teoria esteve sobrestada.

Com o advento dos tempos modernos, foi a idéia da divisão de poderes retomada e ampliada nos trabalhos de diversos pensadores políticos, dentre os quais se sobressaíram CROMWELL, JAMES HARRINGTON, e, principalmente, JOHN LOCKE, tido como seu grande impulsionador, seguido de BOLINGBROKE, para ter coroamento na obra clássica de MONTESQUIEU "Do Espírito das Leis" que consagrou a fórmula famosa **le pouvoir arrête le pouvoir**.

É esta legenda que preside a ciência política de quase todo o mundo sob regime da democracia representativa.

Esta filosofia estabeleceu como balizas da organização político-social o **PODER DO ESTADO** e a **LIBERDADE DOS CIDADÃOS**.

Para garantir o homem ante o Estado todo-poderoso concebeu-se a divisão funcional do poder estatal, de maneira que o indivíduo e a comunidade não ficassem subjugados a uma vontade unipessoal ou de um grupo enquistado na cúpula do Estado, vontade despótica, exclusiva, detentora de autoridade ilimitada. Pelo contrário: que as normas e os atos fossem considerados no consenso das representações dos vários segmentos do poder social e político, autolimitados uns em face dos outros.

Decerto, o **poder-soberania nacional** não há como confundir-lo com os **poderes-funções estatais**.

De fato, a unidade do **poder-soberania nacional** é indivisível, monolítica em si mesma. Os **poderes-funções estatais**, estes, expressão daquela, é que são plúrimos na destinação. Entenda-se, todavia, que não são estes **frações separadas do todo**, isoladas, mas como vasos comunicantes, complementares uns dos outros, coadjuvantes, interdependentes e harmônicos.

Para o funcionamento regular da máquina estatal assim montada, é imprescindível a limitação desses seus componentes entre si, pois, pela natureza mesma das relações, um poder só é barrado por outro de igual força.

Para o necessário equilíbrio é que a ciência, evoluindo, construiu o engenhoso sistema de freios e contrapesos que, a partir da Constituição dos Estados Unidos da América, tem sido o vértice das estruturas constitucionais dos demais povos.

Constata-se que, mesmo dentro do quadro da normalidade jurídica, os **poderes-funções estatais** interpenetram-se em vários sentidos, para o bom êxito de suas respectivas incumbências. Assim é que o Poder Legislativo, em essência feito para legislar, exerce legitimamente funções típicas do Executivo, quando, por exemplo, dirige seus próprios serviços internos, aprova nomeação de juízes e diplomatas e outras autoridades e fiscaliza atos e contas do governo, contrata com terceiros, administra os

bens públicos de sua esfera; desempenha funções judicantes nos casos de **impeachment**, nos julgamentos de autoridades por certos tipos de delitos, e ainda, nos processos administrativos disciplinares dos seus servidores.

O Poder Executivo, além de suas funções específicas de administração da coisa pública, age legislativamente quando promulga leis delegadas, decretos-leis e simples decretos regulamentares, além, é claro, da co-participação no processo legislativo com a apresentação de projetos de lei (e até de emenda constitucional, como é o nosso caso), fixação de prazos de tramitação de projetos no Parlamento, a sanção e o veto; pratica atos análogos aos do Judiciário, notadamente ao julgar processos administrativos disciplinares do seu próprio funcionalismo.

O Poder Judiciário, especialmente criado para a prestação jurisdicional, exerce, no entanto, com legitimidade, funções administrativas na direção dos serviços auxiliares dos seus próprios quadros. Chega também a legislar, quando, **verbi gratia**, baixa seus Regimentos Internos com força de lei e até permitindo-se-lhe criar o direito, como o nosso Supremo Tribunal Federal, e mesmo através de decisões normativas, como na Justiça Trabalhista brasileira. O poder complexo de controle da constitucionalidade de leis e atos é exercido, por exemplo, no Brasil, tanto judicialmente, com a declaração de inconstitucionalidade, quanto legislativamente, em harmonia com o Senado Federal que promulga Resolução suspendendo a vigência da norma condenada pelo Judiciário em última instância.

Verificamos, entretanto, que, na prática política, mesmo nos regimes normalmente constitucionais, o equilíbrio teórico nem sempre é perfeito, e ora um, ora outro poder assume papel relevante preponderando sobre os demais.

No direito dos povos estudados vimos que, por exemplo, na Inglaterra, a fonte inspiradora da doutrina do primado do Parlamento tem sido uma constante. Raros os momentos de concessão de poderes extraordinários ao Executivo como ocorreu nas duas guerras mundiais. O Judiciário não tem a categoria de poder político, não obstante serem os direitos das liberdades públicas o apanágio da democracia britânica.

Nos Estados Unidos da América, onde os construtores do sólido edifício da democracia representativa consagraram pioneiramente no texto da Constituição a doutrina da divisão de poderes, aperfeiçoaram-na com a criação do sistema de freios e contrapesos. Observamos que ali os ciclos políticos têm mudado a posição proeminente de poderes clássicos: de início, esboçou-se a primazia do Legislativo como o poder de criar o poder; noutro passo, o Judiciário alçou-se à supremacia, com a força adquirida pela Suprema Corte, ao impor-se como guardião da Constituição e o poder de dizer e criar o direito a título de controle da constitucionalidade. O Executivo em algumas ocasiões, sob comando de líderes carismáticos, tem assumido a preponderância. São fatos históricos marcantes os grandes lances da política norte-americana ditados por Presidentes ousados, embora logo tenham de ceder à fiscalização do Congresso, e se

submetam corretamente às decisões judiciais. O culto cívico da preservação da Constituição com a mística da liberdade democrática sustentam o equilíbrio das instituições americanas mesmo quando os contrapesos oscilam mais sensivelmente.

A França, berço da teoria montesquieuniana, não tem aplicado a divisão de poderes tão bem como o fazem os Estados Unidos. Os franceses, no ziguezague de sua trajetória constitucional, terminam sempre pela opção de um Executivo forte, descontadas as experiências parlamentares que se não consolidaram. Atualmente, o regime dito misto presidencial/parlamentar dá incontestável ascendência ao Presidente da República. Ademais, naquele país, salvo nas tentativas de Constituição que não vingaram, o Judiciário jamais alcançou o **status** de poder político, mas tem a categoria de simples função do serviço público, e o controle da constitucionalidade é feito por órgão especial, influenciado pelo Presidente da República, não judicial, enfim.

A Alemanha, tradicionalmente ciosa da prevalência do Poder Executivo, não fugiu à regra, mesmo na Constituição de Weimar. Esta, aparentemente propensa ao Poder Legislativo, deu ensejo ao desvio de poder a concentrar-se no Executivo. Agora, com a Lei Fundamental, são amplas as prerrogativas executivas que, aliás, não invalidam o jogo das liberdades públicas, e o Judiciário garante os direitos individuais com independência. O controle da constitucionalidade está a cargo do mais alto órgão judicial da República Federal.

Na Itália parlamentarista, a Constituição de 1947 dá mais ênfase ao Poder Legislativo, e o Judiciário é o mais sacrificado, pois sofre a ingerência do Executivo em sua administração interna e não tem o controle da constitucionalidade. Esta prerrogativa é de um órgão misto, onde o Judiciário não tem força para prevalecer. As liberdades públicas, em meio a instabilidade política constante, têm permanecido incólumes.

O Japão, após a guerra, adotou o regime de monarquia constitucional parlamentarista em que o Poder Legislativo tem indiscutível preponderância. Não se há de desconhecer, entretanto, que os direitos individuais estão bem resguardados pelo independente Poder Judiciário que, aliás, detém o controle da constitucionalidade das leis nipônicas.

A Espanha é outro exemplo de monarquia constitucional parlamentarista recém-inaugurada, com os três poderes bem distribuídos: Legislativo, Executivo (que exerce o governo) e Judiciário. Há ainda uma figura, que poderíamos chamar de Poder Moderador, que é o Rei, elemento ponderável no equilíbrio político da nova democracia espanhola. Mesmo tendo-se em conta o poder parlamentar, nota-se que o Governo (Executivo) possui maior parcela de autoridade. O Judiciário, desprovido do controle da constitucionalidade (que cabe a um Tribunal Constitucional que nada tem de judicial), é um poder inferiorizado na Espanha.

Por último, vimos como Portugal instalou um regime, muito próprio, de democracia em transição para o socialismo. Na verdade, a atual Constituição portuguesa criou cinco poderes, sendo que dois são conjugados

— o do Presidente da República com o do Conselho da Revolução. Afora estes dois, os outros clássicos: Legislativo, Executivo (o Governo) e o Judiciário. Dir-se-ia que o Conselho da Revolução é um Poder Moderador castrense, mas coligado ao Presidente da República que, da soma, supera os demais, pois mesmo o chamado Governo (Poder Executivo propriamente dito) não atinge a marca do poder presidencial-revolucionário.

E note-se: o sistema é aparentemente parlamentarista, mas o Parlamento, que constitui o Governo, está inferiorizado no plano estatal pela preponderância já assinalada das forças conjugadas — Presidente da República mais Conselho da Revolução. Neste jogo, quem mais perde é o Judiciário que, mesmo em sua função própria de controle da constitucionalidade das leis, está sujeito à revisão pela Comissão Constitucional, órgão do Conselho da Revolução. É uma experiência nova, cuja vitalidade está sendo aguardada com curiosidade.

O Direito Constitucional brasileiro tem sofrido as mutações mais controvertidas, em decorrência de nossa crônica instabilidade política. As soluções tendem sempre, entretanto, para o fortalecimento do Poder Executivo. Foi assim no Império, com uma monarquia considerada por alguns como semiparlamentarista, mas que, na realidade, consolidava na pessoa do Imperador um poder maior pela soma das titularidades do Poder Executivo mais o Poder Moderador. Já se viu que o Parlamento nunca teve entre nós a importância que tem peculiarmente nos parlamentarismos autênticos. O Judiciário, mesmo declarado formalmente um poder político, estava sujeito à disciplina do Executivo e posteriormente do Legislativo, e não tinha o controle da constitucionalidade, falhando, por isso, na garantia dos direitos individuais.

A República de 1891 estabeleceu o presidencialismo, que tem sido a tônica da proeminência do Poder Executivo, persistente, desprezando-se, por ter gorado, o parlamentarismo tentado mais tarde.

A Revolução de 1930 rompeu o equilíbrio dos poderes constitucionais, instalando um poder de fato a cargo do Governo Provisório, com atribuições de administrar e legislar por si mesmo, sem Parlamento, e isento de apreciação do Poder Judiciário, politicamente inerte.

O restabelecimento da ordem constitucional ocorrido com a Carta Magna de 1934 não trouxe maiores modificações nessa posição privilegiada do Executivo, e a curta duração desse ordenamento não propiciou meios de mais acurada observação.

Em 1937, o Presidente da República abruptamente ab-rogou a Constituição legítima e outorgou a Carta Política de 10 de novembro, em que ele próprio reservava a si mesmo ilimitadas atribuições, passando a administrar sem freios e contrapesos de outros poderes. Fechado o Congresso, passou o Presidente da República a legislar sozinho, por meio de decretos-leis.

O Judiciário, desprovido do poder político, ficou francamente inferiorizado no controle da constitucionalidade e na garantia dos direitos individuais que não podia efetivar.

A Constituição de 1946 foi a que mais se aproximou do equilíbrio dos poderes estatais. Dava (abstraindo-se a efêmera e malograda tentativa parlamentarista) funções bem definidas ao Executivo, instituiu a livre iniciativa legislativa e fiscalizadora do Congresso Nacional e armava o Judiciário de força capaz de controlar a constitucionalidade da lei e dos atos administrativos e garantir os direitos individuais.

Mais uma vez, rompeu-se o estado de direito com a Revolução de 1964. Esta proclamou a coexistência de duas ordens: a constitucional reformada e a revolucionária. E, com base nesta última, baixou Atos Institucionais e a subsequente legislação de exceção postos à discrição do Presidente da República e do Comando Revolucionário, acima da Constituição.

Surgiu daí a mais nova Carta Política brasileira: a Constituição de 1967, que consagra no seu texto os princípios revolucionários com o Executivo forte. Mas a última Carta Magna logo foi sobrepujada por novo ato de força consubstanciado no Ato Institucional nº 5, de 1968, que retomou o poder de fato e colocou-o à disposição do Presidente da República, ficando o Legislativo e o Judiciário sob controle executivo, suspensas as garantias constitucionais.

E, ainda por ato de iniciativa presidencial, foi restaurada a ordem jurídica e recolocados, embora não bem equilibrados, os três poderes legais nos lugares próprios da estrutura da Constituição novamente reformada. Assim, o Legislativo reocupa o seu espaço, embora limitado pela participação governamental, o Judiciário tem o controle da constitucionalidade e força capaz de garantir os direitos individuais, salvo os casos remanescentes do estado de exceção, e o Executivo forte está em franca hegemonia. O sistema de freios e contrapesos, não obstante as desigualdades, volta ao constitucionalismo brasileiro.

Do exposto concluímos:

1 — a divisão de poderes, com os consecutórios freios e contrapesos, é fórmula democrática de sustentação das liberdades públicas e garantia dos direitos do homem e do cidadão em face do Estado;

2 — a expressão **divisão de poderes** é mantida em virtude da consagração pelo uso generalizado, embora seja mais adequado dizer-se **limitação de poderes**;

3 — o **poder-soberania nacional** é uno em essência, e o que há, realmente, é a distribuição dos **poderes-funções estatais** que atuam com relativa independência, harmônicos, coordenados, cooperantes entre si;

4 — a prática política não tem registrado equilíbrio perfeito no sistema, pois ora um, ora outro poder assume maior força, sem que, entretanto, no Estado de Direito, se permita a hegemonia absoluta de qualquer deles;

5 — no Brasil tem sido constante o primado do Poder Executivo;

6 — a tendência do moderno constitucionalismo é, evidentemente, no sentido do fortalecimento do Poder Executivo, como forma de dotar

o Governo de instrumental jurídico-político apto a agir com eficiência, celeridade e dinamismo, como o exige a vida social atual;

7 — a preponderância do Poder Executivo sobre os outros poderes do Estado não deve, a qualquer título, implicar em **poder-único**, pois este é, em síntese, a negação da democracia representativa.

BIBLIOGRAFIA

- AGESTA, Luis Sanches — **Curso de Derecho Constitucional Comparado**, 6ª edición — Edit. Universidad de Derecho — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones — Madrid, 1976.
- ARINOS, Afonso A. Melo Franco — **Direito Constitucional**. Ed. Forense, Rio, 1976.
—— — **Curso de Direito Constitucional** — 2 vols. Ed. Forense, Rio, 1956.
- BASTOS, Celso Ribeiro — **Do Mandado de Segurança** — Ed. Saraiva — São Paulo, 1978.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS — **O Pensamento Constitucional Brasileiro** — Ciclo de conferências realizado com a Universidade de Brasília — Brasília, 1977.
- CHACON, Vamíreh — **O Novo Parlamentarismo** — Cadernos Políticos — Fund. Milton Campos, Brasília, 1978.
—— — **Estado e Povo no Brasil**. Liv. José Olympio Editora e Câmara dos Deputados — Coleção "Documentos brasileiros", Brasília, 1977.
- CAMPANHOLE, Adriano e Hilton — **Todas as Constituições do Brasil (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, e Emenda 1/69 e leg. correlata)**, Editora Atlas, São Paulo, 1976.
- CRETELLA JUNIOR, José — **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed. — Forense, Rio, 1977. — **Comentários à Lei do Mandado de Segurança**. Ed. Saraiva — São Paulo.
- DANTAS, Francisco Ivo — D. Cavalcanti — **Ciência Política** — Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1976.
- DEL VECHIO, Giorgio — **Lições de Filosofia do Direito**, 2 vols. Tradução de Antonio José Brandão — Ed. Armêno Amado — Coimbra, 1959.
- FIGUEIREDO, Argemiro — "Independência e Harmonia dos Poderes da União" in **Revista de Informação Legislativa**, nº 3, set. 1964 — Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa — Brasília, setembro de 1964.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Saraiva — São Paulo, 1978.
- FRIEDRICH, Carl J. — **Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito**. Tradução de Alvaro Cabral — Ed. Zaar — Rio, 1965.
- MACHADO PAUPÉRIO, Antonio — "O Poder Executivo" — in **Revista de Informação Legislativa**, nº 54, abril/junho de 1977 — Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas — Brasília.

- MALUF, Sahid — **Direito Constitucional**. 4ª ed., Sugestões Literárias — São Paulo, 1968.
- MARINHO, Josaphat — "O Poder Legislativo" — in **Revista de Informação Legislativa**, nº 11, setembro/1966. Senado Federal — Diretoria de Informação Legislativa — Brasília.
- MONTESQUIEU — Charles Louis de Secondat. Barão de — **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues — Clássicos Garnier — Difusão Européia do Livro — 1962.
- OMMATI, Fides — "Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado" in **Revista de Informação Legislativa**, nº 55, julho/setembro de 1977 — Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas — Brasília.
- PAULINO JACQUES — "Aspectos do Poder Judiciário americano e brasileiro" in **Revista de Informação Legislativa**, nº 24, outubro/dezembro de 1969 — Senado Federal — Diretoria de Informação Legislativa — Brasília.
- PINTO FERREIRA, Luís — **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Freitas Bastos, Rio, 1964.
- **Princípios de Direito Constitucional Moderno**. Tomos I e II — 4ª ed. Saraiva — São Paulo, 1962.
- POUND, Roscoe — **Introdução à Filosofia do Direito**. Trad. Alvaro Cabral — Ed. Zaar — Rio, 1965.
- RAFAEL MAYER, Luiz — **Pareceres da Consultoria-Geral da República**. Consultoria-Geral da República — Brasília, 1976/1979.
- ROUSSEAU, Jean Jacques — **O Contrato Social**. Trad. Antonio P. Machado. Ed. Ouro — Rio, 1968.
- RUSSOMANO, Rosah — **Curso de Direito Constitucional** — 3ª ed., Freitas Bastos — Rio, 1968.
- SAMPAIO, Nelson de Souza — "O Poder Legislativo no Brasil" — in **Política** nº 5, julho/setembro — 1977. Fundação Milton Campos — Brasília.
- SENADO FEDERAL — **Constituição da República Federativa do Brasil — Quadro comparativo** — Subsecretaria de Edições Técnicas — Brasília, 1979.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e Senado Federal — **Representações por Inconstitucionalidade — Dispositivos de Constituições Estaduais** — Tomos I e II — Subsecretaria de Edições Técnicas — Brasília, 1976.
- CONSTITUIÇÕES ALIENÍGENAS:
Estados Unidos da América, 1787
França, 1958 c/emenda de 1962
Itália, 1947
Portugal, 1976
Japão, 1947
Espanha, 1978
Lei Fundamental — Alemanha, 1949