

A teoria da tripartição dos poderes no âmbito dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos pátrios

André Pinto de Souza Oliveira*

1. Interpretações doutrinárias à Teoria da Tripartição dos Poderes, de Montesquieu

Sustentáculo ideológico da filosofia política liberal, a Teoria da Tripartição dos Poderes postula a necessidade da criação de *freios e contrapesos* que controlem o exercício do poder político e limitam o ímpeto absolutista-centralizador. Uma resposta ao Antigo Regime, a célebre teoria desenvolvida e sustentada por Montesquieu tornou-se base do Estado Liberal, baseado na ampla proteção das liberdades e no enaltecimento dos valores democráticos. As Constituições liberais francesas de 1789, 1795 e 1848, bem com a Constituição norte-americana de 1787 aplicam e prevêm o princípio, materializando-o juridicamente. Na célebre passagem do "Espírito das Leis", diz Montesquieu:

Tout seroit perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers (1).

Como ensinado por José Alfredo de Oliveira Baracho, "a teoria rígida e inflexível não está no próprio Montesquieu, mas em muitos de seus intérpretes que lhe deram contornos rigorosos."(2). O célebre professor ressalta, ainda, que "a expressão 'separação de poderes' não foi empregada uma vez sequer por Montesquieu [...]", defensor não da rígida cisão, mas sim "da colaboração constante e íntima dos poderes". No entanto, Carré de Malberg, citado por Baracho, expõe pensamento segundo o qual a idéia da separação dos poderes, apesar de não referida terminologicamente por Montesquieu, emana do conjunto da obra (3).

Guilhon Albuquerque, aludindo às errôneas interpretações da doutrina, ressalta que "seria curioso buscar a separação e independência entre legislativo e executivo justamente no regime britânico", no qual Montesquieu desenvolveu sua teoria. "Montesquieu ressalta, aliás, a interpenetração de funções judiciárias, legislativas e executivas. Basta lembrar a prerrogativa de julgamento pelos pares nos casos de crimes políticos para perceber que a separação total não é necessária nem conveniente." (4). Segundo Albuquerque,

Montesquieu mostra claramente que há uma imbricação de funções e uma interdependência entre o executivo, o legislativo e o judiciário. A separação de poderes da teoria de Montesquieu teria, portanto, outra significação. Trata-se [...] de assegurar a existência de um poder que seja capaz de controlar outro poder [...]. É um problema

político, de *correlação de forças*, e não um problema jurídico-administrativo de organização de funções (5).

Faz-se mister ressaltar a condenação, por parte de Montesquieu, da completa reunião dos poderes de Estado, pois "que s'il n'y avoit point de monarque, et que la puissance exécutrice fût confiée à un certain nombre de personnes tirées du Corps législatif, il n'y auroit plus de liberté, parce que les deux puissances seront unies [...]" (6). Ademais, em outro trecho do capítulo VI, livro XI, referente à Constituição inglesa, diz o célebre filósofo que "se o poder executivo não tivesse o direito de refrear as ações do corpo legislativo, este seria despótico; pois, ao atribuir-se todo o poder que possa imaginar, aniquilaria todos os outros poderes". A interpenetração dos órgãos estatais e o sistema de freios e contrapesos, na referida passagem, é patente.

Carré de Malberg, ao caracterizar a teoria separatista, doutrina:

La forma en que Montesquieu presenta su teoría separatista implica que cree hallar en el Estado tres potestades diferentes [...] iguales, independientes y autónomas en sus relaciones de unas con otras. A su vez, las tres clases de autoridades que corresponden a esta división tripartita de la potestad del Estado constituyen orgánicamente tres grandes poderes yuxtapuestos e iguales, en el sentido de que cada una de ellas posee una parte especial y diferente de la potestad estatal, así como tiene cada una de ellas su esfera de acción propia [...] (7).

Coube a Malberg uma das mais intensas críticas à obra iluminista. Segundo o autor, a tripartição dos poderes é inadmissível e inconcebível, dada a unidade da soberania estatal. Nesses aspectos, admite a separação das funções, não absoluta, mas não do poder, uno por excelência. Loewenstein, citado por Baracho, afirma, na mesma esteira, que é preferível a expressão "separação das funções" à errônea "separação dos poderes", muito embora esta tenha sido cristalizada pela história (8). Nos mesmos aspectos, Del Vecchio. Aqui, concebe-se, de fato, uma nítida preocupação com o aspecto terminológico, sendo válida a distinção entre função e poder. A primeira refere-se a uma dada atividade, estando a noção de "poder" assentada em parâmetro orgânico-subjetivos.

As funções executiva, legislativa e jurisdicional, de fato, são exercidas, cumulativamente, em maior ou menor grau pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Fala-se em função típica quando esta é própria, mas não exclusiva de uma dada potestade. O Poder Executivo, ao expedir medidas provisórias, leis delegadas, ou ao participar do processo legislativo, assim como o Poder Judiciário, ao estabelecer regimentos internos, exercem, atipicamente, função predominante do Poder Legislativo, qual seja, legislar. Já dizia Montesquieu que "o poder executivo [...] deve participar da legislação pela faculdade de vetar [...]" (9). Os Poderes Judiciário e Legislativo, por sua vez, praticam atividades administrativas quando, por exemplo, dispõem sobre suas respectivas organizações, provimentos de cargos e órgãos secretariais. A função jurisdicional, típica do Poder Judiciário, é exercida pelo Poder Legislativo quando o

"[...] Senado processa e julga o Presidente da República por crime de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com

aqueles, ou quando processa e julga os Ministros do STF, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (art.52, incisos I e II, da Constituição)." (10).

Certamente, a separação ou divisão das funções não é e não deve ser absoluta. O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos que, *a priori*, representaria uma injustificada ingerência do Poder Judiciário em matéria legislativa, possibilita, de fato, a proteção da ordem jurídico-constitucional, na qual se inserem inúmeros direitos fundamentais. O juiz não é um "escravo da lei", e ainda que pesem as considerações doutrinárias segundo as quais Montesquieu não esboçou, no *De l'esprit de lois*, uma separação rígida dos poderes de Estado, Bobbio refere-se à necessária reprodução fiel da lei pelas decisões judiciais como postulado essencial da teoria montesquieniana (11). Do contrário, "[...] o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e o próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador." (12).

Segundo Rosah Russomano,

Esta divisão funcional [...] não implica, porém, como sabemos, a rigorosa especialização de funções, como, aliás, especialização rigorosa não houve sequer na própria teoria de Montesquieu, a qual permitiu, v.g., a interferência do Executivo no processo de elaboração da lei (veto) (13).

Em tal seara, cita-se, ainda, a possibilidade de análise da moralidade administrativa pelo Poder Judiciário, mediante ação popular (artigo 5º, inc. LXXIII, CF), representando um controle jurisdicional da Administração Pública.

2. A pretensa ilegitimidade do controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF)

Até a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) era legitimado e competente em matéria de leis federal e constitucional. Com o advento da atual Constituição brasileira, o Pretório Excelso passou a portar-se como intérprete e defensor das normas fundamentais, apenas, transferindo para o novel Superior Tribunal de Justiça (STJ) a tarefa de interpretação da lei federal.

Como salienta Nelson Nery Junior, aludindo às propostas e discussões na Assembléia Nacional Constituinte,

A idéia era transformar o STF em tribunal máximo para a interpretação da lei federal, e criar-se a Corte Constitucional como tribunal máximo para a interpretação da Constituição. O STF perderia sua preeminência no quadro constitucional do país e seus ministros teriam sua função e sua importância diminuídas. Venceu a tese da manutenção do

STF como Corte quase que exclusivamente constitucional, afastando-se a idéia da criação de uma nova Corte Constitucional (14).

Na Alemanha, diferentemente, o *Parlamentarischer Rat* (Assembléia Constitucional) optou pela instituição de uma Corte Constitucional (o *Bundesverfassungsgericht*), que "não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias", mas, "ao revés, desempenha uma função especial – a *jurisdição constitucional* (15).

A legitimidade do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Pretório Excelso pátrio é questionada pelo doutrinador da Escola Paulista, ao dizer que

[...] o perfil constitucional de nosso Tribunal Federal Constitucional não se nos afigura o melhor, porquanto carece de legitimidade para apreciar, em último e definitivo grau, as questões constitucionais que lhe são submetidas, já que é órgão do Poder Judiciário, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República sem critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes (16).

Nery apenas macula a fiscalização concentrada exercida pelo Supremo Tribunal Federal, pois "[...] é legítimo o controle concreto da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário dentro do exercício constitucional e legítimo de resolver conflitos [...]" (17). De fato, a supramencionada crítica ao sistema jurídico-constitucional brasileiro assenta-se sobremaneira na definição da natureza da Justiça Constitucional. Segundo José Alfredo Oliveira Baracho, há doutrinadores que a situam no âmbito legislativo, jurisdicional ou administrativo. Hans Kelsen, por exemplo, assim como Calamandrei, concebia a atividade do Tribunal Constitucional austríaco como legislativa ("Gesetzgebung" ou, pelo menos, "negative Gesetzgebung"), pois a declaração de inconstitucionalidade de dada espécie normativa levava à sua retirada do ordenamento jurídico, conseqüentemente inovado, haja vista a aplicabilidade dos efeitos *erga omnes* da decisão. Como ensinado por Baracho, "chega-se a aceitar que [...] a Corte Constitucional deve ser considerada como 'órgão constitucional', que está fora e acima da clássica tripartição dos poderes do Estado" (18). É inegável, portanto, a inclinação doutrinária de Nery para a concepção segundo a qual os Tribunais Constitucionais são "órgãos de todos os Poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão do Poder Judiciário e nem se situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo" (19).

Em uma primeira perspectiva, a criação de uma Corte Constitucional propiciaria a observância do postulado da independência e harmonia entre os Poderes de Estado. No entanto, se considerarmos tal tribunal um quarto Poder, a ingerência, materialmente, verificar-se-ia, levando, indubitavelmente, ao desrespeito dos princípios arquitetados por Montesquieu, segundo, conforme visto, uma rígida interpretação doutrinária de sua célebre teoria. Assim, embora não se situasse nos quadros do Poder Judiciário, evitando a preponderância deste em relação ao Poder Executivo, o Tribunal Constitucional, como um poder autônomo, sobrepor-se-ia aos demais, tornando-se, também, *ilegítimo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. 9.ed. Paris: Librairie Garnier Frères, 1973. p.143.

(2) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.27.

(3) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.29-30 e p.34.

(4) ALBUQUERQUE, J.A. Guilhon. *Os clássicos da política*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.119. t.1.

(5) ALBUQUERQUE, J.A. Guilhon. *Os clássicos da política*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.119-120.

(6) MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. 9.ed. Paris: Librairie Garnier Frères, 1973. p.147. Diz a passagem que se não houvesse monarca, e o poder executivo fosse confiado a um certo número de pessoas extraídas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, dada a união dos dois poderes.

(7) MALBERG, Carré. *Teoría General del Estado*. 1.ed. México, 1948. p.757-758.

(8) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.47.

(9) MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Librairie Garnier Frères, 1973. t.1. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. In *Os clássicos da política*. 13.ed. São Paulo: Editora Ática, 2004. p.180. t.1. Organizador: Francisco C. Weffort.

(10) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.71.

(11) "Mas os juízes da nação [...] não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor" (MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Librairie Garnier Frères, 1973. t.1. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. In *Os clássicos da política*. 13.ed. São Paulo: Editora Ática, 2004. p.180. t.1. Organizador: Francisco C. Weffort.

(12) BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

(13) RUSSOMANO, Rosah. *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1976. p.24.

(14) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.26. Cappelletti, por sua vez, aponta a importância da criação de uma Corte Constitucional, ao invés da transferência da atividade jurisdicional constitucional a órgãos judiciários já existentes. Fazendo menção à natureza eminentemente principiológica das normas constitucionais, diz que "[...] a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é, absolutamente, uma atividade que possa, sempre, julgar-se preparado sobretudo o juiz 'de carreira', amadurecido nas salas fechadas dos tribunais [...] é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, *lato sensu*, eqüitativa."

(CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.89.)

(15) MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.14-15.

(16) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.24.

(17) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.28.

(18) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.106.

(19) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.24.

* Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), bolsista de iniciação científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), aluno visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10337>

Acesso em: 3 de setembro de 2007