



O DEBATE SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Cynara Monteiro Mariano*¹

RESUMO

O presente trabalho disserta sobre os debates acerca da teoria da separação dos poderes no pensamento constitucional brasileiro e da influência que os nossos constitucionalistas tiveram do presidencialismo norte-americano e das célebres formulações de Montesquieu e Benjamin Constant, numa abordagem que visa demonstrar a tradição brasileira de predominância do executivo e do judiciário em detrimento do legislativo. Busca também investigar as origens históricas e políticas do pioneirismo brasileiro na introdução do Poder Moderador na Constituição Imperial de 1824, e a relação da introdução desse mecanismo com os debates modernos acerca da titularidade da jurisdição constitucional.

Palavras-chaves

Separação de poderes. Pensamento constitucional. Poder moderador.

ABSTRACT

The present work dissertates on the debates concerning the separation theory of the powers in the Brazilian constitutional thought and the influence that our constitutionalists had from the North American presidentialism and from the famous formulations of Montesquieu and Benjamin Constant, through an approach that seeks to demonstrate the Brazilian tradition of the executive and judiciary predominance to the detriment of the legislative. It also seeks to investigate the historical and political origins of the Brazilian pioneering in the introduction of the Moderator Power in the Imperial Constitution of 1824, and the relationship of the introduction of that mechanism with the modern debates concerning the titularity of the constitutional jurisdiction.

Key-word

Separation theory of the powers. Brazilian constitutional thought. Moderator Power.

1 INTRODUÇÃO

O tema acerca da separação de poderes ainda é corrente no debate político dos dias atuais. No caso brasileiro, o assunto tem vindo à tona com mais

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Advogada e Bolsista da Fundação Cearense de Amparo à Pesquisa (FUNCAP). Contato: cynaramariano@gmail.com ou cynara@cezarferreira.com.br.

vigor em razão da crescente crise institucional entre os poderes republicanos, estabelecida notadamente pela ingerência do Judiciário e do Executivo nas esferas de competências típicas do Legislativo.

Esse fenômeno, contudo, pertence à tradição do pensamento constitucional brasileiro que, profundamente inspirado no presidencialismo norte-americano, sedimentou as bases constitucionais para o exercício de um executivo forte (e seguidas vezes, autoritário) e um judiciário ativista, no que resultou o enfraquecimento do legislativo, que sequer chegou a operar em algumas fases da República presidencial.

O presente estudo, por seu turno, sem pretender esgotar o objeto da discussão, buscará investigar as origens históricas, políticas e ideológicas que permearam os debates sobre o princípio da separação de poderes no Brasil, bem como demonstrar as diferentes interpretações que foram conferidas à clássica teoria de Montesquieu pelos sistemas jurídicos americano e europeu.

Por estar indissociada dessas reflexões, será também analisada a experiência do Poder Moderador entre nós, com a adoção da teoria tetrapartida dos poderes de Benjamin Constant, introduzida na Constituição imperial de 1824 de forma pioneira, até então, no contexto dos diplomas constitucionais do mundo moderno.

2 SEPARAÇÃO DE PODERES NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E AS DIVERGENTES INTERPRETAÇÕES À TEORIA CLÁSSICA DE MONTESQUIEU

A Constituição do Império estabeleceu quatro poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador, competindo a este último velar sobre a harmonia e independência dos poderes (arts. 10 e 98). Dispunha a de 1891, no art. 15, que “são órgãos da soberania nacional os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Declarava a de 1934: “são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si” (art. 3.º).

Desse modo, o princípio da separação de poderes foi introduzido na realidade brasileira por força da Constituição imperial e por obra da influência de Montesquieu e Benjamin Constant no pensamento constitucional brasileiro. Mas interessa, sobretudo, notar que as reflexões brasileiras, quanto à necessidade da limitação e contenção do poder, lograram êxito em traduzir com fidelidade o conteúdo da formulação de Montesquieu.

José Antonio Pimenta Bueno, o primeiro pensador liberal do Império, ao comentar a Constituição imperial e a separação dos poderes, afirmou que

[...] essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real

dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder. (BUENO, 1958, p.31-32).

Assim, pode-se constatar que a Constituição imperial trouxe à realidade brasileira uma acertada exegese da teoria de Montesquieu.

Montesquieu, como já o disseram Auguste Comte e Durkheim, pode ser considerado como o fundador da ciência política, entretanto, a sua célebre teoria da separação dos poderes não possui o alcance que tradicionalmente se lhe foi empregado, a significar uma racional delimitação das funções estatais, pois, em verdade, tratou-se de uma teoria que teve como principal formulação estabelecer ferramentas de moderação do exercício do poder do monarca, por meio do estabelecimento de técnicas de combinação e fusão de poderes entre as funções estatais (ALTHUSSER, 1959, p. 11, 102-105).

O ponto central de sua teoria, portanto, foi o estabelecimento de limites ao poder. Um sistema adicional de freios e contrapesos recíprocos, de modo que o poder possa deter o poder, no que é possível constatar a fidedignidade com que essa concepção foi traduzida na Constituição imperial brasileira.²

A moderação idealizada por Montesquieu não significou, portanto, um postulado de respeito à legalidade, mas uma limitação da investida de uma função pelo poder conferido às outras. E isto para resguardar o poder do monarca e da nobreza contra possíveis insurreições das classes populares, razão porque Louis Althusser o definia como "le champion de la noblesse et de la féodalité" (ALTHUSSER, 1959, p. 107).

O certo é que sua teoria influenciou profundamente os sistemas jurídicos, tanto o americano quanto o europeu e, como visto, igualmente o brasileiro. Mas as suas concepções foram interpretadas e incorporadas de forma diametralmente oposta pelos Estados Unidos da América e pela Europa ocidental, no que resultou, como se conhece, em dois modelos paradigmáticos de organização administrativa e de jurisdição constitucional.

Com efeito, a distinção entre a sistemática dos dois modelos de jurisdição constitucional, deve-se às diferentes interpretações conferidas pelos revolucionários americanos e franceses à teoria da separação de poderes de Montesquieu, em função das condições históricas e políticas, produzindo efeitos radicalmente opostos na Constituição dos Estados Unidos e na Europa continental, pois enquanto que nesta, a formulação de Montesquieu elevou o Legislativo à condição de poder soberano, na América do Norte a mesma concepção resultou no fortalecimento do Executivo e do Judiciário.³

² Nas palavras de Montesquieu: "C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir" (WALCKENAER, 1877, p. 269)

³ Nesse sentido, Jürgen Habermas afirma ser a crítica às formas de exercício da jurisdição

Na Europa, a burguesia revolucionária, desconfiada dos *parlements* (tribunais do antigo regime), em virtude do seu papel ao mesmo tempo conservador e servil ao soberano, subtraiu do Judiciário idealizado por Montesquieu no *L'Esprit des Lois*, um importante aspecto, que era a competência para exercitar o controle de compatibilidade entre legislação e as "leis fundamentais", ou seja, a competência do Judiciário para exercer o que se conhece modernamente por controle da constitucionalidade das leis (ROCHA, 1995, p. 88-89).

Nos Estados Unidos, ao revés, os revolucionários americanos, hostis à idéia de submissão às arbitrárias leis que a Assembléia inglesa impunha para as colônias americanas, trataram de controlar o nascente legislativo estadunidense, criando, desse modo, a fiscalização exercida sobre ele pelo Judiciário, para evitar na Federação americana a instalação da ditadura legislativa que imaginavam existir na Inglaterra, sendo estas, pois, as razões históricas da supremacia do Legislativo na Europa continental e da supremacia do Judiciário nos Estados Unidos da América (ROCHA, 1995, p. 91).

Outro aspecto que contribuiu para a supremacia do Judiciário no modelo americano, além da influência de Montesquieu, foi a doutrina inglesa do "judicial review", segundo a qual há um direito fundamental de origem judicial (*commom law*)⁴, superior ao direito parlamentar, ou seja, ao "statute law".

Portanto, o receio da "ditadura" do legislativo, de um lado, e a posição de supremacia do juiz, advinda da doutrina jurídica do *commom law*, de outro lado, foram os fatores determinantes para a formação do sistema judicial americano, sistema esse que, como visto, não é fruto de uma reflexão, isto é, de uma decisão deliberada sobre a conveniência desse modelo, mas a consequência natural, espontânea, da prática multissecular de seus juízes que já emergem na história como órgãos de defesa da Constituição e controle do Legislativo (ROCHA, 1995, p. 92).

De fato, quando as comunidades inglesas independentes, na América do Norte, elaboraram sua Constituição, no final do século XVIII, era natural que buscassem na história da pátria de origem a principal inspiração. As instituições inglesas foram, portanto, a matéria prima dos seus constituintes.

Cumpre registrar, ainda, que os Estados Unidos eram um terreno fértil para a influência da tripartição de poderes na versão de Montesquieu, uma vez

constitucional quase sempre dirigida em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes (HABERMAS, 2003, p. 298).

⁴ René David, no clássico *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, registra que "a *comune ley* ou *commom law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Esse direito, em 1066, não existe. A Assembléia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume jurídico, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deveria provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Courts* serão pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron*, *Courts Leet*, *Manorial Courts*); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro, eminentemente local" (DAVID, 1996, p. 286).

que, como nação que se antecipou ao Poder e ao Estado, era ambiente propício ao florescimento das teorias contratualistas do liberalismo, às quais se ajusta perfeitamente a teoria de Montesquieu. Ademais, o gênio criativo do direito americano muito contribuiu para a evolução e expansão da fórmula original, como o atesta a teoria dos *checks and balances* da Constituição.

Já os revolucionários franceses imprimiram uma interpretação inteiramente distinta dos americanos acerca da doutrina de Montesquieu, consistindo, essencialmente, na subtração ao Poder Judiciário da competência, que antes detinha no Antigo Regime, de controlar a compatibilidade entre a legislação e as "leis fundamentais", pelo que a incompetência do Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis, na Europa continental, teria sua origem mais remota na maneira como a burguesia francesa de 1789 interpretou a doutrina de Montesquieu.

Para os revolucionários franceses, e de acordo com Montesquieu, o Judiciário não é considerado propriamente um poder. Os poderes são apenas dois, o Executivo e o Legislativo, mas as funções são três, tal como o foram definidas pelo Barão: "*le roi, la chambre haute et la chambre basse*".⁵

Os magistrados eram investidos apenas da função de aplicar a lei, e o deviam fazer segundo a literalidade da norma jurídica, o que ficou imortalizado na expressão do "juiz boca da lei".⁶

Desse modo, a origem do modelo de jurisdição constitucional da Europa continental, que reduz o juiz ordinário a um papel secundário em relação à lei, reside tanto na interpretação conferida ao pensamento de Montesquieu pelos revolucionários de 1789, relacionado à desconfiança a respeito do Judiciário em razão do papel conservador dos tribunais do antigo regime, como igualmente no fato de a Assembléia ser um poder representativo do povo – burguesia (ROCHA, 1995, p. 94).

Essa adaptação da teoria de Montesquieu na Europa Ocidental, resultou, portanto, na supremacia do Legislativo sobre o Judiciário, e a consequência da condição do Legislativo na atmosfera da Revolução de 1789, de representante do povo, isto é, da burguesia, na verdade, e de sua primazia sobre os demais poderes do Estado, é que legou à Europa ocidental a conclusão de que o problema a ser enfrentado não é o de manter o equilíbrio entre os Poderes, como enunciava originariamente a moderação de Montesquieu, mas o de adequar os Poderes não representativos (Judiciário e Executivo) ao poder representativo (Legislativo).

⁵ Essas expressões correspondem à representação das forças políticas do rei, da nobreza e do povo, respectivamente (tradução da autora).

⁶ Essa formulação é feita por Montesquieu no livro XI da obra "Espírito das Leis", quando afirma "*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ...*" ("Os magistrados não são mais do que a simples boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não podem moderar a sua força ou afastar o seu rigor" – tradução da autora)

Interessante registrar, a esse respeito, que até hoje, na França pós-revolucionária, o Judiciário não é poder, mas função administrativa, e isso se deveu também à influência que a teoria da representação política de Sieyès⁷ teve na Assembléia Constituinte que discutiu e aprovou a primeira Constituição francesa, cujo artigo segundo, ao tratar dos poderes públicos, deixou claro que os poderes só poderão ser exercidos por delegação popular.⁸

De fato, por conferir ao Judiciário uma limitada competência para aplicar a literalidade da lei, uma vez que defendia a neutralidade absoluta dessa função, verifica-se que Montesquieu pregava, na verdade, que o sistema de contenção e equilíbrio se fazia necessário somente entre os poderes executivo e legislativo, conclusão que influenciou profundamente a organização político-administrativa do Estado francês.

Já na América do Norte, a tese do equilíbrio girou em torno dos poderes executivo e judiciário, ou seja, o influxo das idéias de Montesquieu nos Estados Unidos, dada a rejeição ao ativismo legislativo da Inglaterra, resultou no conservadorismo da Convenção de Filadélfia, que, visando também romper com a tradição monárquica inglesa, optou por convencionar a construção de uma república representativa, mas não necessariamente de uma democracia.

Esse caráter conservador pode ser observado na obra *O Federalista*, que condensa os artigos de Hamilton, Madison e Jay, onde Madison defende para a Federação americana uma simples equalização entre república e sistema representativo. Para ele, a democracia, por ser o sistema de governo exercido diretamente pelo povo, somente conviria aos Estados poucos extensos territorialmente, sendo esse o motivo pelo qual a república seria o sistema mais próprio para os territórios vastos, como o americano que se formava (HAMILTON, 2003, p. 319).

E, com efeito, o ponto de partida da teoria de Montesquieu era um Estado unitário e centralizado; o dos federalistas americanos, a existência de treze colônias.

De tudo isto, infere-se que o Brasil, que foi influenciado em maior grau pelo sistema americano, incorporou à sua tradição, portanto, a supremacia do executivo e do judiciário, em detrimento do legislativo, sendo a obra de Borges de Medeiros (MEDEIROS, 2004), a *Questão do Poder Moderador na República Presidencial*, um interessante exemplo dessa constatação.

E a singularidade dessa obra pode ser explicada especialmente pelo fato de representar uma ruptura com o modelo de República castilhista, ao qual Borges de Medeiros dedicara toda a sua vida. Esse modelo, desejado pelo grupo

⁷ Segundo a teoria de Sieyès, a delegação de poder decorrente do voto popular é requisito essencial para o exercício do Poder. Além disso, os juízes franceses eram descendentes da classe dominante, de maneira que seria inconcebível mantê-los sem qualquer controle no que se refere à investidura no referido Poder da República (SIEYÈS, 1973).

⁸ Art. 2.º: "A Nação, de onde emanam todos os Poderes, só pode exercê-los por delegação" (sic).

que ascendeu ao poder com a Revolução de 30, liderada por Getúlio Vargas, queria simplesmente transplantar ao plano nacional a experiência rio-grandense, implantada pelo próprio Borges de Medeiros, que eliminou o parlamento.

O certo é que no *Poder Moderador na República Presidencial*, Borges de Medeiros criticou a inspiração do presidencialismo brasileiro no norte-americano pelos vícios que esse sistema produziu entre nós - notadamente porque resultou na identificação do presidencialismo com o governo pessoal - e defendeu a democracia, o fortalecimento do legislativo e uma maior atuação dos partidos políticos e da opinião pública. Segundo ele,

[...] duma parte os textos constitucionais, e doutra a carência de controle, que só os grandes partidos e uma opinião pública consistente poderiam exercer, propiciaram o fenômeno da hipertrofia do poder presidencial. O fato da inexistência de partidos nacionais de uma opinião pública, no Brasil, creou um ambiente assas favorável ao governo pessoal, que o presidente podia exercer livremente com relativa facilidade, sem mesmo possuir dotes e habilidades excepcionais. (MEDEIROS, 2004, p. 63).

Sua crítica mordaz ao executivo forte se assentou na obra de Mirkin-Guetzévitch, *Ensaio Sintético sobre as Constituições das Nações Americanas*, que analisa o regime presidencial nos Estados Unidos e na América Latina, terminando por concluir que as Constituições latino-americanas contêm a cláusula da ditadura legal, pois, ao introduzirem o sistema presidencialista em países de "temperamento político ardente, de população mestiça, cuja maioria é formada por mestiços, sem instrução nem tradição políticas, onde a opinião pública é inexistente e substituída pela luta dos indivíduos e dos interesses pessoais", isto significaria favorecer o estabelecimento da ditadura (GUETZÉVICH *apud* MEDEIROS, 2004, p. 56-58).

Dessa forma, segundo Borges de Medeiros, o traço característico da República presidencial teria sido a supremacia do poder executivo sobre o legislativo e a intervenção legal e extra legal do presidente nos negócios políticos do Estado, uma vez que a liderança republicana havia entendido que o fim da monarquia, abrangendo o parlamentarismo, corresponderia necessariamente ao fim do que se supunha seria o predomínio do Legislativo.

E dissertado acerca do regime ideal, o qual em sua opinião, seria a experiência do Poder Moderador, afirma:

[...] força é concluir, afinal, com a torrente de publicistas, que os dois sistemas antagônicos, o presidencialista e o parlamentarista, padecem de uma mesma diátese de forma variável: hipertrofia do executivo no primeiro; anemia do executivo no segundo. Que cumpre então fazer? Fundir ou amalgamar as virtudes e utilidades dos dois sistemas contrários, e com esses elementos constituir um novo tipo de presidencialismo, equidistante daqueles escolhos. Eis o nosso principal objetivo e quiçá a maior originalidade deste projeto. (MEDEIROS, 2004, p. 66-67).

Portanto, como se pode constatar em Borges de Medeiros e pelos períodos sucessivos de governos ditoriais, exercidos ora com a supressão ora com a inoperância do Legislativo, pertence, efetivamente, à tradição do constitucionalismo brasileiro a predominância do executivo sobre o poder representativo, o que em boa medida explica também o ativismo judicial no nosso sistema jurídico.

Quanto às reflexões de Borges de Medeiros acerca do Poder Moderador, é de se dizer que também traduzem a incorporação das idéias de Montesquieu quanto à necessidade de contenção do poder, remetendo ainda à discutível questão de a sua titularidade residir na pessoa do Imperador, na qual se pode identificar uma possível correlação com a defesa schmittiana acerca da titularidade da jurisdição constitucional, como será tratado a seguir.

3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO PODER MODERADOR E O DEBATE SOBRE A SUA TITULARIDADE

A teoria da tetrapartição dos poderes foi formulada em 1814 pelo mais importante publicista europeu do século XIX, Benjamin Constant, que propôs a distinção, funcional e orgânica, de um poder novo, a par do conjunto tradicional das atribuições do Rei na monarquia, o qual, desonerado da função ministerial ou executiva, passaria a ser chamado de Poder Real.

Benjamin declarava ser essa necessária distinção entre o poder real e o poder ministerial *“la clef de toute organisation politique”* (CONSTANT, 1872, p. 19-21).

No contexto brasileiro, essa idéia foi introduzida na Carta imperial de 1824, com a criação do Poder Moderador, destinado a assegurar a harmonia e independência entre os demais poderes.

Embora, portanto, não se possa atribuir a originalidade da formulação à elite política imperial do Brasil, importa registrar que, ao menos, a incorporação das idéias de Benjamin Constant ocorreu de forma pioneira no constitucionalismo brasileiro, por ocasião da Carta de 1824.

Até então semelhante previsão só existia na Constituição portuguesa, como narra Visconde do Uruguai, sem reconhecer, contudo, a originalidade do próprio Benjamin Constant:

Benjamin Constant não fez mais do que desenvolver a idéia, e separar, debaixo do nome de um poder distinto, várias atribuições, que não pertencendo, nem devendo, por sua natureza e fim, pertencer ao Executivo, tinham estado até então mais ou menos envolvidas nêle, mistura que já muitos publicistas tinham notado. [...] Quem o mostrou, porém, quem o delineou, quem o criou realmente, e assim o proclamou o Senador Alves Branco no Senado, foi o Sr. D. Pedro I, primeiramente no art. 98 da nossa Constituição, depois no art. 71 da Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa.

São as únicas constituições que conheço, que consagram um quarto poder, no qual reúnem todas as atribuições marcadas no art. 101 da Constituição, em outros países envolvidas no Executivo. (URUGUAI, 1997, p. 255.).

Inovador ou não na concepção da idéia, mas induvidosamente pioneiro, portanto, na sua incorporação ao texto constitucional, pode-se afirmar que o Poder Moderador foi introduzido no Brasil como o ápice da influência da célebre fórmula de Montesquieu, pois a ele se reservou a competência suprema de atuar sobre os demais poderes, de forma a garantir-lhes a harmonia e a independência.

A esse respeito, dissertava Pimenta Bueno sobre a instância do Poder Moderador:

[...] é a suprema inspeção da nação [...], de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita e concorra harmoniosamente como outros para o fim social, o bem-ser nacional; é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão: é enfim a mais elevada força social, o órgão público mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação. (BUENO, 1958, p. 31-32).

Borges de Medeiros, por sua vez, pensava o Poder Moderador como a fórmula ideal para corrigir os abusos do presidencialismo, sem implicar o retorno do parlamentarismo, isto é, identificava no Poder Moderador a solução eficaz para conter o arbítrio do poder pessoal sem resultar na preponderância do legislativo, que, por sua vez, ocasiona a instabilidade ministerial, gerando o mesmo desarranjo político.

Disso se extrai que ao Poder Moderador foi conferida a qualidade de Poder moderado, como o próprio nome indica, ou seja, de poder apto a realizar a moderação, a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes, o que significa que até mesmo pela semântica, a experiência brasileira foi mais fiel à formulação de Montesquieu do que a idéia quiçá original de Benjamin Constant quanto ao seu Poder Real.

Essa constatação, todavia, não permite concluir que, diferentemente de Constant, a proposta de titularidade do quarto poder brasileiro seria diversa da pessoa do Imperador, pois, ainda em virtude da influência religiosa no pensamento político brasileiro da época, não se identifica em nossa história constitucional a defesa dessa titularidade em instância outra que não fosse a pessoa do Imperador.

O traço comum e marcante, que se contrapõe, como será visto a seguir, com a tese schmittiana, é que a função do Moderador deveria se distinguir da função ministerial, a indicar, portanto, a função executiva.

Acerca da titularidade do Poder Moderador, Pimenta Bueno assim defendia:

[...] pelo que toca à personalidade a quem deva ser confiado, não pode haver dúvida em que deve ser ao imperante, por isso mesmo que é o único poder exclusivamente próprio da coroa, independente do ministério. O depositário deste grande poder neutro deve estar cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da força da opinião e do prestígio. A consciência nacional precisa crer que, superior a todas as paixões, a todos os interesses, a toda rivalidade, ninguém pode ter maior desejo e glória do que ele em que os outros poderes ativos funcionem segundo os preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade deste. (BUENO, 1958, p. 202).

Da mesma forma, Visconde do Uruguai afirmava que

[...] pela natureza e fins dos atos que é chamado a exercer, convém que as atribuições do Poder Moderador residam privativamente no Chefe Supremo do Estado que é permanente, desapaixonado, ou mais imparcial, mais desinteressado nas lutas, a te mesmo porque é inviolável [...]. Não pode, sem graves inconvenientes e sem perder a qualidade de neutro e moderador, residir o poder que assim se denomina no Executivo, ou depender dos Ministros, os quais ordinariamente são chefes ou homens de partidos, ou dependentes d'estes. São muito mais suspeitos, muito mais apaixonados, muito mais dependentes nos atos necessários para restabelecer um equilíbrio, e uma harmonia, que muitas vezes eles próprios destruíram, do que o Chefe Supremo do Estado, o qual sempre permanece tal, qualquer que seja o partido dominante, qualquer que seja o Ministério, e que tem de preservar o Trono para a sua descendência, e com ele a forma Monárquico-Representativa. (URUGUAI, 1997, p. 261).

Logo, observa-se a defesa do Poder Moderador como poder imperial, e não ministerial, o que indica que apesar de residir na pessoa do Imperador, não se confundia com as atribuições executivas, conclusão essa que é reforçada pelas seguintes passagens da obra de Borges de Medeiros:

Em nossa concepção, o rol do presidente consistirá em presidir a República como o seu primeiro magistrado, e não como o seu primeiro líder político. Fora da atmosfera dos partidos e posto na posição de livrar-se de qualquer influxo dos interesses e paixões do mundo político, há de ele reunir os predicados e requisitos que fazem o verdadeiro magistrado. A sua independência deverá ser real e insuspeitável, e a sua autoridade bastante forte para que se imponha sem contraste. Cérebro do Estado, competir-lhe-á regular, coordenar e moderar a ação dos outros poderes públicos, assegurando-lhes a harmonia, entre si, e o livre exercício de cada um, dentro dos limites constitucionais. Não se lhe concederá mais o poder executivo, que é apenas um ramo do poder público. Se ele continuasse a exerce-l-o, seria fatal a reincidência crônica dos males que se propôs sanar a revolução de 1930. Outras, porém, hão de ser as suas faculdades, e outro poder que elas devem conferir-lhe.

Separado dos poderes executivo, legislativo e judiciário, ele constituirá o quarto poder do Estado, o poder moderador da República. (IDEM, IBIDEM, p. 67-68)

Verdade é que, em que pesse sua distinção com a função executiva, o Poder Moderador ainda foi alvo de fortes críticas, notadamente dos liberais da época, por ser ele um poder pessoal concedido ao Imperador.

Nesse tocante, são curiosas as idéias de Borges de Medeiros, ao sustentar que ele não poderia ser delegado a um corpo coletivo, pois, dada a divisão de vontades, que ele denomina de “enfermidade orgânica dos corpos coletivos”, isto seria um grande inconveniente para o exercício de uma função unificadora e harmonizadora, como a função do Moderador. (MEDEIROS, 2004, p. 74).

Ou seja, pairando sobre o Poder Moderador a discussão acerca da titularidade na pessoa do Chefe de Estado ou no corpo coletivo, é possível traçar um paralelo dessa reflexão com o embate clássico entre Carl Schmitt e Hans Kelsen a respeito da titularidade do exercício da jurisdição constitucional.

Kelsen, como se sabe, construiu um modelo de jurisdição constitucional que outorgou a um corpo coletivo, distinto do Judiciário e dos demais poderes, a privatividade do juízo de compatibilidade entre as leis ordinárias e o texto constitucional.

Esse sistema tentou ensaiar, sem êxito, seus primeiros passos com a Constituição de Weimar e, mais precisamente, com a Constituição austríaca de 1920, projetada por Kelsen, e aperfeiçoadas em 1929. Todavia, devido a uma reforma totalitária da Constituição austríaca, que culminou, inclusive, na destituição do próprio Kelsen do cargo de juiz vitalício do Tribunal Constitucional austríaco, o sistema consolidou-se apenas em 1945, expandindo-se depois por toda a Europa, influenciando a criação da Corte Constitucional italiana e do Tribunal Constitucional alemão, cristalizando-se definitivamente nos anos 1970-1980, com o surgimento do Tribunal Constitucional português, da justiça constitucional na Espanha e em outros países europeus, como Polônia e Bélgica.

Desde então o controle de constitucionalidade deixou, portanto, de ser visto apenas como uma excentricidade estadunidense, passando a conhecer uma fórmula que implicou numa nova concepção de sistema constitucional e que produziu um profundo impacto sobre a divisão dos poderes – a criação do Tribunal Constitucional.

O gênio kelseniano, cônscio de que o sistema norte-americano só poderia operar na realidade sócio-histórica das instituições próprias do *common law*, criou um modelo de controle de constitucionalidade compatível com a cultura romano-germânica, atribuindo a um órgão especializado, a que denominou de Tribunal Constitucional, a fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis, como um poderoso instrumento de fortalecimento da democracia, já que a simples menção de recorrer ao Tribunal poderia consistir, nas mãos da minoria, o meio idôneo para impedir a ditadura da maioria. (PEREZ ROYO, Javier, 1988, p. 42-43).

Por sua vez, contrariando à idéia de Kelsen, de atribuir ao Tribunal Constitucional a função de guardião da Constituição, ficou célebre a polêmica levantada por Carl Schmitt, quando lançou, em 1931, "A defesa da Constituição", sendo veementemente rebatido por Kelsen no livro "Quem deve ser o defensor da Constituição?".

Os dois mestres do direito público germânico concordavam que o ambiente político ocidental do século XX exigia um defensor da Constituição. Schmitt, contudo, entendia que essa função deveria caber exclusivamente ao chefe de Estado da Constituição de Weimar, inclusive porque eleito diretamente pelo povo inteiro. Outorgar essa função a um Tribunal Constitucional implicaria em politização do poder judiciário.

Kelsen replicou, mas não discordando que o Chefe de Estado pudesse agir como defensor da Constituição. Discordava da idéia de que ele fosse o único. Como outro ponto de superação às objeções de Schmitt, Kelsen dizia que o Tribunal Constitucional não deveria integrar o poder judiciário, mas constituir-se em um poder político independente de todos os demais poderes. E, como não via diferença entre legislação e aplicação do direito, não seria absurdo denominar a função desse Tribunal de jurisdição. O que realmente destruiria a democracia seria entregar o poder de defender a Constituição unicamente a um Chefe de Estado, que, pelo menos na prática da Constituição de Weimar, nada mais tem de poder neutro, pois cada vez mais, domina a política da República.

Ambos os mestres, todavia, concordavam num aspecto: atribuir a função de guarda da Constituição ao Poder Judiciário implicaria numa politização ruinosa desse Poder e ao próprio Estado de direito, pois o Judiciário estaria assumindo uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o Parlamento e com o Executivo, conclusão essa que, modernamente, é corroborada por quase todos os constitucionalistas ocidentais.⁹

Dessa forma, como se pode observar, sem dúvida houve no pensamento constitucional brasileiro profundas reflexões acerca de temas que também permearam o pensamento constitucional europeu e americano, e que o nosso sistema jurídico incorporou, de fato, muitas das idéias desse último, o que justifica, em grande parte, a crise que aqui se verifica atualmente no tocante ao agenciamento dos poderes republicanos.

4 CONCLUSÕES

Pode-se concluir, com estas digressões, que o tema da separação de poderes foi merecedor de muitos debates no pensamento político brasileiro, e que se não lhe pode imputar a originalidade, ao menos revela que havia na elite política do Império e da República presidencial a preocupação com a contenção do exercício do poder, por vezes visando a democracia, por outras, o arbítrio, como a nossa história constitucional conheceu.

⁹ Nesse sentido, v. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1992, p. 160.

E com a experiência inovadora do Poder Moderador, pode-se constatar que a busca pela adoção da teoria de Montesquieu atingiu seu ápice, sendo também interessante verificar que a polêmica em torno da titularidade desse poder tinha por centro a busca pela neutralidade, no caso, por uma instância infalível, fundada na crença das virtudes inabaláveis do Imperador, resultante da influência da doutrina católica que ainda domina a época.

Com efeito, interessante é o legado de que a confiança do exercício desse poder, que seria a instância máxima e suprema da nação, não deveria ser confiada a qualquer dos outros poderes, mas sim a um quarto poder, que não pertenceria à estrutura de qualquer dos demais, o que remete às discussões a respeito da necessidade da adoção do Tribunal constitucional no Brasil, como instância capaz de superar o crescente avanço do Judiciário sobre os demais poderes da República.

Essa crise, por certo, não se resolverá com mudanças na organização judiciária em si mesma nem com mudanças no aparato processual, ou mesmo com a multiplicação dos quadros. O caso requer uma reformulação da teoria da separação dos poderes, superando a tradicional concepção da divisão tripartida, como há muito tempo já se verificou na Europa continental e até mesmo em épocas passadas da realidade brasileira.

Nesse ponto, o constituinte brasileiro de 1988 perdeu, portanto, uma grande oportunidade ao manter intocado o agenciamento clássico de poderes, na visão tripartida. E o que foi mais grave: entregou a delicada função juspolítica de guarda da Constituição, que exige um Tribunal Constitucional, aos órgãos judiciários, no que resultou uma maior politização do poder judiciário brasileiro e sua crescente invasão sobre as competências dos outros poderes, especialmente o Legislativo. A quem, então, deve ser atribuída a função de guarda da Constituição? Ao Chefe do Executivo, pelas razões já expostas por Kelsen, na superação da polêmica com Schmitt, seria impensável, uma vez que o Executivo viraria um superpoder partidário-ideológico. Ao Legislativo também não, haja vista que inviabilizaria o controle da constitucionalidade das leis.

A solução, pelo menos para os fins destas reflexões, está na adoção do Tribunal Constitucional, pois ele expressa o consenso democrático em torno dos valores fundamentais (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, 1992, p. 178, 180, 186-188,193-195), bem como das regras procedimentais sobre a organização política e a separação dos poderes, sendo, portanto a instância de poder que mais legitimamente é capaz de proteger os direitos fundamentais frente ao poder público e à sociedade em geral (ROCHA, José de Albuquerque, 1995, p. 79).

A proteção desses direitos, por serem de alto teor de politicidade, não se coaduna com o Poder judiciário, notadamente na via do controle difuso, pois importa, como já é inegável, numa politização dramática da vida jurídica que começa a sentir os primeiros impactos no sentido de constatar sua aptidão para inviabilizar a estabilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro.

Já o Tribunal Constitucional, como instituição especializada e concentrada

do controle de constitucionalidade, independente dos demais poderes e fruto da composição da vontade democrática, permitiria efetivar a proteção dos direitos fundamentais sem os riscos de politizar a instância judicial ordinária, como acontece no Brasil nos dias atuais.

E, nessa situação, como já dizia Guizot, “*a política não tem nada a ganhar e, a Justiça, tudo a perder*”.¹⁰

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: La politique et l'histoire*. Presses Universitaires de France, 1959.

BARRETO, Tobias. *A questão do poder moderador*. In Estudos de Direito. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle constitucional das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *A democratização do poder judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

CHARTIER, Roger. *Les origines culturelles de la Révolution française*. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle, avec Introduction e notes*. 2. ed. Traduit par Edouard Laboulaye. Paris: Guillamin, 1872.

_____. *Princípios de Política aplicáveis a todos os governos*. Trad. joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks editora, 2007.

DAVI, René. *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. 3. ed. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DUBOCHET, Paul. *De Montesquieu le moderne à Rousseau l'ancien. La démocratie et la république en question*. Paris: L'Harmattan, 2001.

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1992.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *El Tribunal Constitucional*. Elcane: Editorial Arazandi, 2000.

JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

¹⁰ *Apud Carl Schmitt, in La Defensa de la Constitución*. Madrid: Labor, 1931, p. 48.

- HAMILTON, Madison e Jay. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MEDEIROS, Antonio A. Borges de. Ed. fac-sim. *O Poder Moderador na República Presidencial. Coleção Histórica Constitucional Brasileira*. Brasília: Senado Federal, 2004.
- PARIENTE, Alan. *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*. Paris: Dalloz, 2007.
- PEREZ ROYO, Javier. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid, Tecnos, 1988.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Labor, 1931.
- SIEYÈS. *Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Aguilar, 1973.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder – uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memoria Jurídica, 2002.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *L'Ancien Régime et la Révolution*. Paris: Gallimard, 1967.
- URUGUAI, Visconde. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- WALCKENAER, M. C.A. *Ouvres Complètes de Montesquieu*. Paris: Firmin-Didot, 1877.