

## **Separados, porém harmônicos: mitologia e utilidade da doutrina da separação de poderes na teoria constitucional**

**Marcos Paulo Verissimo<sup>1</sup>**

Professor Doutor do Departamento de  
Direito do Estado da Faculdade de Direito da USP

### **1. O tema e seus problemas: proposta de abordagem**

O tema da separação de poderes é, não há dúvida, central ao debate constitucional. Tema recorrente, ele se apresenta no próprio nascimento do constitucionalismo liberal e persiste no centro dos estudos constitucionais e políticos até hoje, ressurgindo a cada nova proposta de reforma nos mecanismos de operação do Estado, a cada transformação que se opera nas instituições ou em seu modo de atuar. Esse caráter persistente e recorrente parece dar-se, todavia, menos pela importância da idéia central contida na noção histórica de separação de poderes (a de governo misto, equilibrado e controlado, como veremos adiante) que em razão dos equívocos e simplificações que giram em torno desse conceito. Por essa razão, abordar o tema implica necessariamente abordar esses equívocos, localizá-los no tempo e no espaço e, finalmente, procurar abordar os problemas efetivos que se escondem por trás das simplificações. Esse será o propósito e o percurso deste texto.

A idéia de separação de poderes nasce, como dito, ligada à idéia de governo misto. No entanto, vai se distanciando dessa noção progressivamente e acaba sendo recebida por boa parte da doutrina constitucional como uma espécie de princípio intangível de separação funcional de poderes. Entendido como incorporado, com essa feição, ao corpo normativo de uma dada Constituição, o princípio determinaria o exercício exclusivo e separado de cada função por órgão distinto da organização estatal, e tudo o que contrariasse esse esquema de especialização funcional seria contrário à própria Constituição. Ainda que haja muito de caricato nessa descrição inicial, ela serve, neste ponto, como ponto adequado de partida para a colocação do problema.

---

<sup>1</sup> Texto da prova escrita apresentada como parte do processo de avaliação para o concurso de ingresso no Depto. de Direito Público da FDUSP em 2010.

De fato, versões variadas desse argumento caricato têm defendido, ante o direito constitucional brasileiro, teses como a de inconstitucionalidade das normas produzidas pelo Executivo no exercício da chamada capacidade normativa de conjuntura. Ou mesmo do uso, dito “exagerado”, do mecanismo da medida provisória. Noutra frente, versões também variadas da caricatura referida acima têm advogado a impossibilidade absoluta de intervenção judicial criadora de direito, ou de intervenção em políticas públicas, o que é, no mais das vezes, uma forma equivocada de abordar, normativamente, esses fenômenos.

Já se disse, certa vez, que a idéia de separação funcional absoluta poderia ser adequada a um “reino merovíngio”, mas nunca à complexidade que atingiu o Estado contemporâneo. Mostrar essa inadequação e propor uma visão alternativa é, pois, o objetivo último deste texto, que procederá da forma seguinte: primeiro, apresentarei as origens históricas da idéia de separação de poderes, sobretudo tal como presente no pensamento grego e romano, no constitucionalismo inglês e, finalmente, em Montesquieu; depois, analisarei os desdobramentos dessa idéia nas duas revoluções liberais fundadoras das principais concepções antagônicas de aplicação da Constituição: a americana e a francesa; em seguida, analisarei o “dogma” da separação funcional *vis-à-vis* a verdadeira revolução institucional que se deu, contemporaneamente, no papel dos parlamentos, dos Executivos e dos Tribunais, procedendo, em seguida, à crítica desse dogma; ao final, farei considerações quanto a possíveis visões alternativas do papel desempenhado pela separação de poderes no Brasil.

Transversalmente a esses tópicos, pretendo também demonstrar que o recurso ao dogma da separação funcional acaba, muitas vezes, por esconder problemas importantes que pode haver na nova configuração institucional dos órgãos estatais, sobretudo no que diz respeito às Cortes. Esses problemas, a meu ver, são de eficiência instrumental e de déficit democrático e seriam muito melhor compreendidos se fossem por esses prismas analisados.

## **2. Origens históricas da separação de poderes: governo misto, constitucionalismo e separação funcional**

Como assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Curso), as noções de Estado e poder são indissociáveis. O poder, na dicção desse constitucionalista, é o princípio

unificador de toda a ordem jurídica; sua centralização (o monopólio do uso legítimo da força) resume, conforme aponta Max Weber (Economia e Sociedade) boa parte do projeto de construção do chamado Estado Racional. A outra parte desse projeto coincide com a tentativa de controlar, limitar, “domesticar” o exercício do poder pelo Estado que o centralizou. Ainda que central ao projeto de construção do Estado Racional, essa busca pela limitação do poder o antecede em muito, sendo localizável já em Aristóteles, sob a proposta de governo médio ou misto.

De fato, segundo aponta Max Imboden, as ideais fundamentais de governo ou Constituição mista viriam da Grécia e de Roma e acabariam constituindo um dos “axiomas fundamentais da idéia ocidental de Estado” (cf. Nuno Piçarra, A separação de poderes como princípio e doutrina constitucional, p. 32). Mais especificamente, consistiria na idéia de que “o poder político deve emanar de uma estrutura institucional” que deve, por sua vez, “ser ‘local de mistura’ das várias classes sociais, portadoras de interesses conflitantes”, as quais, finalmente, “devem ter acesso equilibrado aos órgãos e magistraturas” (idem).

Em Aristóteles, essa idéia justifica a preferência pela República (ou Politéia) como forma ideal de governo legítimo, em oposição à monarquia, à autocracia, à tirania, à oligarquia e à democracia. A vantagem dessa forma estaria justamente em unir a oligarquia (governo dos ricos) e a democracia (governo dos pobres) formando um ideal governo médio. No que importa a este texto, é preciso notar que esse ideal de governo médio é que veio inspirar de forma mais importante o desenvolvimento da idéia liberal de separação de poderes, ainda que, como anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho, também estivesse presente na Política um esforço de classificação das funções estatais (função deliberante, executiva e judiciária), mas sem maiores conseqüências para a formulação de uma teoria do exercício do poder. Nas palavras de Nuno Piçarra, as idéias de Aristóteles consagrariam, assim, uma “filosofia do meio termo”, que irá influenciar fortemente o constitucionalismo liberal (A separação de poderes...).

A Constituição mista, como se sabe, também é objeto de apreciação por Políbio e Cícero, encontrando eco na atribuição de papel político a plebeus, senadores e cônsules, cada qual com assento em um órgão político distinto.

No constitucionalismo liberal (ou, melhor dizendo, em sua formação) esse ideal de participação mista no governo se apresenta, inicialmente, por meio das tentativas de limitação do poder real dentro dos limites do direito, com a salvaguarda de direitos a

certas classes que deveriam ser respeitados pelo monarca. Esse é o espírito da Magna Carta e, bem depois (já no início do século XVII) da *Petition of Rights*: conformação do poder real ao direito vigente. Em Locke, esse ideal aparece já conectado a uma distinção funcional dos poderes, igualmente tripartida, mas nas categorias da função legislativa (definição de como a força será empregada), executiva (aplicação da força no plano interno) e federativa (declaração da guerra e celebração de acordos no plano externo) (ver, a respeito, Elival da Silva Ramos, *Ação Popular...*, com referência também à idéia de prerrogativa em Locke).

É entre 1729 e 1731, já no curso de parlamentarismo, que Montesquieu visita a Inglaterra e fica impressionado com a prática do governo misto (cf. Elival da Silva Ramos, ob. cit.). Assim, em “O Espírito das Leis”, seus comentários sobre a separação de poderes são, antes de tudo, um elogio ao governo misto inglês, e não uma defesa das qualidades intrínsecas de uma separação funcional absoluta, como muitos pretenderam, depois, ver nessa obra. Tanto isso é assim que o capítulo relativo à separação de poderes é dedicado à Constituição da Inglaterra e que, em outro texto (*Consideration sur les causes de la grandeur des Romains e de leur decadence*) o tema é retomado com referência a Políbio e ao fato de ser a Constituição mista o princípio que, em Roma, impedia a usurpação do poder.

O tema central de Montesquieu é, pois, o do equilíbrio no exercício do poder, sobretudo por meio de sua separação em *classes* (não necessariamente funções) diferentes. Associa-se, portanto, ao tema da Constituição mista (ver Matteucci, *Dicionário de Política e Piçarra*, ob. cit.). Isso fica também claro quando diz o barão que tudo estaria perdido “se o mesmo homem, *ou o mesmo corpo de principais, ou nobres, ou povo*, exercesse os três poderes” (O Espírito das Leis).

Esse é o “espírito” de O Espírito das Leis. Mas é também verdade que o livro não é obra de ciência e é marcado por algumas contradições. Há, efetivamente, uma taxionomia das funções estatais entre a legislativa, a “executiva das coisas que dependem do direito das gentes” (a administração) e a “executiva das coisas que dependem do direito civil” (a adjudicação e punição dos crimes). Há a defesa veemente de que legislação e aplicação da lei não podem concentrar-se em um mesmo órgão, sob pena de ser possível fazer leis tirânicas para aplicá-las tiranicamente.

Por um lado, parece ter sido essa feição de separação funcional a que mais se difundiu no liberalismo a partir de Montesquieu. Por outro, a interpretação que se fez de

suas idéias nos dois principais momentos constituintes do liberalismo acabou sendo bem distinta, como se verá adiante.

### **3. A separação de poderes no nascimento do Estado Liberal: “medo da maioria” vs. “medo da minoria”**

Praticamente simultâneas, a Independência Americana e a Revolução Francesa constituíram, ambas, modelos institucionais inspirados nas idéias de Montesquieu. Contudo, a forma concreta desses arranjos resultou bastante diferente em um e outro caso, sobretudo no que diz respeito às relações entre Constituição e Poder Judiciário.

Como se sabe, a Constituição americana de 1787 foi produto de um processo constituinte atípico, já que foi produzida e aprovada por representantes automeados, presentes à convenção da Filadélfia. Produto de engenhosa engenharia institucional, ela estabeleceu diversos sistemas de ingerência de um poder em outro (veto presidencial, nomeação presidencial do Judiciário, aprovação pelo Senado do preenchimento de cargos executivos, etc.), estabelecendo assim, em relação aos poderes, um sistema de freios e contrapesos.

A Constituição assim produzida precisava ser ratificada nos Estados-Membros da Federação. Como parte do processo de campanha política para ratificação da Constituição foram publicados em jornal, por Madison, Hamilton e Jay os chamados “papéis federalistas”, que exprimem com grande eloquência as preocupações e objetivos que organizaram a elaboração da Constituição. Entre esses papéis ou artigos, chamam a atenção os de número 10, 78, 79, 80, 81 e 83.

No artigo 10 Madison constrói sua teoria das facções, defendendo que o governo irrestrito da maioria poderia ser tirânico se não fosse contido por instrumentos institucionais. Esse “medo da maioria” justificaria as restrições postas ao Congresso pela Constituição, parecendo remeter claramente ao ideal de governo misto de que já se tratou. Em Madison, o ideal de separação de poderes é exercido pela mistura de funções e interferência (controle) de um poder em outro. Pela desconfiança que carrega em relação à regra da maioria, esse modelo foi duramente criticado por Robert Dahl e A Preface to Democratic Theory, sendo por ele chamado de “democracia madisoniana”.

A constituição americana não previu expressamente o poder do Judiciário de declarar a nulidade de atos do Congresso que lhe fossem contrários, mas Hamilton, nos

artigos 78, 79, 89, 81 e 83 defendeu que esse princípio seria decorrência “lógica” da supremacia da Constituição. Em 1803, após várias decisões das Supremas Cortes estaduais no mesmo sentido, a Suprema Corte americana acolhe essa doutrina e consagra, em *Marbury v. Madison* (5US135, 1803) a doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis.

Hoje, esse controle nos é natural, especialmente no Brasil, que adota o controle difuso há muito tempo. Contudo, no debate constituinte americano isso não era assim e a instituição do controle foi (e ainda é) muitas vezes tida por ilegítima e antidemocrática, por violar o princípio de supremacia da vontade majoritária (a “dificuldade contramajoritária” ou o “tormentoso problema” do controle de constitucionalidade, como colocou Cappelletti).

Na doutrina americana o controle é ferramenta essencial dos freios e contrapesos que limitam o poder. Mas, no arranjo institucional francês subsequente à revolução foi tido como violação, justamente, do mesmo princípio! Daí dizer, o artigo 16 da Declaração de Direitos, que uma sociedade que não assegura a separação de poderes (e as liberdades fundamentais) não tem Constituição, dizendo ainda o artigo 3º da Constituição de 1791 que os tribunais não poderiam nem misquir-se no exercício do poder legislativo, ou recusar a aplicação das leis, nem interferir nas funções administrativas, ou citar diante de si os administradores, em razão de suas funções.

Hoje, é justamente o que fazem os juízes brasileiros ao controlar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos atos da Administração. Além disso, para usar uma outra caricatura útil à exposição, diz-se freqüentemente que o Legislativo brasileiro não legisla mais e que o Executivo legisla em seu lugar. Diz-se, também, que o Judiciário legisla cada vez mais e está, cada vez mais, misquindo-se na tarefa de administrar. Que dizer, nesse contexto, da separação de poderes?

#### **4. Teoria e realidade da separação de poderes no Brasil: ativismo, ação normativa do Executivo e legitimação democrática**

Vista pelo prisma do governo misto, a separação de poderes no Brasil não só existe como se intensifica a cada dia.

Segundo apontam os trabalhos contemporâneos da sociologia e ciência política brasileiras, temos uma sociedade que se democratiza continuamente. Nos órgãos

judiciários, o provimento por concurso público, aliado à melhoria do padrão de vida via educação, tem substituído o antigo perfil fechado da magistratura pelo ingresso de novos atores, sobretudo das camadas médias. No plano da política representativa, ainda que os custos de acesso da população mais pobre a cargos eletivos continuem muito altos, tempos, pela primeira vez, um ex-operário na Presidência. Todavia, os mesmos trabalhos apontam que esse judiciário é cada vez mais ativo na criação de regras jurídicas e implementação de políticas públicas e que aquele Executivo tem dominado o processo normativo em geral e legislativo em específico. Sob o prisma da separação funcional, isso violaria, frontalmente, a idéia de separação de poderes.

Não há qualquer prova, contudo, de que esse princípio abstrato e absoluto de separação funcional esteja, na Constituição Federal, albergado como norma, ainda que o art. 2º faça, como faz (desde o art. 9º da Constituição de 1824 é assim, aliás) referência à “independência e harmonia dos Poderes”, e ainda que o artigo 60, §4º, proíba a deliberação de emenda tendente a abolir (inciso III) a separação de poderes.

Concretamente considerada, a Constituição de 1988 estabelece um sistema de interferências e controles mútuos muito mais sofisticado do que a doutrina da separação funcional supõe. E isso se dá nos mais diversos níveis. Assim, por exemplo, no que respeita à participação do Executivo no processo legislativo.

Grande parte da doutrina constitucional crítica (ou mesmo vê inconstitucionalidades) na produção de norma pelo Executivo, quer via poder normativo de conjuntura, quer via Medida Provisória (ver, contudo, em sentido diametralmente oposto, enfatizando a necessidade de assunção pelo Executivo dessas tarefas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho). Ocorre, no entanto, que é no próprio processo legislativo ordinário que a Constituição garante a prevalência do Executivo, dando-lhe, como diz a teoria política, enormes “poderes de agenda” (isto é, poderes de iniciativa reservada, como os do art. 61, §1º, ou de imposição de regime de urgência, como no caso do art. 64, §1º).

Conforme diversos estudos, sobretudo realizados no campo da ciência política, por pesquisadores como Figueiredo e Limongi, esses poderes conferidos ao Executivo pela própria Constituição fazem com que seu predomínio no processo de elaboração das leis (excluídas as medidas provisórias) aproxime-se da “regra dos 90%” de que falam Lowenberg e Petterson, própria dos regimes parlamentaristas. Assim, segundo estudos daqueles autores, tais regras constitucionais permitiram que, entre 1988 e 2006, 85,6% de

todos os projetos examinados pelo Congresso tenham tido origem no Executivo, que, por sua vez, teve sucesso em 70,7% de todas as proposições que enviou ao Congresso.

Como falar, nesse contexto, em um suposto princípio, insculpido na Constituição, de supremacia parlamentar absoluta, se são as próprias regras da Constituição que viabilizam o predomínio do Executivo?

O tema do ativismo judicial também é ilustrativo nesse ponto. Ele, por mais indesejado que seja, é fruto direto da Constituição de 1988, que ampliou o uso de princípios genéricos para o estabelecimento de direitos e metas sociais, amplificando o acesso e escopo do controle de constitucionalidade, dotando o Ministério Público de novos poderes e garantias institucionais e assim por diante.

Especialmente com relação ao ativismo, o problema não parece ser de separação de poderes, mas de falta de legitimação democrática, de desrespeito pela regra da maioria devidamente formada, de incapacidade institucional (instrumental) para a realização de arranjos redistributivos (ver, a respeito, Virgílio Afonso da Silva, Controle Judicial de Políticas Públicas). Ou, em poucas palavras, de desconsideração do papel que é reservado em uma democracia ao direito (cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial*, passim, com especial referência à crítica ali feita ao denominado neoconstitucionalismo).

Essas abordagens, que se organizam, largamente, pelo tema da legitimação, dão conta de explicar e resolver os problemas ligados ao ativismo e aos arranjos institucionais contemporâneos muito melhor que um infrutífero apelo a um princípio pouco claro de separação funcional de poderes.

## **5. Que futuro para a separação de poderes? Notas conclusivas.**

Como ressaltado, a separação de poderes, que teve o mérito histórico de constituir o ideal de Constituição mista, não explica, contemporaneamente, os problemas da reconfiguração institucional do Estado, nem é capaz de colocar soluções para seus problemas, quando vista pelo prisma da separação funcional.

Como aponta a Teoria dos Sistemas, a separação funcional clássica reflete um estágio evolutivo pouco complexo do sistema político e deixa de perceber que grande parte dos problemas referidos acima liga-se à confusão entre os códigos próprios do sistema jurídico (lícito/ilícito, direito/não direito) e político (amigo/inimigo, governo/oposição) (cf. Celso Campilongo, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*).

Que papel pode sobrar, então, à separação de poderes nos arranjos político-constitucionais contemporâneos? Creio que lhe pode ser reservado um papel muito relevante, especialmente se reconfigurarem-se seus cânones e se ela for entendida de sorte a lançar luz sobre os complexos arranjos institucionais contemporâneos que reservam, na verdade, competências autônomas e recíprocas de controle e formulação de normas e políticas a uma série de atores distintos (Executivo central e Executivo dos Estados, Legislativo em duas Câmaras no plano federal, Executivos locais, burocracias, autoridades reguladoras, tribunais de contas, órgãos de auto-regulação, Judiciário em vários níveis, Ministério Público, etc.)

Isso significa, todavia, redefinir a separação de poderes completamente. Como aponta Elival da Silva Ramos, é o que faz, por exemplo, Karl Loewenstein, ao propor as novas funções de *policy determination*, *policy-execution* e *policy-control*, completamente distintas daquelas divisadas por Montesquieu (cf. Elival da Silva Ramos, *Ação Popular*, p. 185, referindo Loewenstein em *Teoria de La Constitution*, p. 69-70). Em relação a essas funções, Loewenstein enfatiza o aspecto de cooperação que provoca, automaticamente, controle, para além, inclusive, das próprias funções de controle propriamente ditas. É também o que faz Bruce Ackerman em seu “*The New Separation of Powers*”, em que o autor defende a existência de “múltiplos poderes” (corte constitucional, segunda câmara, judiciário independente, *integrity branch*, *distributive justice branch*, etc.), destinados a garantir (i) a democracia, (ii) a eficiência do Estado e (iii) os direitos fundamentais.

Esses são, todos, exercícios de criatividade jurídico-institucional em construção. São uma agenda de pesquisa substitutiva ao discurso vazio da separação funcional, mas que honra com muito mais propriedade a tradição constitucional da separação de poderes entendida como ideal de governo misto, atualizando-a.