

THEMISTOCLES CAVALCANTI E OUTROS
5 Estudos da Fundação Getúlio Vargas
Instituto de Direito Público-1955

A DIVISÃO DE PODERES NO QUADRO POLÍTICO DA BURGUESIA

VICTOR NUNES LEAL

SUMÁRIO

- I - Natureza teleológica das construções políticas.
- II - Caráter instrumental da divisão de poderes.
- III - Princípios fundamentais do ideário político do *terceiro estado*.
- IV - Preocupação de MONTESQUIEU: defesa da liberdade.
- V - Freios e contrapesos: meio de garanti-la.
- VI - Estado débil, ideal da burguesia recém-triunfante.
- VII - Precaução contra o uso do estado em prol das reivindicações populares.
- VIII - Alteração da estrutura econômica e social: necessidade do estado ativo.
- IX - Desafio do nosso tempo.

I

(*) Em primeiro lugar, desejamos pôr em relêvo a natureza instrumental ou teleológica das construções políticas. Sem essa noção prévia não podemos compreender adequadamente nenhuma instituição política.

De outro lado, as instituições políticas formam uma superestrutura, que é condicionada pela estrutura econômica e social. Pode assumir essa superestrutura formas variadas em função da mesma estrutura econômica e social. Mas ambas não podem coexistir duramente em situação de conflito.

* Palestra pronunciada no auditório do Instituto de Direito Público e Ciência Política em 23 de agosto de 1954. As notas foram acrescentadas posteriormente.

A função da organização política é precisamente favorecer a realização das potencialidades do meio social correspondente. Nem sempre, porém, se observa isso. Às vezes a superestrutura política cerceia a evolução da sociedade, já que a evolução de uma e outra não se faz simultaneamente ou harmônicamente, não se processa com a mesma rapidez. O desenvolvimento — inclusive a mudança — das instituições políticas retarda-se quase sempre em relação à da estrutura econômica e social. Pode-se mesmo dizer que a superestrutura política é dotada de certa flexibilidade, em virtude da qual, embora solicitada pelo desenvolvimento mais rápido da sociedade, não obstante resiste à mudança, como peça elástica suporta determinada pressão. Se, entretanto (dentro de um período que é impossível determinar-se *a priori*), a essa pressão não corresponde uma reforma, é de se esperar que a tensão provoque uma ruptura na organização do estado, no sentido de um reajustamento das formas políticas às novas formas sociais e econômicas.¹

São as forças políticas que impulsionam a evolução do estado no sentido de ajustá-lo às mudanças que porventura tenham ocorrido no seio da sociedade. Essas forças políticas é que decidem da oportunidade da mudança, favorecida muitas vezes por circunstâncias fortuitas, ou retardada ineptamente até o momento da transformação violenta, levada a efeito por forças que nem sempre se encontram no primeiro plano.

A escolha do momento propício para a mudança (pacífica ou violenta) é muito mais um problema de intuição política do que de ciência política. Dificilmente a ciência política poderá dispor de todos os elementos necessários para prever em que momento está a situação madura para a reforma ou para a ruptura, se bem que certas indicações da máxima importância possam ser colhidas pelos cientistas políticos, e isso tem sido feito em toda parte. Mas o momento verdadeiramente adequado, nem prematuro, nem tardio, é captado antes pela experiência dos chefes das correntes políticas do que propriamente pela meditação dos homens de gabinete, que estão mais distantes dos fatos. Sob certos aspectos, porém, esse distanciamento favorece o acerto da análise.

¹ "A alternativa da reforma é sempre a revolução" (HAROLD J. LASKY, *El Estado en la Teoría y en la Práctica*, trad. de VICENTE HERRERO, Madrid, 1936, pág. 143).

II

O problema que nos ocupa (divisão de poderes) não foge à regra da natureza instrumental das instituições políticas; é, ao contrário, um exemplo elucidativo dessa concepção básica. Nem foi por outra razão que o formulador mais completo e sistemático da doutrina da divisão dos poderes — MONTESQUIEU — alcançou no seu tempo, e mesmo depois da sua morte, tão grande favor da parte do público, especialmente dos teóricos políticos e dos homens de estado.

MONTESQUIEU viveu de 1689 a 1755. Sua grande obra — *Do Espírito das Leis* — foi publicada em 1748, e escrita durante longos 20 anos. A aceitação desse livro chegou a ser um acontecimento social. Era de bom tom na sociedade francesa ter lido MONTESQUIEU.² E foi apenas em um capítulo do livro que ele desenvolveu a doutrina que levaria seu nome por toda parte, o capítulo VI do livro XI. Em virtude desse capítulo, onde enuncia e justifica a teoria da divisão de poderes, também chamada de *separação de poderes* (problema a que o autor se referia como sendo de “distribuição dos poderes”), é que MONTESQUIEU foi inscrito definitivamente na galeria dos grandes escritores políticos.

Seu prestígio junto aos organizadores políticos da época era tal que o sociólogo FRANCISCO AYALA assim se refere a MONTESQUIEU: “Foi o máximo teorizador e pai indiscutível do Estado constitucional liberal”.³ E JAMES BRYCE disse que ele foi o *oráculo* dos convencionais de Filadélfia, dos homens que fizeram a Constituição norte-americana, em 1787.⁴

III

MONTESQUIEU só pode ser compreendido e interpretado dentro do quadro da revolução burguesa. A burguesia, como todos sabem, nos últimos tempos do *ancien régime*, havia adquirido grande importância, não só na vida econômica, senão também na vida social. Mas essa importância social e econômica não era acompanhada do correspondente *status* político. A burguesia era mantida afastada dos postos políticos.

² JEAN-JACQUES CHEVALLIER, *Les Grandes Oeuvres Politiques*, Paris, 1950, págs. 138 ss.

³ FRANCISCO AYALA, *El Problema del Liberalismo*, México, 1941, pág. 32.

⁴ JAMES BRYCE, *La República Americana*, tomo I, 2.ª ed., 1911, pág. 55.

Em 1788, quando o monarca francês convocou os estados gerais, sob a pressão da opinião pública, surgiram numerosos trabalhos escritos, inúmeros panfletos, reivindicando para o *terceiro estado*, que era a burguesia (os outros dois, como se sabe, eram a nobreza e o clero), reivindicando para o terceiro estado uma posição compatível com a sua importância econômica e social. Destas obras, a que grangeou maior prestígio, a que exerceu mais influência no seu tempo, foi o opúsculo do Abade SIEYÈS — *Que é o Terceiro Estado?* Neste livrinho sustentava que o terceiro estado era *tudo*, por sua atuação na vida econômica e social; não era *nada* na vida política, e aspirava a ser *alguma coisa*.⁵

Esse slogan — “tudo, nada, alguma coisa” — teve efeito extraordinário na agitação que precedeu à revolução francesa de 1789. Embora atendidas algumas reivindicações da burguesia, por ocasião da convocação dos estados gerais, realizou-se afinal uma predição de SIEYÈS, que era um espírito bem dotado para formulações breves, expressivas e contundentes. Referimo-nos ao papel que ele indicou, por antecipação, para o terceiro estado: o de se transformar em assembléia constituinte, reunindo-se os seus representantes à parte dos da nobreza e do clero, para reorganizarem o estado.

Foi na base dessa formulação, dessa doutrinação, que o Abade SIEYÈS defendeu, com grande vigor, o poder constituinte do povo, ou da nação, isto é, o poder constituinte da burguesia, pois o terceiro estado se identificava a si mesmo com a nação, julgava-se possuidor de todos os atributos necessários para dirigir a vida nacional, já que considerava estarem nos seus ombros todas as tarefas mais importantes, na vida econômica e social do país.

Essa identificação de si mesma com a nação dava à burguesia, ao mesmo tempo, consciência da sua importância e disposição de lutar pela sua ascensão política, pelear pela tomada do poder, pela direção efetiva dos negócios públicos.⁶

⁵ “O plano deste escrito é muito simples. Temos três questões a nos formular: — 1.ª) Que é o terceiro estado? Tudo. 2.ª) Que tem sido até o presente na ordem política? Nada. — 3.ª) Que pretende? Tornar-se alguma coisa” (*apud* CHEVALLIER, ob. cit., pág. 176).

⁶ “A grande força revolucionária da burguesia, o princípio da sua energia moral, radicava na sua convicção de ser ela própria idêntica à nação. Esta convicção é para a democracia burguesa o equivalente do conteúdo de consciência a que corresponde, para a Monarquia absoluta, a repetida frase de Luís XIV: “L’État, c’est moi”. F. AYALA, *Los Políticos* (“El abade Sieyès, Verbo del Tercer Estado”), B. Aires, 1944, pág. 72, nota.

Com a vitória da burguesia (não preciso rememorar os episódios conhecidos da Revolução Francesa) instaurou-se na França o *estado liberal*, que passou por várias vicissitudes, também conhecidas do seletor auditório. Antes disso, já havia a revolução burguesa desempenhado o seu papel na Inglaterra, em 1688 (sem esquecer a revolução puritana), e nos Estados Unidos, por ocasião da independência (1766/1787).

O grande problema do estado liberal, organizado pela burguesia vitoriosa, é o problema da liberdade. Na frase do Prof. AYALA: "Liberdade da pessoa individual em face do poder público! Este é o traço decisivo que caracteriza o Estado liberal, qualquer que seja a estrutura política de seu govêrno".⁷

Os pontos principais do ideário liberal podem ser resumidos nos seguintes:

Em primeiro lugar, o poder constituinte do povo, já mencionado, isto é, a faculdade que tem a nação, por direito imanente à condição humana dos seus componentes, de se organizar politicamente, haurindo o seu poder político de si mesma e não por delegação de qualquer outra fonte de poder.

O segundo ponto — indissolúvelmente ligado ao primeiro — é a proclamação dos direitos do homem e do cidadão. De acôrdo com a doutrina racionalista, êsses direitos individuais são concebidos como naturais, inalienáveis, imprescritíveis; inerentes à natureza humana. E os governos só se constituíam e só deveriam subsistir para salvaguarda daqueles direitos inalienáveis.

A declaração dos direitos de 1789, no seu art. 2.º, foi enfática a êsse respeito: "O fim de tãda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Êstes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

Na parte final do dispositivo (resistência à opressão), consagra-se o direito de mudar o govêrno, de substituir os governantes. E êsse direito, na declaração de 1793, foi transformado em dever: "Quando o govêrno viola os direitos do povo, a insurreição é para o povo e para cada porção do povo o mais sagrado e o mais indispensável dos deveres" (art. 35).

⁷ *El Problema del Liberalismo*, pág. 14.

Tãda a organização política deveria existir, portanto, em função dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. E entre êsses direitos foram estipulados, da maneira mais categórica, o direito de propriedade e a liberdade, incluindo a liberdade econômica, a plena iniciativa no domínio econômico. Êsses dois direitos eram essenciais à classe burguesa, eram a sua própria razão de existir como classe social.

Foi mais expressiva a declaração de direitos e deveres do ano III: "É sãbre a manutenção das propriedades que repousam a cultura das terras, tãdas as produções, todos os meios de trabalho e tãda a ordem social" (art. 8.º). Vemos, assim, de acôrdo com o ideário burguês, que tãda a ordem social repousava sãbre a manutenção das propriedades. E o art. 9.º da mesma declaração impunha a todo cidadão o dever de acorrer em defesa da liberdade, da igualdade e da propriedade tãdas as vêzes que a lei o chamasse ao desempenho dessa tarefa.

Não podia haver, portanto, formulação mais eloqüente dos direitos fundamentais da burguesia. Contudo, mais eficaz do que essas declarações solenes era a inserção dêsses direitos na Constituição. A Constituição foi declarada, por isso mesmo, um texto de categoria superior ao das leis ordinárias, e que não podia ser mudado pelo mesmo processo de elaboração daquelas leis. Formalidades mais complexas, mais difíceis eram necessárias para se alterar a Constituição. A inscrição dos direitos do homem e do cidadão (entre os quais, insista-se, estavam a propriedade e a liberdade econômica) no texto da Constituição, *colocava-os, portanto, acima dos poderes da legislatura ordinária*.

A êste aspecto do problema — que é da máxima importância — voltaremos mais adiante. Por ora, basta observar que distinguir o poder legislativo do constituinte e estipular os direitos do homem no texto constitucional eram pontos relevantes no programa de organização política da burguesia.

Outro instrumento adequado a dar maior garantia àqueles direitos foi o mecanismo — ideado pela primeira vez nos Estados Unidos — do contrãle judicial da constitucionalidade das leis, isto é, o poder dado ao judiciário de negar aplicação a uma lei infringente da Constituição, ou seja, a uma lei que porventura violasse qualquer daqueles

direitos fundamentais, entre os quais se incluíam os direitos indispensáveis à prosperidade da burguesia.

Contudo, mais importante ainda, do ponto de vista dos interesses da burguesia, foi a teoria de organização do estado, traduzida na fórmula da divisão dos poderes. A declaração de 89 incluiu esse princípio de organização entre os direitos do homem e do cidadão: "Qualquer sociedade, em que não é assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição" (art. 16). E o Prof. HELLER, aludindo ao pensamento expresso nesse dispositivo, observa: "No século XIX considerava-se tão inconcusso este ideal constitucional que só uma constituição jurídica com divisão de poderes e que garantisse os direitos fundamentais era considerada verdadeira constituição, ou simplesmente constituição".⁸

IV

MONTESQUIEU, o grande sistematizador da doutrina, inspirou-se no exemplo inglês. Nem sempre, porém, descreveu fielmente as instituições britânicas da época. Racionalizou sobre elas, utilizou as idéias de alguns pensadores políticos ingleses e com esses ingredientes formulou uma doutrina, no seu pensamento, de validade universal.

Escreveu êle nos anos que precederam a 1748, quando deu a lume sua famosa obra. A êsse tempo não existia na Inglaterra o parlamentarismo, não obstante o grande prestígio do parlamento a partir de 1688. O que havia eram duas câmaras (uma dos nobres, outra de origem burguesa), um rei inviolável (e irresponsável) e ministros (conselheiros) responsáveis, não política, mas só criminalmente, perante o Parlamento. Pois foi precisamente nesse exemplo, nessa estrutura, que se inspirou MONTESQUIEU. E êle não se limitou a louvar as instituições inglesas, mas apresentou-as, já racionalizadas pela sua doutrina, como as mais apropriadas para a defesa da liberdade humana.⁹

⁸ HERMANN HELLER, *Teoria del Estado*, versão espanhola de Luis Tobio, México, 1942, pág. 303.

⁹ Observa CHEVALLIER (ob. cit., p. 126), a respeito do veto real, que MONTESQUIEU recomendava: "... desde 1709, quando a rainha ANA dêle ainda se serviu, o veto estava morto: morto como a rainha ANA. MONTESQUIEU ignora êste fato, ou não o leva em conta".

Como observa SAMPAY, muito influenciou o pensamento de MONTESQUIEU a obra do Visconde de BOLINGBROCKE (1734, 1735, 1738), que completava a teoria da divisão de poderes de JOHN LOCKE. Para LOCKE os poderes não deviam equilibrar-se em pé de igualdade: o legislativo teria preponderância sobre o executivo. BOLINGBROCKE construiu, entretanto, uma doutrina do *equilíbrio de poderes*. É de se ver, portanto, que êsses dois pensamentos — a divisão de poderes e o equilíbrio de poderes — dariam a MONTESQUIEU a chave da sua obra, da sua construção doutrinária.¹⁰

Para MONTESQUIEU, êsse equilíbrio dos poderes era essencial à salvaguarda da liberdade humana. Aqui se vê, nitidamente, na própria formulação do autor, o caráter instrumental da doutrina da divisão de poderes, que não existiria por si só, como se fôsse o fim de si mesma, porém apenas como instrumento de realização, de proteção, de garantia da liberdade humana. Disse MONTESQUIEU: "Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca, ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tirânicamente. Não haverá também liberdade, se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo". Está, pois, claramente definido, nesse trecho, o caráter instrumental da doutrina. Sua finalidade era garantir a liberdade da pessoa humana.

Sobre a posição do parlamento esclarece GEORGE H. SABINE, *História de la Teoría Política*, trad. de VICENTE HERRERO, México, 1945, pág. 533:

"Na realidade, as guerras civis haviam destruído os vestígios de medievalismo que tornavam apropriado qualificar de mista à forma de governo da Inglaterra, e a Revolução de 1688 tinha estabelecido a supremacia do parlamento. É certo que, quando MONTESQUIEU visitou a Inglaterra, não se havia fixado com muita clareza a posição do gabinete, mas ninguém, que se baseasse na observação independente, teria escolhido a separação de poderes como característica distintiva da constituição inglesa. Mas MONTESQUIEU não se apoiava na observação. LOCKE e HARRINGTON lhe haviam ensinado o que devia esperar, e, além disso, adotou o mito corrente entre os próprios ingleses..."

... Até à crítica que BENTHAM fez de BLACKSTONE no *Fragment on Government* (1776), não se atacou efetivamente a separação de poderes".

¹⁰ ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La Crisis del Estado de Derecho Liberal-burgués*, B. Aires, 1942, págs. 75 e 76. "Segundo BOLINGBROCKE, conseguir-se-á um governo livre, se a Inglaterra recorrer a um *equilíbrio de poderes* entre o Monarca e seus súditos... É necessário chegar-se até MONTESQUIEU, que resume, completa e sistematiza LOCKE y BOLINGBROCKE, para se encontrar a verdadeira fórmula da moderna teoria da separação dos poderes, concretizada, depois, como peça principal do Estado de Direito liberal-burgués" (pág. 76).

Segundo ESMEIN, um clássico da teoria do estado, o princípio da separação dos poderes "supõe necessariamente o governo representativo; e, reduzido à sua mais simples expressão, consiste nesta idéia: que os atributos da soberania considerados como verdadeiramente distintos devem ser delegados pela nação a titulares diversos e independentes uns dos outros".¹¹

Isto significa que cada uma das funções específicas do estado — a legislativa, a executiva e a judiciária — deveria ser atribuída a órgão distinto. Todavia, nem LOCKE, nem MONTESQUIEU, como observa KRANENBURG (e muito menos os escritores mais antigos), definiram ou distinguiram claramente os conceitos de função e de órgão: usaram o conceito unitário de poder, que tanto significava a função, como o órgão.¹² E MONTESQUIEU não perdia de vista as "três forças concretas, cuja componente faz o governo inglês: povo, nobreza, monarca".¹³ No seu pensamento, entretanto, estava claro (pelo menos na primeira parte do capítulo VI do livro XI) que a cada órgão deveria corresponder uma das três funções específicas do estado. A reunião destas funções em um só órgão seria um descalabro. "Tudo estaria perdido — disse êle — se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse êsses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as disputas dos particulares".

V

Vemos, assim, na primeira parte da formulação da sua doutrina, coerência lógica: uma função para cada órgão, cada órgão incumbido de uma função. O desenvolvimento lógico desta primeira formulação levaria ao monopólio de cada função por parte de cada órgão. O órgão legislativo, assim, teria o monopólio da função legislativa. E, como fazer leis (estabelecer as normas de conduta dos cidadãos e normas de ação para o próprio estado) é a função mais importante, a consequência fatal seria o predomínio do poder legislativo, se a doutrina fôsse desenvolvida nas suas consequências lógicas.¹⁴ Passou,

¹¹ A. ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 8.ª ed., tomo I, Paris, 1927, pág. 493.

¹² R. KRANENBURG, *Teoria Política*, versão de JUAN BAZANT, México, 1941, pág. 51.

¹³ CHEVALLIER, ob. cit., pág. 122.

¹⁴ Esta conclusão está expressa em LOCKE. Vd. SAMPAY, ob. cit., pág. 75.

porém, MONTESQUIEU, na segunda parte do capítulo a que nos referimos, a desenvolver uma doutrina que está em contradição com a da primeira parte; com efeito, o que fez êle, em seguida, foi enunciar a concepção dos freios e contrapesos, doutrina segundo a qual não deveria cada função ser totalmente confiada a cada órgão, mas as diferentes funções do estado deveriam ser distribuídas de tal modo que os diversos órgãos participassem, em medida variável, do exercício daquelas funções, para que cada um pudesse impedir os eventuais abusos dos outros.

Não era, pois, MONTESQUIEU, nesta passagem, de rigor lógico; não obedecia a um raciocínio dedutivo, mas cedia ao imperativo de um raciocínio puramente finalístico, preocupado com os seus objetivos e não com as premissas da argumentação.

Freqüentemente ocorre na história política e na história do pensamento humano que duas doutrinas, inconciliáveis do ponto de vista lógico, se harmonizam na aplicação, ou na ação, porque ambas, em determinadas circunstâncias, podem conduzir a um mesmo resultado, e em política o que se busca, acima de tudo, são resultados. O cenário político não é uma academia de ciência social: é um campo de ação. E o homem de ação, olhos fitos no resultado, nem sempre se preocupa com a coerência, ou, pelo menos, não permite que ela o afaste do seu escôpo.

MONTESQUIEU, na segunda parte da sua doutrina, empenhado em contrapor os diversos órgãos do estado, uns aos outros, chegou a construir, racionalizando sobre o modelo inglês, um sistema que se pode dizer perfeito dentro desse ideário.

Pensou, em primeiro lugar, num órgão legislativo composto de duas câmaras: uma representativa das pessoas distintas pelo seu nascimento, pela riqueza, ou pelas honrarias, e a outra representativa do povo, ou seja, da burguesia. Uma câmara dos nobres, portanto, hereditária; outra popular, eletiva. Cada uma, reunindo-se e deliberando em separado, e cada qual delas com o poder de vetar, isto é, de impedir que chegassem a bom termo as iniciativas da outra câmara. Vemos aí, portanto, o primeiro óbice levantado à atuação do poder legislativo: era necessária a conjugação do pensamento de duas câmaras de composição social diferente e cujos interesses, por isso mesmo, teriam de variar.

Em segundo lugar, deu ao executivo o poder de convocar o legislativo e determinar a duração das suas sessões. Essa prerrogativa seria perigosa, se pertencesse ao próprio legislativo. Refletiria MONTESQUIEU, ainda neste ponto, a experiência inglesa, especialmente o exemplo da Revolução Puritana, quando o parlamento se declarou em sessão permanente, grande momento da sua rebeldia, que culminou na decapitação do rei CARLOS I.¹⁵

MONTESQUIEU também dava ao Rei o poder de veto, o poder de impedir que os projetos aprovados no parlamento se transformassem em lei. "Se o poder executivo — dizia — não tiver o direito de vetar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico, porque, como poderá atribuir-se todo o poder que imaginar, anulará todos os outros poderes". Entretanto, dava ao legislativo o poder de controlar, *a posteriori*, a ação do executivo, isto é, "a faculdade de examinar de que maneira as leis que êle fêz são executadas".

Por outro lado, declarava a pessoa do monarca inviolável, mas entendia que os seus ministros deveriam responder criminalmente perante a parte nobre do poder legislativo. Não só os ministros, também os lordes deveriam ser julgados por seus pares, isto é, pela sua própria câmara. Assim, uma parte do legislativo desempenharia função judicial de grande importância. E MONTESQUIEU atribuía ainda à Câmara dos Lordes a função de "moderar a lei em favor da lei mesma, pronunciando-se menos rigorosamente do que ela", o que poderíamos traduzir como sendo uma jurisdição de equidade.

A Justiça, além dessas atribuições dos lordes, seria exercida por conselhos de jurados, de convocação temporária.

Aconselhava MONTESQUIEU também que os impostos e as forças armadas fôssem fixados anualmente, para que o rei não tivesse poder suficiente e duradouro que lhe permitisse dominar o parlamento.

Vemos neste quadro sumário (que os convencionais de Filadelfia, depois, aprimorariam de maneira genial na Constituição norte-americana) todo um sistema construído para impedir que o estado pudesse atuar pronta e eficientemente. O ideal era que o estado agisse pouco

¹⁵ "Depois da morte de STRAFFORD" (executado por decisão do Parlamento, em 12/5/1641), "CARLOS foi obrigado a aceitar uma limitação mais estrita dos seus poderes. Foi votado um projeto, em virtude do qual o parlamento não podia ser dissolvido, futuramente, sem seu próprio consentimento, e foi convertido em lei". (JOHN DRINKWATER, *La Vie de Cromwell*, trad. de ROGER GAUCHERON, 7.ª ed., Paris, 1929, pág. 111).

e morosamente, obrigado a transpor uma porção de obstáculos, até que a primeira sugestão de uma medida oficial pudesse converter-se em realidade.

E este sistema de freios e contrapesos se destinava a garantir a liberdade política. Na frase de MONTESQUIEU, "a liberdade política não se encontra senão nos governos moderados. Mas não existe sempre em todos os estados moderados; ela só existe onde não se abusa do poder... Para que se não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder" (*le pouvoir arrête le pouvoir*).

Esta é a mais conhecida formulação de MONTESQUIEU, porque neste passo êle exprimiu, em poucas palavras, toda a concepção dos freios e contrapesos. Doutrina logicamente inconciliável com a concepção da divisão de poderes, mas historicamente adaptada ao papel que tinha a desempenhar. E isso justifica o seu prestígio, explica por que foi êle erigido em oráculo do estado liberal.

VI

A burguesia, ao construir um estado dividido, peado, vagaroso, cuidou muito menos, segundo o Prof. AYALA, de assumir o poder do que de o conter. Nas suas próprias palavras, o empenho da burguesia, ao tomar o poder, consistiu, "não em consolidá-lo e robustecê-lo em suas mãos, passada a luta, para exercê-lo com plenitude, mas em cerceá-lo, debilitá-lo, corroê-lo, dividí-lo... Por isso, o esquema típico do estado liberal... seria uma monarquia adornada com os atributos do poder, mas mediatizada no seu exercício por uma representação parlamentar, em que a classe burguesa tornasse efetiva a sua influência sem assumir direta responsabilidade. A própria instituição em que procura abrigar-se — o parlamento — implica um mínimo de organização, e é mutável, não só por suas freqüentes renovações, mas também pelo seu movimento político interno. Em contraste com a rigidez das instituições tradicionais do estado — a Corôa, a Administração — representa (o parlamento) a flexibilidade viva do povo, representa a Sociedade".¹⁶

Esse tipo de estado era o que mais convinha à burguesia, porque essa classe estava em plena expansão e era requisito essencial do seu

¹⁶ *El Problema del Liberalismo*, págs. 25 e 24/25.

desenvolvimento progressivo a *liberdade econômica*. Desde que a liberdade em todos os sentidos fôsse garantida (incluída a liberdade econômica), e uma vez que a propriedade fôsse respeitada na sua integridade, ter-se-ia atingido o objetivo da sua luta, estaria realizado o ideal político e social da burguesia.

Pouco importava que a divisão de poderes, eventualmente, pudesse levar ao impasse. MONTESQUIEU previu esta situação. “Êstes três poderes, disse êle, deveriam conduzir ao repouso ou à inação, mas, como pelo movimento necessário das coisas são obrigados a agir, êles serão forçados a agir em harmonia” (*elles seront forcées d’aller de concert*). E HELLER, exprimindo o mesmo pensamento, observa: “nenhuma divisão de poderes de direito constitucional pode impedir que, num conflito insolúvel (por exemplo, entre o Governo e o parlamento), decida finalmente, por falta de uma unidade superior de ação, o poder praticamente mais forte, realizando, assim, a necessária unidade do poder do Estado”.¹⁷

Não só a formulação de MONTESQUIEU, a qual não foi suficientemente explicada, como também essa observação de HELLER, que acabamos de ler, supõem aquilo que estava na consciência de todo mundo, isto é, que os homens, que tomavam o poder, tinham interesses básicos comuns, sôbre os quais não controvertiam; em tudo quanto dissesse respeito aos interesses comuns da burguesia, haveria, segundo a expressão de MONTESQUIEU, “pelo movimento necessário das coisas”, um ajustamento entre os diversos poderes. Situações dessa natureza poderiam ser observadas, quando o estado burguês tomava disposições no sentido de eliminar os resíduos da nobreza, manter a escravidão, garantir o seu poder sôbre os assalariados, reforçar sua ação colonizadora no ultramar, etc. Em todos os problemas em que estavam envolvidos os interesses fundamentais da classe burguesa como um todo, a controvérsia sôbre êles afinal conduziria a um ponto de convergência, os três poderes acabariam por agir “*de concert*”.

VII

Embora o reconhecimento de interesses básicos praticamente indiscutíveis, não seria aconselhável construir-se um estado capaz

¹⁷ Ob. cit., págs. 287/8.

de atuar de maneira efetiva, rápida, decisiva, porque haveria o risco (e aí vamos encontrar um dos segredos de tôda essa estrutura), haveria o risco de que o estado viesse a cair nas mãos dos inimigos da classe burguesa. E os inimigos da burguesia, uma vez posta a nobreza fora de combate, viria a ser uma classe que mal nascia, que estava começando a aparecer, a classe dos assalariados. A êste respeito há uma frase de MADISON, que é muito ilustrativa. MADISON, um dos convencionais de Filadelfia, mais tarde presidente dos Estados Unidos, disse, com rude franqueza, na convenção de Filadelfia (franqueza perfeitamente explicável, por terem sido secretos os trabalhos da convenção, cujas atas só muito mais tarde se divulgaram): “Não podemos ainda ser considerados como um corpo homogêneo (referia-se aos EE.UU.), no qual tôdas as coisas que afetem a uma parte do mesmo afetem igualmente à sua totalidade. Ao construir um sistema que desejamos que dure para as idades futuras, não devemos perder de vista a mudança que essas idades trarão consigo. Um acréscimo de população aumentará necessariamente a proporção daqueles que terão que sofrer os embates da vida, desejando secretamente uma melhor repartição dos seus benefícios. É possível que, com o tempo, êstes superem os que se encontrem bem situados economicamente. *De acôrdo com as leis do sufrágio, o poder passará às mãos dos não possuidores...* E como havemos de nos preservar disto, baseando-nos em princípios republicanos? Como vamos poder prevenir o perigo em todos os casos de coalisões interessadas em oprimir a minoria que devemos defender?”¹⁸ Pedimos atenção para a frase final: “coalisões interessadas em oprimir a minoria que devemos defender”.

Tinha MADISON plena consciência de que o terceiro estado — a burguesia — que se identificava a si mesma com o povo, era uma minoria, sobretudo seria uma minoria com o correr dos tempos; mas, como se identificava com o povo e dessa identificação hauria tôda a fôrça da sua combatividade e o prestígio moral da sua pregação, a burguesia era levada a expressar formulações teóricas de validade universal, que serviriam, mais tarde, para justificar inclusive as reivindicações da massa popular, que não integrava a burguesia, e tinha,

¹⁸ Apud R.H.S. CROSSMAN, *Biografia del Estado Moderno*, trad. de J.A. FERNANDEZ DE CASTRO, México, 1941, págs. 99/100.

ao contrário, interesses opostos aos dela. Ao dizer que todos nascem iguais, que todos têm direitos inerentes à pessoa humana e que no rol desses direitos se inclui a propriedade, logicamente, coerentemente, se reconhecia a qualquer do povo o direito, a possibilidade, a expectativa de vir a ser proprietário.

O desenvolvimento, contudo, da sociedade liberal, capitalista, não daria, realmente, essa oportunidade a todo mundo: remanesceria sempre uma grande parcela da sociedade, que não chegaria a ascender a um nível social satisfatório. E essa grande massa social, cada vez mais numerosa, tenderia a apelar para o estado, no sentido de satisfazer, através dele, a sua reivindicação de participar, em escala mais ampla, dos benefícios da vida. Trataria, assim, através dos seus líderes próprios, de assaltar a cidadela do poder, dominar os órgãos do estado, *para fazer funcionar o governo em seu favor*. E essa expectativa, em princípio, poderia ser realizada através do mecanismo da representação, isto é, das eleições.

Precisamente para prevenir essa possibilidade é que o estado liberal foi construído com todas aquelas precauções. Se, eventualmente, as massas populares (adversas à burguesia, ou com pretensões contrárias aos *direitos* da burguesia) viessem a formar maioria em uma das casas do parlamento, restaria o obstáculo representado pela outra. E os convencionais de Filadélfia foram hábeis, ao criarem uma segunda câmara que, não podendo ser hereditária, fosse protegida, na sua composição, por um mandato mais longo (seis anos), em contraposição ao da Câmara dos Representantes, que era apenas de dois. Além disso, o Senado se renovaria apenas pelo terço em cada biênio: desse modo, cada vez que se mudasse a Câmara dos Representantes, ficariam ainda 2/3 do Senado a representarem, presumivelmente, o pensamento da situação pretérita, o que dá à câmara alta uma posição normalmente conservadora.¹⁹

Se, apesar disso, as reivindicações populares atravessassem as duas casas e não suscitassem o veto presidencial, ficando em condi-

¹⁹ "Em resumo, a convenção defrontou-se com o problema de procurar o substitutivo para assegurar a propriedade, que na Inglaterra estava garantida pelo acatamento popular à oligarquia governante. Em lugar da obediência tradicional à autoridade, de um povo sujeito, ofereceram um sistema de equilíbrios e freios tão intrincado que dificilmente se poderia filtrar através de suas malhas uma gota do sentimento popular" (CROSSMAN, ob. cit., pág. 100).

ções de serem transformadas em lei, esta lei não poderia atingir os direitos fundamentais da burguesia, os quais foram inscritos na Constituição, através das emendas aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791. Para alterar esses direitos seria necessário obedecer ao difícil e moroso formalismo da reforma constitucional. Se passasse na lei algum contrabando, para violar esses preceitos constitucionais, ali estaria, de alcatéia, a Corte Suprema, que foi dotada da prerrogativa de negar validade às leis inconstitucionais. E a atitude da Corte, que *construiu* essa doutrina, tem sido, notoriamente, conservadora.²⁰

Assim, para que as reivindicações populares pudessem eventualmente converter-se em lei válida, exequível, seria preciso transpor um sem-número de obstáculos. Não poderia haver, portanto, um estado mais bem estruturado para servir aos interesses da burguesia naquela fase histórica do que o estado liberal, com poderes divididos, segundo o sistema dos freios e contrapesos. MONTESQUIEU foi, sem dúvida, o grande construtor do liberalismo político, porque ele soube descrever essa forma de estado de maneira magistral.

Aí está, portanto, explicado o verdadeiro sentido sociológico da divisão de poderes. Era um sistema concebido menos para impedir as usurpações do executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça).

VIII

Não obstante, aquela sociedade, de que a burguesia era a expressão dominante, foi mudando, foi evoluindo. A liberdade econômica, direito fundamental, condição indispensável ao desenvolvimento da burguesia, foi suprimindo, gradativamente, a concorrência, foi gerando a concentração capitalista. Foi sendo, assim, transformada a base econômica do estado liberal; e agir, agir eficientemente passou a ser necessidade vital do estado, que já não podia continuar inativo.

²⁰ "... um presidente ativamente liberal terá que ter presente a possível atitude da Corte relativamente às suas inovações, e terá que recordar que só um caso de extrema gravidade induzirá a Corte a renunciar à sua função histórica — a verdadeira obra de MARSHALL — de guardião dos direitos de propriedade" (LASKI, *El Sistema Presidencial Norte-americano*, trad. de EDUARDO WARSHAWER, B. Aires, 1948, pág. 51).

Vd. também EDWARD S. CORWIN, "Judicial Review", na *Encyclopaedia of the Social Sciences*.

Em primeiro lugar, a burguesia só era um todo homogêneo, quando contraposta a outros grupos sociais que tivessem interesses divergentes dos seus, como eram o proletariado, os escravos, os povos colonizados. Em tais circunstâncias, a burguesia tendia a agir como um todo, sem controvérsias perigosas. Mas fora de situações dessa natureza também era ela, em si, heterogênea, integrada por grupos que muitas vezes tinham interesses contrapostos. Quando esses interesses colidiam, era freqüentemente necessário recorrer-se ao poder do estado, para fazer predominar os interesses de um grupo contra os de outro. Os agricultores, os comerciantes, os industriais, os financeiros, os exploradores de matérias-primas, tôdas essas camadas da burguesia formavam, em determinadas circunstâncias, setores de interesses rivais, colidentes. E cada qual dêles, na defesa desses interesses, evidentemente tenderia a usar o poder do estado. Assim, o estado neutro, inativo, débil, omisso, dos primeiros tempos do domínio da burguesia, tornava-se cada vez menos adequado para o desempenho do seu papel.

Não é, portanto, por simples acaso que os países europeus (sobretudo a Inglaterra, onde a revolução burguesa se fez em primeiro lugar, do mesmo modo que a revolução industrial, com as suas conseqüências políticas e econômicas), trataram de substituir o seu sistema de poderes rivais por outro, de conjugação de poder, através do regime parlamentarista. O regime parlamentarista nada mais é do que um engenhoso mecanismo de permanente ajustamento do executivo com o parlamento e com o eleitorado. A imposição desse sistema no sentido de agir o executivo em consonância com a maioria do parlamento (ou da câmara representativa) estabelece uma unidade política e institucional que nada tem de comum com o esquema da divisão de poderes, que MONTESQUIEU racionalizou, tendo por base as instituições inglesas da metade do século XVIII.

De um modo geral, nos países europeus, a monarquia constitucional organizou-se em bases parlamentaristas, depois da sua primeira experiência de poderes divididos (o rei contraposto ao parlamento, com poderes mais ou menos rivais). Resta ainda nos Estados Unidos (e em países que lhes seguiram o modelo) um regime de poderes divididos, coexistindo com um sistema de alta concentração econômica e, portanto, de poder.

Os Estados Unidos ressentem-se, contudo, muitas vezes, dos embaraços que a sua organização política opõe ao bom andamento dos negócios públicos. Muitos autores têm criticado o seu sistema de divisão de poderes, tendo em vista a necessidade, cada vez mais sentida, de intervir o estado moderno na vida social e na vida econômica do povo, inclusive para atender, na medida do possível, isto é, na medida compatível com a subsistência do regime capitalista, as próprias reivindicações da classe proletária.

Cumprido notar, com efeito, que através do próprio estado liberal a classe proletária tem obtido o reconhecimento de grande parte das suas reivindicações. É evidente, porém, que o estado capitalista só atenderá a essas reivindicações enquanto não acarretarem modificação profunda do próprio sistema econômico. No dia em que essas reivindicações fôsem de tal vulto ou profundidade que acabassem por substituir o regime capitalista pelo socialista, não há dúvida de que haveríamos, como observa LASKI, de encontrar a mais decidida resistência da parte dos senhores da economia, que no regime liberal-capitalista controlam também as rodas do poder.²¹ É intuitivo que eles não concordariam, passivamente, com a substituição do regime capitalista por outro, de feição socialista. Isto seria contra toda a "lógica dos interesses", que tão marcadamente caracteriza a história política, ou melhor, a história das mudanças políticas.

Entretanto, nos Estados Unidos, apesar de tudo, a necessária unidade do poder tem sido obtida um pouco à margem do aparelho constitucional: ou através dos partidos, que não foram previstos na Constituição; ou através das comissões das câmaras, nas quais o poder executivo se entende com o legislativo, ajustando pontos de vista, coordenado interesses e projetos; ou através das delegações legislativas e da atribuição de funções normativas e jurisdicionais a certos órgãos da administração, etc.²² Essa unidade também se restabelece,

²¹ ... "uma sociedade capitalista só aceita as instituições democráticas enquanto seu funcionamento não ameace destruir os pressupostos essenciais do capitalismo, ou sejam as relações de classe que a propriedade privada dos meios de produção implica. Quero dizer, que, quando a democracia política tentar transferir essa propriedade para a comunidade, a classe capitalista utilizará, se puder, o poder do Estado para suprimir as instituições democráticas" (LASKI, *El Estado en la Teoría y en la Práctica*, pág. 159).

²² Sobre este último ponto, vd. BRILAC PISRO, *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, Rio, 1941. Vd. também, quanto aos mais, nossos artigos: "A Divisão dos Poderes no Direito Constitucional Brasileiro", *Rev. Dir. Adm.*, vol. 4, pág. 405;

frequentemente, através da personalidade dos grandes homens que têm ocupado a presidência dos Estados Unidos, como foi o caso de FRANKLIN ROOSEWELT, tendo-se por vèzes o resultado contrário — a supremacia do Congresso — quanto está na Casa Branca um político medíocre. LASKI estuda o assunto com boa cópia de exemplos.

Por tôdas essas formas, por todos êsses expedientes de natureza política, e não pròpriamente constitucional, ali se obtém a unidade de ação de que necessita o estado para fazer frente aos grandes problemas do nosso tempo, isto é, de uma época em que a sociedade capitalista apresenta características, exigências e perspectivas muito diferentes das que configuravam a sociedade burguesa dos primeiros tempos do estado liberal. Se nos Estados Unidos o poder público, apesar dos *checks and balances*, se mostra tão vigoroso, tão forte, de ação tão rápida nos momentos críticos, é porque o povo americano, os homens que dirigem a sua vida pública sabem encontrar, à margem do aparelho institucional, os métodos de ação adequados para resguardar e afirmar a unidade do estado, que é sempre essencial em qualquer momento de crise, de agitação, de reivindicação, de mudança.²³ Apesar disso, há autorizados prognósticos no sentido de uma eventual adaptação do aparelho governamental, ou das práticas institucionais.²⁴

IX

Nos dias de hoje, mesmo sem falar naqueles exemplos extremos de concentração de poder, que encontramos nos estados fascistas, na

"Delegações Legislativas", *Rev. cit.*, vol. 5, pág. 378. Sobre o papel das comissões do Congresso norte-americano, vd. *ESKIN*, *ob. cit.*, págs. 518/9.

²³ "Resumindo, em caso de crise, a opinião pública impõe a abrogação da separação dos poderes" (LASKI, *El Sist. Pres. Nort.*, pág. 118).

²⁴ "Creio, portanto, que as mudanças necessárias deverão produzir-se, não tanto por inovações constitucionais diretas, como pela repercussão que as imensas mudanças sociais e econômicas, que se desenrolam ante nossos olhos, hão de ter na superestrutura política. Isto não significa que eu pense que essas inovações constitucionais sejam indesejáveis...

... Creio, por conseguinte, que a menos que nos Estados Unidos se verifique um restabelecimento econômico do velho tipo, segundo o modelo do século XIX — o tôdas as provas indicam que isso já não é possível — a alternativa da reforma se tornará iniludível. A reforma significa o Estado positivo; e os debates da política norte-americana na próxima geração se concentrarão sobre o ritmo e o quantum da reforma que a classe proprietária esteja disposta a conceder ou se veja obrigada a aceitar" (*El Sist. Pres. Nort.*, págs. 184 e 186).

União Soviética e nos países que lhe imitaram o exemplo, podemos dizer que a teoria da divisão de poderes é uma construção doutrinária superada. Ela já não corresponde, nem atende às necessidades modernas da salvaguarda das liberdades humanas, que foi a sua finalidade histórica, a serviço do progresso da burguesia. E assim ocorre, porque vivemos num período profundamente crítico, numa época de contundentes reivindicações sociais. Essas reivindicações tendem a aumentar e encontram no regime representativo ainda em vigor em muitos países o instrumento adequado à sua expressão e realização. Se essas reivindicações, conforme previa o Prof. LASKI, chegam a um determinado ponto, ou elas mudam o sistema capitalista, e o estado representativo terá reformado a sociedade, ou o sistema capitalista desfigura o regime representativo, e então a economia terá transformado o estado, a estrutura econômica terá reajustado a estrutura política.²⁵

Em qualquer dessas alternativas o estado terá de ser ativo, enérgico, eficiente. Se vencerem os donos da economia, precisarão do poder total do estado para esmagar as reivindicações populares. Se triunfarem essas reivindicações, os dirigentes populares necessitarão de um estado vigoroso, para destruir as resistências que fatalmente serão opostas pelos beneficiários do regime anterior. Se prevalecer o pensamento da classe média, que oscila entre êsses dois polos, temerosa de ser rebaixada à condição do proletariado e desejosa de alcançar o nível da classe burguesa, se vencer a classe média, terá ela de lutar em duas frentes, na frente proletária e na frente capitalista, e não poderá levar avante essa luta, equilibrando satisfatoriamente as reivindicações populares com as resistências da burguesia, senão utilizando igualmente um estado capaz de agir com energia e presteza nos momentos adequados.

A teoria da divisão dos poderes está, pois, condenada no mundo contemporâneo. Mas ela nasceu para atender a um reclamo profundo da consciência humana, que é a proteção das liberdades do homem e do cidadão. O problema, pois, que se arma nos dias de hoje é o de se descobrir uma nova técnica de proteção das liberdades humanas.

²⁵ Além da obra citada na nota 21, veja-se, também de HAROLD J. LASKI, *Reflexiones sobre la Revolución de Nuestro Tiempo*, trad. de José OTIÑO ESPASANDIN, B. Aires, 2.ª ed., 1945.

Técnica que ainda não se conhece e que, portanto, não está sendo posta em prática nos países onde o poder tem tido necessidade de se afirmar com vigor. A única nação que ainda conserva as liberdades humanas em grau bastante apreciável e concilia a preservação dessas liberdades com um poder enérgico e eficiente é a Inglaterra, que tem sido a mestra da humanidade em matéria política, sob muitos aspectos.

Mas ainda está para ser encontrada uma técnica eficaz de proteção das liberdades humanas, e tudo indica, nos dias de hoje, que há de ser descoberta através da organização do próprio povo, isto é, o povo a descobrir, por si mesmo, com a sua própria experiência e a ajuda de seus líderes autênticos, a maneira de se organizar para resistir a tôdas as tentativas de usurpação das suas liberdades. É possível, entretanto, que essa organização do povo não seja viável senão depois que, no mundo contemporâneo, certas mudanças sejam feitas no sentido de eliminar os principais motivos de atrito, que presentemente dividem a sociedade em dois grandes campos hostis, tão hostis, que um deseja a liquidação do outro. Se a sociedade moderna não fôr alterada em alguns dos seus traços fundamentais, a ponto de atenuar êsse conflito mortal, talvez seja impossível descobrir-se uma nova técnica de proteção das liberdades humanas, e então só nos estará reservado um período, que ninguém sabe quanto tempo durará, de colapso dos direitos individuais.

Êste é, portanto, o grande desafio que o nosso tempo lança aos homens de estudo e de ação: o desafio à sua capacidade de organizar adequadamente a felicidade humana.