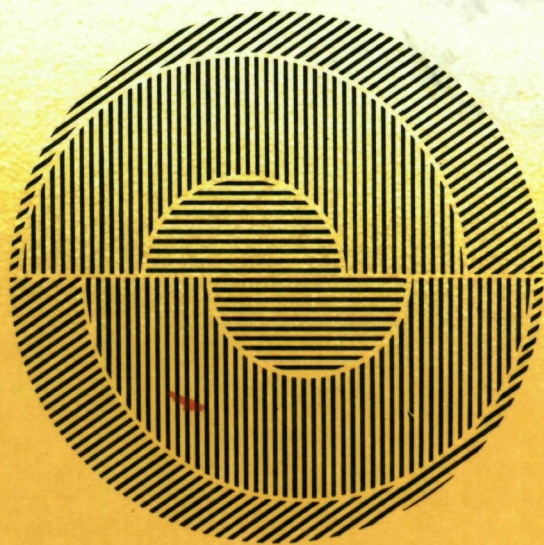


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1980

ANO 17 • NÚMERO 68

Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o “parti pris” de Montesquieu

JOSÉ GERALDO DE SOUZA JUNIOR
Pesquisador e integrante do programa
de pós-graduação em Direito e Estado
da UnB.

SUMÁRIO

- I — *Introdução*
- II — *Alguns aspectos da evolução do problema*
- III — *Um breve reparo histórico*
- IV — *O parti pris de Montesquieu*
- V — *Considerações finais*

I — *Introdução*

Toda a doutrina do liberalismo está sustentada no dogma da separação de poderes e, de modo bem cristalizado, o seu ingresso formal na estrutura positiva das Constituições data da Constituição francesa, que repete o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem:

“Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui Constituição.”

O liberalismo e, bem assim, o princípio de separação, que é o seu esteio, sofreram, historicamente, embates e vicissitudes que alteraram sobremodo sua valoração, marcando-lhes fases características enquanto evolução do pensamento e da prática constitucional. Do século XVIII aos dias de hoje, a pátina da História alterou o matiz do princípio, envolvendo-o no halo idealizado das construções que se ligam à luta pelos ideais de liberdade política. Sem dúvida, representou o seu papel histórico. Agora, é necessário que se tenha claro, a sua qualidade de técnica submetida aos requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais, cuja doutrina já não assenta em razões preponderantes de formalismo, sob pena de que ele venha a se tornar

a contradição dos direitos sociais, em condições de ser utilizado como mecanismo eficiente de todas as forças conservadoras e reacionárias em oposição à concretização destes direitos, como técnica obstrucionista do avanço e do progresso das instituições.

Sob este aspecto, o constitucionalismo moderno afasta-se da direção do individualismo tradicional, favorecido e amparado pela separação clássica e, claramente, enveredada pelos caminhos do social — “ao sopro do socialismo” como já antecipara RUI —, visando não apenas a afiançar ao homem os seus direitos fundamentais perante o Estado (princípio liberal), mas sobretudo a resguardar a participação do homem na formação da vontade do Estado (princípio democrático) e a conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, que pressupõe novas técnicas de distribuição de poderes, de resto, o único modo de realizar o princípio de que “todo o poder emana do povo”.

II — *Alguns aspectos da evolução do problema*

O princípio da separação dos poderes não resiste, em confronto de teorias mais modernas, ou mesmo, diante de algumas técnicas presentes em textos constitucionais, à defesa do seu rigor doutrinário ou de sua romântica tradição.

Destas técnicas, que alguns consideram sistema de freios e contrapesos, constituindo um mecanismo corretivo dos efeitos do princípio da separação, podem ser extraídos exemplos que assinalam a tendência da prática constitucional, voltada para a busca de equilíbrio da estrutura de poder do Estado.

O veto, a aprovação de determinadas nomeações, o controle da constitucionalidade das leis, o indulto, o processo legislativo compreendendo a elaboração de leis delegadas, de decretos-leis, a substituição do Congresso ou de suas Casas aos Tribunais, no julgamento de determinados crimes, especialmente os de responsabilidade, o estabelecimento de regras de funcionamento, através de regimentos, entre vários outros exemplos, atestam o mecanismo de interferência e de interpenetração das esferas de competência do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, demonstrando a inexistência de paredes doutrinárias que os conservem, como ilhas ou como arquipélagos, na melhor hipótese, alheios à realidade constitucional, para já não falar dessa outra realidade mais concreta que compreende a síntese de múltiplas determinações — econômicas, sociais e políticas —, sugerindo os nítidos contornos do poder, efetivamente considerado. Ainda no semestre passado, tive o ensejo de discorrer sobre o papel dessas forças sociais, neste sentido de poder criador.

Os teóricos do Estado, modernamente, afastam-se, pois, desse tipo de esquema mecanicista ou estratificador da ordem política. Se se pode criticar o acerto de suas elaborações, não se pode, de outra parte, deixar de reconhecer que as suas concepções evoluem para acentuar a solidariedade íntima das instituições políticas e demonstrar que o Estado moderno está revitalizado de princípios mais profundos e democráticos que reconciliam a personalidade com o poder.

De um lado, sustentando a preservação da unidade do poder, está o publicista alemão JELLINEK, que afirma a indivisibilidade do poder, pois este

não se divide subjetivamente, nem mesmo como atividade; o que se divide é o objeto do poder, ao qual se dirige a atividade estatal. Quando muito há divisão de competência; nunca, porém, divisão de poderes.

De outro lado, aparecem os defensores da separação relativa, com supremacia do Legislativo, que reconhecem a separação subjetiva de órgãos que levam a efeito as distintas funções estatais, de vez que a completa separação de poderes levaria à dissolução da unidade estatal e ao dilaceramento do corpo do Estado (BLUNTSCHLI). Tais defensores das doutrinas chamadas organicistas, entre eles SAVIGNY e GIERKE, sem embargo da honestidade com que a abraçaram e sustentam e do amor que tenham à liberdade, não puderam evitar as críticas que se lhes fizeram aos fundamentos pelo que contenham de limitação à liberdade individual e de favorecimento ao arbítrio absolutista.

De toda sorte, o cerne do problema hoje, ressalvadas as soluções que não extrapolam o sentido nominalista que nelas se contém, é essa questão controvertida da liberdade contra o Estado ou, de outro modo, da liberdade no Estado. De maneira que a tendência contemporânea é a de procurar formas de superação que constituam uma ordem qualitativamente superior de organização política do Estado e que rompam com o formalismo jurídico ensejador de incomunicabilidades pretensas em benefício de um processo real de participação a nível político. A nível da superação da antinomia indivíduo-Estado, reporto-me à tentativa de interpretação do papel das forças sociais como fonte do Direito. A nível concreto das tendências atuais de solução viável desses problemas, o alvitre parece encaminhar-se para as alternativas de formas parlamentaristas, mais consentâneas às exigências do Estado moderno.

De qualquer maneira, o alcance compreensivo de todos estes problemas nunca será cabal enquanto não se tiver precisado o "parti pris" de MONTESQUIEU e as categorias que este tenha estabelecido para pensar a História que vivia e a realidade que pretendia interpretar.

III — *Um breve reparo histórico*

É célebre o texto contido no Capítulo VI, do Livro XI, *Do Espírito das Leis*, e bem conhecida a teoria que pretende que todo bom governo há que distinguir rigorosamente o Legislativo do Executivo e do Judiciário. Bem conhecido, também, o fato de que MONTESQUIEU, para a sua racionalização doutrinária, havia se inspirado na análise da realidade política e constitucional inglesa que já adotara o princípio. A ressalva à questão da fonte vem a propósito do eventual estabelecimento do "parti pris" de MONTESQUIEU, pois, como se sabe, alguns renomados pensadores têm pretendido que MONTESQUIEU, para a elaboração das bases teóricas do princípio, ou bem laborou sobre um equívoco de interpretação e, neste caso, o mais fecundo equívoco da história das idéias políticas (v. MIRKINE-GUETZÉVITCH), ou distorceu, deliberadamente, essa mesma realidade, servindo talvez a determinados interesses de classe.

Adiante é meu propósito tentar estabelecer tal "parti pris". Antes, é necessário um retrospecto da situação histórica em que germinaram essas idéias.

Conforme descreve BONAVIDES, a Inglaterra, com os seus barões e sua nobreza nunca ofuscada, não aboliu o feudalismo e o rei não lograra ainda, ou jamais, abater a aristocracia e sujeitá-la ao seu domínio, como no continente, onde o monarca, depois de destruir a supremacia feudal dos fidalgos, se colocara ostensivamente em contraposição às classes não privilegiadas. É que nas ilhas britânicas os barões feudais se aliaram ao povo, para combater as pretensões do absolutismo real, precisamente ao contrário do que se deu na Europa, onde o rei teria pactuado com as classes populares para everter a independência, a liberdade e o poderio da nobreza, liquidando-a politicamente.

Entre o rei e o povo já não medeava, pois, aquela aristocracia feudal de cabeça erguida, senão fidalgos pensionistas da munificência real, adutores cortesãos que conservavam tão-somente o pomposo brilho de seus títulos e que alimentavam sua pretensa altivez na tradição já deposta das antigas glórias feudais.

O hiato profundo que se formou entre o rei e o povo, depois de abatida, portanto, a independência política da nobreza, deu à revolução liberal-democrática europeia feição inteiramente distinta daquela que ocorreu na Inglaterra.

Os povos europeus pediam também a liberdade tanto quanto o inglês. E no exemplo das bem sucedidas reivindicações inglesas do século XVII, que instauraram definitivamente o sistema liberal, buscavam a base teórica de suas aspirações.

Foram encontrá-la ao engendram a técnica da divisão de poderes, pois a unidade do poder, se abertamente esposada, como na Inglaterra, por parte da aristocracia, implicaria, no continente, em sua remoção do monarca para o povo. Queriam assim evitar que o poder recaísse no povo. Estabelecida a antinomia soberano-povo, do seio deste destaca-se uma classe: a burguesia. Esta pretende escalar o poder, amparando-se constitucionalmente na técnica separatista.

Este quadro, pintado com palavras talvez um pouco adjetivas de BONAVIDES, presta-se, contudo, a permitir a observação do procedimento doutrinário e político de MONTESQUIEU de modo a definir a que fins serviu a sua teoria.

IV – O “*parti pris*” de MONTESQUIEU

EISENMANN é o autor da tese de que a teoria de MONTESQUIEU, e muito particularmente o conhecido capítulo sobre a Constituição da Inglaterra (*Do Espírito das Leis*, cap. VI, Liv. XI), engendrou um verdadeiro mito: o mito da separação dos poderes. O ideário político propagado por gerações de tratadistas, divulgando do seu gênio uma teoria do equilíbrio dos poderes, de tal modo dispostos que o poder seria o limite do próprio poder, leva à coincidência de um regime, no qual seria rigorosamente assegurada esta separação dos poderes. Assim, existiriam três poderes: o Executivo (o rei, os seus ministros), o Legislativo (a câmara baixa e a câmara alta) e o Judiciário (o corpo de magistrados). Cada poder recobriria exatamente uma esfera própria, isto é, uma função própria, sem qualquer interferência. Cada poder seria assegurado

em cada esfera por um órgão rigorosamente distinto dos outros órgãos. Não só não se poderia conceber nenhuma interferência recíproca de um poder sobre o outro, como nenhum membro de um poderia ser responsável perante o outro.

EISENMANN, entretanto, demonstra que esta teoria não existia em MONTESQUIEU pela leitura de seus próprios textos, onde aparece:

1. Que o Executivo interfere no Legislativo, porque o rei goza do direito de veto — “Se o Poder Executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, pág. 186).

2. Que o Legislativo pode, em certa medida, exercer um direito de vigilância sobre o Executivo, pois controla a aplicação das leis que votou e, sem que se trate de “responsabilidade ministerial”, pode pedir contas aos ministros perante o Parlamento — “Porém, se num Estado livre, o Poder Legislativo não deve ter o direito de sustar o Poder Executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas. Esta é a vantagem que este governo possui sobre o de Creta e o da Lacedemônia, onde os cosmos e os éforos não prestam contas de sua administração” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, pág. 186).

3. Que o Legislativo interfere seriamente no Judiciário, pois, em três circunstâncias particulares, erige-se em tribunal: em todas as matérias, os nobres, cuja dignidade é necessário proteger de todo o contato com as opiniões dos magistrados populares, serão julgados pelos seus pares da câmara alta; em matéria de anistia; e em matéria de processos políticos, que serão julgados perante o tribunal da câmara alta, sob a acusação da câmara baixa — “Os poderosos estão sempre expostos à inveja e, se fossem julgados pelo povo, não fruiriam do privilégio que, num Estado livre, o mais humilde cidadão possui de ser julgado pelos seus pares. Cumpre, portanto, que os nobres sejam levados não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante da parte do corpo legislativo composta de nobres” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, pág. 187); “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa... É, portanto, a parte do corpo legislativo, que noutra ocasião dissemos ser um tribunal necessário, que aqui também é necessária; cabe à sua autoridade suprema moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, pág. 187); “Poderia ainda ocorrer que algum cidadão, nos negócios públicos, violasse os direitos do povo, cometendo crimes que os magistrados estabelecidos não saberiam ou não poderiam punir. Porém, em geral, o Poder Legislativo não pode julgar e pode ainda menos neste caso específico, em que se apresenta a parte interessada que é o povo. Assim, o Poder Legislativo só pode ser acusador. Mas diante de que ele acusaria? Rebaixar-se-ia diante dos tribunais da lei, que lhe são inferiores e compostos, além disso, de pessoas que, sendo povo como ele, seriam impressionadas pela autoridade de tão poderoso acusador? Não; para conservar a dignidade do povo e a segurança do indivíduo, é mister que a parte legislativa do povo faça suas acusações diante da parte legislativa dos nobres, a qual não possui nem os mesmos interesses que ele, nem as mesmas paixões” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, págs. 187-188).

A primeira demonstração de EISENMANN, com exemplos extraídos do próprio texto de MONTESQUIEU, revela que com tais interferências já não aparece tão pura a propalada separação. Mas, ele vai mais adiante, procurando demonstrar, com igual método, que em MONTESQUIEU não se tratava de separação, mas de combinação, de fusão, e de ligação dos poderes — “Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo Poder Legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, pág. 188).

O fato é que, com esta demonstração, EISENMANN leva a compreender, ainda com as palavras de MONTESQUIEU — “O poder de julgar não deve ser outorgado a um Senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário. Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, pág. 182), primeiro que o Poder Judiciário não é um poder no sentido próprio e, em segundo lugar, que existem realmente dois poderes: o Executivo e o Legislativo. Dois poderes, mas três potências — “Assim, em Veneza, ao grande conselho cabe a legislação; ao *pregadi*, a execução; aos *quarantia*, o poder de julgar. Mas o mal é que esses tribunais diferentes são formados por magistrados do mesmo corpo, o que quase faz com que componham o mesmo poder” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, pág. 182): o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou, em outras palavras: o rei, a nobreza e o povo, para colocar em cena as figuras do pacto a que antes se referiu com o texto de BONAVIDES.

Tomando essas considerações de EISENMANN, o filósofo francês LOUIS ALTHUSSER interpreta muito judiciosamente e com muito melhor argumentação: é aqui, diz ele, que EISENMANN mostra de maneira muito convincente que o verdadeiro objetivo de MONTESQUIEU é precisamente a combinação, a ligação destas três potências. É que se trata, assevera, em primeiro lugar, de um problema político de relações de forças e não de um problema jurídico relativo à definição da legalidade e das suas esferas. Assim se esclarece o famoso problema do governo moderado. A moderação, a verdadeira moderação, não é nem a estrita separação dos poderes nem a preocupação e o respeito jurídico da legalidade. A moderação (recorde-se o trecho já citado sobre Veneza) é uma coisa completamente diferente: não é o simples respeito pela legalidade, é o equilíbrio dos poderes, isto é, a divisão dos poderes entre as potências, e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras. E afinal, conclui ALTHUSSER, a famosa separação dos poderes não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza, o povo.

Neste passo é preciso ter em mente o reparo histórico que se fez linhas atrás com o auxílio de BONAVIDES e, sobretudo, aquela indagação quanto aos

fins a que servia o Senhor BARÃO DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU. A conclusão de BONAVIDES, aparentemente simplista, segundo a qual MONTESQUIEU abraçava a solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei, e, de outro, não entregava o poder ao povo, embora verdadeira, não está justificada consistentemente. A resposta de ALTHUSSER é, além de tudo, interessantemente criativa. E ele a coloca, a partir de uma pergunta em tudo pertinente: em benefício de quem se faz a divisão? Contentando-se em revelar, sob as aparências míticas da separação dos poderes, a operação real de uma divisão dos poderes entre diferentes forças políticas, corre-se o risco de alimentar a ilusão de uma divisão natural que se explica por si e responde a uma equidade evidente. Passou-se dos poderes às potências. Mudaram os termos? O problema continua o mesmo: trata-se sempre de equilíbrio e de divisão. Este o último mito a denunciar.

O que pode esclarecer o significado desta divisão e dos seus pressupostos é, bem entendido, o fato de em MONTESQUIEU se tratar de combinação de potências e não de separação de poderes, de se examinar quais são, entre todas as interferências possíveis de um poder sobre outro, entre todas as combinações possíveis dos poderes entre si, as interferências e as combinações absolutamente excluídas.

A primeira combinação excluída, aponta ALTHUSSER, é que o Legislativo possa usurpar os poderes do Executivo: o que, por si, consumaria de imediato a perda da monarquia no despotismo popular — “O Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas. Mas se o Poder Legislativo participar da execução, o Poder Executivo estará igualmente perdido” (*Do Espírito das Leis*, VI, XI, pág. 188); “se não houvesse monarca, e se o Poder Executivo fosse confiado a certo número de pessoas extraídas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade” (*idem*). Entretanto, a inversa não é verdadeira, pois MONTESQUIEU admite que a monarquia possa subsistir e mesmo conservar a sua moderação, se o rei detiver, além do Executivo, o Poder Legislativo — “Na maior parte dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que tem os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro” (*idem*).

A segunda combinação excluída, prossegue ALTHUSSER, é mais célebre, mas, tida por demasiado evidente, é, por esse fato, mal compreendida. Diz respeito à detenção do Judiciário pelo Executivo, pelo rei. Aí, ele ainda se apóia no texto de MONTESQUIEU — “Nos Estados despóticos, o próprio príncipe pode julgar. Não o pode nas monarquias: a Constituição seria destruída, os poderes intermediários dependentes, aniquilados” (*Do Espírito das Leis*, Cap. V, Livro VI, pág. 103), fazendo-o a propósito de demonstrar, no caso, que basta aproximar esta exclusão e a sua razão (se o rei julga, os corpos intermediários serão aniquilados), por um lado, da disposição que chama os nobres perante o único tribunal dos seus pares, por outro lado, das desgraças cujo privilégio o déspota reserva aos grandes, para se perceber que esta cláusula particular, que priva o rei do poder de julgar, interessa antes de mais à proteção dos nobres contra o arbítrio político e jurídico do príncipe.

Razão por que, atento à pergunta que se autoformulara — em vantagem de quem se opera a divisão? —, postula avançar a sua solução. É que, consideradas não já as forças invocadas na combinação de MONTESQUIEU, mas as forças reais que existem efetivamente, verifica-se, forçosamente, que a nobreza ganha com o seu projeto duas vantagens consideráveis: enquanto classe, torna-se diretamente uma força política reconhecida na câmara alta; torna-se também, não só pela cláusula que exclui do poder real o exercício da atividade jurisdicional, como pela que reserva este poder à câmara alta, quando os nobres estão em causa, uma classe cujo futuro pessoal, a posição social, os privilégios e as distinções são garantidos contra as violências do rei e do povo. Desta forma, na sua vida, nas suas famílias e nos seus bens, os nobres estarão ao abrigo tanto do rei como do povo. Não se poderia garantir melhor as condições de perenidade de uma classe decadente a quem a história arrancava as suas antigas prerrogativas e já as disputava.

A contrapartida destas certezas é uma outra certeza, finaliza ALTHUSSER, mas desta vez para uso do rei: a certeza de que o monarca será protegido pela defesa social e política da nobreza contra as revoluções populares; a certeza de que não se encontrará na situação do déspota abandonado, só, em face do seu povo e das suas paixões. Se o rei quiser compreender a lição do despotismo, compreenderá que o seu futuro vale bem uma nobreza.

V — Considerações finais

A análise althusseriana parece brigar com a análise de BONAVIDES sobre a direção do pacto pós-feudalismo. Todavia, a oposição é apenas aparente, porque o que a História tem revelado é que a antinomia perpetuada é a que opõe o soberano ao povo. Ficará sempre a dúvida quanto a saber se MONTESQUIEU queria o poder para os fidalgos decadentes ou para a burguesia ascendente. O fato é que a interpretação que ele, distorcidamente, emprestou à Constituição inglesa serviu aos fins da revolução incipiente e ao descontentamento que lavrava contra o despotismo opressor.

BIBLIOGRAFIA

ALTHUSSER, Louis — *Montesquieu, a Política e a História*, Biblioteca de Ciências Humanas, Editorial Presença Ltda., Lisboa, 2ª edição.

BONAVIDES, Paulo — *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Edição Saraiva, São Paulo, 1961.

EISENMANN, M. Charles — "La Pensée Constitutionnelle de Montesquieu", in *La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de L'Esprit des Lois, 1748-1948*, Recueil Sirey, Paris.

FERREIRA, Luís Pinto — *Teoria Geral do Estado*, 1º volume, Edição Saraiva, São Paulo, 3ª edição, 1975.

HELLER, Hermann — *Teoria do Estado*, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968.

JELLINEK, Georg — *Teoria General del Estado*, Editorial Albatrós, Buenos Aires, 1973.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris — "De la Séparation des Pouvoirs", in *La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de L'Esprit des Lois, 1748-1948*, Recueil Sirey, Paris.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat — *Do Espírito das Leis*, 2 volumes, Difusão Européia do Livro, São Paulo, 1962.