

PODER ESTATAL: A HODIERNA MANIFESTAÇÃO DA FUNÇÃO MODERADORA

FRANCISCO HUMBERTO CUNHA FILHO¹

Mestre em Direito - UFC
Doutorando - UFPE/UNIFOR
Professor de Direito Constitucional – UNIFOR
Advogado da União – AGU

RESUMO

A presente monografia investiga, para além das ilusões de nomenclatura, eventual existência de função moderadora na organização do Estado de nossos dias. Abstraindo a idéia originária de que a doutrina do Poder Neutro foi lapidada para a monarquia constitucional, identifica, mesmo nas repúblicas presidencialistas, diversas funções moderadoras partilhadas a uma multiplicidade de atores da cena político-social.

Palavras-chave: Estado. Função moderadora. Doutrina do Poder Neutro

ABSTRACT

The present paper instigates, beyond the nomenclature illusions, eventual existence of the moderator function in the organization of the State nowadays. Taking out the original idea that the doctrine of Neutral Power was cut for the constitutional monarchy, it identifies, even in the presidential republics, several shared moderator functions to a multiplicity of actors of the political-social scene.

Keywords: State. Moderator function. Doctrine of Neutral Power.

INTRODUÇÃO

A modernidade, em diversos países que formam o bloco ocidental do planeta, é uma época que abriga entre suas características a conquista e a consolidação de direitos individuais, limitação dos poderes do Estado e definição da democracia como forma preferencial de governo, elementos estes racionalmente definidos e compilados em documento escrito, de natureza jurídico-política, denominado constituição².

Tais características, ideológica e juridicamente içadas ao *status* de direitos da cidadania, demandaram garantias institucionais (BONAVIDES, 1994, p. 482) capazes de tornar efetivos os mencionados “pilares” da era sob foco, os quais persistem, com ampliações de forma e conteúdo, até os dias correntes. Dentre tais garantias, mostra-se de utilidade

¹ Autor do livro “Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro”.

² “(...) O conceito de *constituição* no ocidente moderno (e “contemporâneo”), assumiu – a partir dos começos do liberalismo e com as revoluções chamadas burguesas – um sentido bastante específico, distinto da *politeia* grega e das *constitutiones* romanas. Um sentido consentâneo com o racionalismo analítico, com o culto da lei e com a identificação do Estado como ‘um sistema de poderes’. (SALDANHA, 2000, p. 234)

inarredável a chamada “separação dos poderes”, planejada e experimentada de diversas formas, desde os tempos antigos (BARROSO, 2000, p. 121).

“Separação dos Poderes”, bem sabemos, é uma expressão metonímica, vez que substitui a parte pelo todo, ou seja, a doutrina querendo designar “funções” do Estado, que são seccionáveis, referiu-se a algo que lhe é monolítico, “o poder”, como fora objeto passível de partilha³. Pela tradição, porém, não teremos cerimônia em utilizar a expressão já consagrada pelos mestres da Ciência Política.

A mais celebrada divisão das funções estatais é a tripartite, que abrange os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Contudo, diversas outras propostas e experiências de mais ramos do poder do Estado⁴ se apresentam, uma das quais faz acrescentar um quarto, chamado de “Poder Moderador”.

Tratado por muitos com certo desdém, principalmente pelos antimonarquistas⁵, o Poder Moderador vez por outra se insinua como necessário às organizações estatais de nossos dias, mormente nos casos de conflitos, excessos ou desvios dos outros poderes.

Teoricamente nascido a partir do empirismo monárquico constitucional inglês⁶, questiona-se se haveria viabilidade e conveniência para, em sistema presidencialista ou em forma republicana, acrescentar-se ao trio clássico de poderes, um poder moderador, com esta ou outra designação? É isto conveniente? Tal já ocorre em nossos dias?

Analisando o passado, a teoria de Henri Benjamin Constant de Rebecque, bem como as vigentes manifestações político-institucionais de nossos dias, é que poderemos dar adequadas respostas a tais questionamentos.

³ Dedicar um capítulo ao tema, do qual transcrevemos o seguinte trecho: “NÃO SEPARAÇÃO, MAS DISTRIBUIÇÃO DE PODERES. Assim, não se pode falar de uma separação entre a legislação e as outras funções do Estado no sentido de que o chamado órgão “legislativo”- excluindo os chamados órgãos “executivo” e “judiciário”- seria, sozinho, competente para exercer essa função. A aparência de tal separação existe porque apenas as normas gerais criadas pelo “órgão” legislativo são designadas como “leis” (*leges*). Mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio da separação de poderes, a função legislativa é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de órgão “legislativo”. Esse órgão nunca tem o monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida, tal como previamente caracterizada. A designação como órgão legislativo é tão mais justificada quanto maior for a parte que ele possui na criação de normas gerais”. (KELSEN, 2001, p. 390)

⁴ Há autores que se posicionam em sentido contrário, ou seja, sustentam a existência de menor quantidade de funções do poder estatal. É o caso de Kelsen (2001, p. 386) que assim se expressa: “(...) Não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas”.

⁵ “(...) Aquilo que outrora podia parecer decisivo, convincente, irrespondível, hoje se mostra, em grande parte, quase frívolo e banal. É o que se dá com a teoria constitucional de B. Constant, no que toca às prerrogativas da realeza. Que acentos de convicção!... que lucidez!... que firmeza de princípios!... mas também que futilidade! Não se escreve em semelhante assunto coisa alguma de mais vivo, nem também de mais inútil”. (BARRETO, 2000, p. 388-389)

⁶ É curioso contrastar as teorias de Montesquieu e Constant, que tiveram por paradigma a estrutura de poder da Inglaterra, com as seguintes assertivas da lavra de René David: “(...) Foi Montesquieu que ensinou aos ingleses que eles tinham uma Constituição – p. 73 (...) A vida do povo britânico é governada por práticas, por convenções, em vez de o ser por regras: há o que se faz e o que não se faz, e admite-se que tanto uma coisa como outra podem mudar um dia em função de novas circunstâncias, num meio que não será mais o mesmo – p.75 (...) A Constituição, entendida como a descrição das engrenagens do governo britânico, não é, para eles, uma matéria que pertença ao direito – p. 75”. (DAVID, 2000, p. 75).

2 DIFERENTES FUNDAMENTOS PARA CISAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

2.1 Em Aristóteles

Desde os tempos antigos o exercício do poder público é objeto central da preocupação daqueles que refletem sobre as questões relativas ao Estado, não propriamente para a garantia de direitos individuais, já que estes eram impensáveis na estrutura organicista da cidade antiga⁷, mas para a eficácia da máquina pública em atingir seus objetivos de então, os quais consistiam basicamente na defesa dos valores religiosos, territoriais e familiares.

Nem mesmo a insipiência dos recursos e técnicas dos tempos antigos foram suficientes para encobrir a necessidade de divisão das funções públicas, com o fito de otimizar as tarefas de responsabilidade do Estado. A percepção de tal necessidade pode ser extraída do gigantesco estudo de Direito Constitucional Comparado que realizou Aristóteles, ao investigar a estrutura organizacional de mais de uma centena e meia de cidades-estados do antigo mundo helênico.

Emparelhando as diferentes estruturas políticas referidas, e após classificá-las quanto ao critério da virtude, o Estagirita concluiu que “há em todo governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem construídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma destas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, e como devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. A parte deliberativa decide soberanamente da guerra, da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia a sentença de morte, o exílio, o confisco, e examina as contas do Estado” (ARISTOTELES, s.d., p. 127-128).

2.2 Em Políbio

No crepúsculo da era antiga, após a ocorrência daquilo que Fustel de Coulanges denomina de primeira⁸, segunda⁹ e terceira¹⁰ revoluções da história da humanidade, fazia-se necessária a distribuição do poder em uma multiplicidade de órgãos para efeitos de manutenção do equilíbrio entre as forças sociais de então¹¹. Extraindo lição, a este respeito, da obra de historiador antigo, Norberto Bobbio (1998, p. 70) assegura que “quanto à razão

⁷ “(...) Os antigos portanto não conheciam a liberdade nem da vida privada, nem de educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana tinha bem pouco valor perante esta autoridade santa e quase divina que se chamava pátria ou Estado. O Estado não tinha somente, como nas sociedades modernas, direito de justiça sobre os cidadãos. Podia punir sem que o homem tivesse culpa, e apenas por estar em jogo o interesse do Estado (...)”. (COULANGES, 2001, p. 248-252)

⁸ A aristocracia governa a cidade.

⁹ Alterações na constituição da família: desaparece o direito de primogenitura; a gens desagrega-se; os clientes se libertam.

¹⁰ A plebe participa do governo da cidade.

¹¹: “A composição das três forças de governo consiste no fato de que o rei está sujeito ao controle do povo, que participa adequadamente do governo; este, por sua vez, é controlado pelo senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo o princípio democrático e o senado o aristocrático, o resultado dessa combinação é uma nova forma de governo, que não coincide com as três formas simples retas – porque é composta-, nem com as três formas corrompidas – porque é reta”. (BOBBIO, 1998 p. 70)

da excelência do governo misto, Políbio vai encontrá-la no mecanismo de controle recíproco dos poderes, ou no princípio do *equilíbrio*". Mas, antevendo provável confusão com tais palavras, adverte que "embora a teoria do governo misto não deva ser confundida com a teoria moderna da separação dos poderes (enunciada por Montesquieu em forma que se tornou famosa), é um fato que a teoria do governo misto e a teoria do equilíbrio procedem *pari passu*".

2.3 Em Maquiavel

Em Maquiavel, do Príncipe¹², o poder é monolítico nas mãos da autoridade que batiza sua obra mais festejada. Porém, mesmo aqui, o observador perspicaz do escrito de 10 de dezembro de 1513, percebe uma divisão de funções estatais, com um fundamento preciso: a comodidade e o prestígio do príncipe. Tal se opera da seguinte forma: a aplicação das leis com base no princípio *dura lex sedes lex*, deve ser tarefa dos juizes e ministros; o abrandamento das decisões, nos casos em que isso seja indicado e estratégico, é tarefa do soberano, que com isso avoluma seu capital de afeto perante os súditos (MACHIAVELLI, 1977, p. 126 ss.).

2.4 Em Montesquieu

O iluminismo veio com uma idéia essencialmente revolucionária, violadora dos paradigmas até então conhecidos, acenando para todos com o encantador e inebriante convite a um mundo de "liberdade, igualdade e fraternidade". Em outras palavras, um mundo no qual o indivíduo tinha direitos e, além disso, a esfera pública, não mais se confundia com a dimensão privada (TOCQUEVILLE, 1996, p. 466-472).

Mas como, na prática, conter o Estado, instituição que ao longo da história jamais conhecera limites, para que respeitasse o espaço dos indivíduos e da sociedade e, ainda, cumprisse novo papel de instrumento mediador das convivências sociais?

Os filósofos de então, mais uma vez adentraram nas entranhas do Leviatã e concluíram que "para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite". (MONTESQUIEU, 1997, p. 2000).

Como, efetivamente, pôr em prática esta conclusão teórica? Montesquieu (1997, p. 201) tem a "receita", e doutrina que

Há em cada estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz as leis por certo tempo ou para sempre e corrige e ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos

¹² Nos Discursos sobre as Décadas de Tito Lívio, Maquiavel reproduz as idéias de Políbio, acima apresentadas.

este último de poder de julgar e o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

Observamos que, para os modernos, a divisão das funções como estratégia de otimização do funcionamento da máquina estatal é obnubilada pela ânsia de encontrar soluções que assegurassem a manutenção do novo *status quo*, cuja síntese pode ser feita pelas idéias de antropocentrismo e individualismo. Imperioso é, por conseguinte, controlar o exercício do poder para que jamais volte a ser absoluto. Nisto se exhibe a lógica da divisão proposta por Montesquieu (1997, p. 202), que compulsando a história e a experiência das gentes percebeu que

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências.

A construção teórica, supra transcrita, não obstante tendo por mira a estrutura do regime inglês, calhou como uma luva aos interesses da revolução que se processava no além-mar: os norte-americanos, sob o influxo de tais idéias, adaptaram-na ao sistema presidencialista e inscreveram-na na mais duradoura constituição escrita produzida pela modernidade. A pujança econômica e política da pátria de Lincoln fizeram essa idéia se espalhar, ao menos do ponto de vista conceitual, por todas as demais Américas.

Do ponto de vista material observava-se a seguinte situação: os Estados Unidos, geralmente prósperos e democráticos, praticavam a mais rígida possível separação dos poderes; os demais países americanos, mesmo formalizando em suas constituições a fórmula dos três poderes, efetivamente vivenciavam ditaduras (poder unificado) inapetentes nos labores sociais e econômicos; além disso, sempre e sempre violando as liberdades civis. A comparação dos dois quadros induziu o vulgo, e até mesmo a doutrina mais desavisada, a refletir que o sucesso da democracia com prosperidade assenta-se na vivência política consistente na separação dos três poderes, proposta por Montesquieu.

Esta conclusão, elevada ao nível de cláusula pétrea, durante muito tempo foi barreira a outras proposituras tendentes a formalizar a atenuação da partição dos poderes, ou reconhecimento e inserção, no âmbito do Estado, de outras funções.

2.5 Em Benjamin Constant

Em obra datada de 1815, Henri Benjamin Constant de Rebecque (s.d., p. 74) assentava que *“até agora, têm se distinguido três poderes em tais organizações políticas. De minha parte distingo cinco, de naturezas diferentes, numa monarquia constitucional: primeiro, o poder real; segundo, o poder executivo; terceiro, o poder representativo da continuidade; quarto, o poder representativo da opinião; quinto, o poder de julgar.”*

Especificando a nomenclatura atribuída a cada um dos poderes que identifica no Estado, o mencionado publicista se pronuncia de forma didática:

O poder representativo da continuidade reside numa assembléia hereditária; o poder representativo da opinião, em uma assembléia eleita; o poder executivo está confiado aos ministros; o poder de julgar, aos Tribunais. Os dois primeiros poderes fazem a lei; o terceiro cuida de sua execução geral e o quarto julga os casos particulares. O poder real está acima destes quatro poderes; autoridade ao mesmo tempo superior e intermediária, interessado em manter o equilíbrio, e com a máxima preocupação de conservá-lo (s.d., p. 74-75).

Assim, na origem, a concepção do Poder Moderador estava vinculada às seguintes características: [1] somente se adequa às monarquias constitucionais, [2] está acima dos demais poderes, [3] encarrega-se da conservação e do equilíbrio entre eles, e por esta última razão, compete-lhe: [a] o direito de conceder graça, [b] o direito de realizar a investidura das mais altas funções políticas, [c] o direito de criar órgãos legislativos, [d] o dever de assegurar à sociedade o gozo da segurança e da ordem pública, [e] dissolver as assembléias representativas e convocar novas eleições, [f] o direito de nomear os ministros, e [g] a distribuição de graças, favores, recompensas, de caráter honorífico, por serviços prestados ao Estado¹³.

3 MANIFESTAÇÃO POSITIVADA DO PODER MODERADOR

Pode-se inferir, do que acima foi visto, que a concepção do Poder Moderador, em sua forma originária, consistiu em uma tentativa doutrinária de conservar os monarcas com amplos poderes e prestígio, mesmo diante de uma nova época que demonstrava ojeriza à idéia de poder divino e não fundamentado em razões humanas.

¹³“Numa constituição livre, ficam para os monarcas nobres, formosas e sublimes prerrogativas. Compete-lhes o direito de conceder graça, direito de uma natureza quase divina, que repara os erros da natureza humana ou seus rigores demasiado inflexíveis que também são erros; compete-lhes o direito de investidura, elevando cidadãos distintos e de ilustração duradoura à magistratura hereditária que reúne o brilho do passado e a solenidade das mais altas funções políticas; compete-lhe o direito de criar órgãos legislativos e de assegurar à sociedade o gozo da ordem pública e a inocência da segurança; compete-lhes dissolver as assembléias representativas e preservar, assim, a nação dos desvios de seus mandatários, convocando novas eleições; compete-lhes a nomeação dos ministros, o que proporciona ao monarca a gratidão nacional quando os ministros se desincumbem dignamente da missão que lhes foi confiada; compete-lhes, enfim, a distribuição de graças, favores, recompensas, a prerrogativa de pagar com um olhar ou com uma palavra os serviços prestados ao Estado, prerrogativa que dá à monarquia um tesouro inesgotável, de tal forma que faz de cada vaidoso um servidor e de cada ambicioso um devedor” (CONSTANT, , s. d., p. 85- 86)

Mas cada semente brota no solo que lhe é fértil. Para a idéia de Poder Moderador, aqui, na terra em que *se plantando tudo dá*, havia, por ocasião da Independência, um campo preparado, na medida, para que florescesse a idéia semeada por Constant. Era este o quadro: exigia-se a consolidação da Independência, mas o governo deveria ter limites constitucionais; porém a personalidade do “Libertador”, D. Pedro I, era por demais forte e vinculada a uma formação absolutista. Esse conjunto de elementos gerava conflitos de difícil solução. Como conciliá-los? E mais: como dar a esta conciliação um fundamento, ou quando menos, uma aparência científica?

Calhava, como uma luva, a idéia do Poder Moderador!

Deste modo, a Comissão que por encomenda elaborou a Constituição “digna do Imperador”, fez inserir no Art. 98 da Carta de 1824, o quarto poder, nos seguintes termos: “O Poder Moderador é a chave de toda organização política, e é delegada privativamente ao imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos” (NOGUEIRA, 1999, p. 92).

Sobre o efetivo exercício do Poder Moderador em sua experiência de materialização, Octaciano Nogueira (1999, p. 43-44) fez-nos perceber que a cartilha da doutrina respectiva foi seguida ao pé da letra, no que atine às prerrogativas do titular do aludido poder, o Imperador:

Chamado com muita propriedade de Poder Real, Poder Imperial, Poder Neutro ou Poder Conservador, a sua concepção é atribuída, por Jelinek (L'ÉTAT MODERNE ET SON DROIT), a Clermont-Tonnerre e a Benjamim Constant. Na prática, porém, foi aplicado apenas no Brasil e esta é uma das singularidades da Constituição Política do Império. E, com tal amplitude, que se exercia quer em relação ao Legislativo (nomeando os senadores, convocando, prorrogando e adiando a Assembléia Geral; dissolvendo a Câmara, sancionando as proposições do Legislativo e aprovando e suspendendo interinamente as resoluções das assembléias provinciais); quer em relação ao Executivo, (nomeando e demitindo livremente os Ministros de Estado); quer, finalmente, em relação ao Judiciário (suspendendo os magistrados, perdoadando e moderando as penas impostas aos réus por sentença, e concedendo anistia).

Assim, foi o nosso Brasil palco experimental da encenação oficial da teoria do Poder Neutro ou Moderador, cujos adjetivos pouco dizem da efetiva prática que os titulares, D. Pedro I e D. Pedro II, fizeram do referido poder¹⁴.

¹⁴ “Basicamente o projeto “Carneiro de Campos” não se diferenciava muito do “Antônio Carlos”, com exceção do poder moderador, onde muitos pretenderam ver uma grande conquista liberal. Entretanto, pouco tempo depois, ele começaria a ser considerado como a soma das possibilidades opressoras da Monarquia, e fonte do futuro poder pessoal com que o filho do imperador marcaria toda a política do reinado”. (COSTA, 2001, p. 150)

4 MANIFESTAÇÃO HODIERNA DO PODER MODERADOR

Vimos, linhas acima, que a idéia de Poder Moderador está, em sua origem, umbilicalmente ligada à idéia de monarquia constitucional, na qual o titular deste poder, o monarca, conserva-se num patamar de superioridade relativamente ao trio clássico de poderes. Vimos também que a experimentação constitucional do quarto poder se deu exatamente no Brasil imperial, período este que não se vincula propriamente a um paradigma ideal de democracia.

Estes fatores trazem em si uma carga informacional e axiológica, plena de preconceitos, capaz de impedir uma adequada reflexão científica sobre eventual manifestação de uma função moderadora, nos dias que correm, em forma de governo diferente da monarquia constitucional.

Diante deste quadro devemos lembrar que a ciência exige, respeitados certos limites éticos, o enfrentamento dos preconceitos. Façamo-lo.

Uma adequada colocação do problema nos remeteria às seguintes indagações: É possível e desejável, em nossos dias, mormente nos países que adotam a forma republicana e o sistema presidencialista, a existência constitucional de uma função moderadora? Tal função manifesta-se no constitucionalismo hodierno, mesmo que sob distinta designação?

Em primeiro lugar, rememoremos que a função moderadora seria aquela que essencialmente [1] dá comedimento aos excessos dos outros poderes, o que inclui a anulação de seus atos, [2] soluciona os conflitos entre eles, [3] personificando a própria unidade e [4] a continuidade do poder estatal.

A partir deste parâmetro de observação, o que se constata, em sistemas constitucionais como o norte-americano, no qual o brasileiro se espelha, em grande parte, é que a função moderadora é subsumida pela técnica dos freios e contrapesos, repartindo-se entre os três poderes clássicos as prerrogativas que Benjamin Constant imputava ideais como competência do monarca constitucional.

Não é outra a convicção de Hamilton, Madison e Jay (1984, p. 417), que refletem:

a que expediente, então, deveremos recorrer, a fim de assegurar na prática a necessária repartição das atribuições entre os diferentes poderes, conforme prescreve a Constituição? A única resposta que pode ser dada é que, se todas essas medidas externas resultarem inadequadas, o defeito deve ser corrigido alterando-se a estrutura interna do governo, de modo que as diferentes partes constituintes possam, através de suas mútuas relações, ser o meio de conservar cada uma em seu devido lugar.

Para eles, o sistema de freios e contrapesos funciona adequadamente, se a Constituição fornecer prerrogativas reforçantes ao poder “naturalmente” frágil, perante os demais, nos pontos que tal fragilidade geraria a desarmonia a aniquilaria a independência. Com base em tal fundamento é que o Poder Judiciário estaria dotado do poder de declarar nulos os atos executivos e até legislativos, contrários à Constituição. Tal convicção, porém, obrigou o trio de teóricos a responder a acusação de que se um poder anula os atos dos demais, é porque este é superior àqueles, e não do mesmo nível.

Publius¹⁵ admite o questionamento:

¹⁵ Pseudônimo coletivo dos três federalistas.

relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra.

Resolvem a questão, porém, por um artifício retórico, sustentando a natureza própria do Judiciário é interpretar as normas, incluindo as constitucionais, estas que traduzem a direta vontade do povo, o único e verdadeiro soberano; as normas constitucionais, por sua vez, trazem limitações ao legislador, o qual, se as extrapolar, deve ser contido pelo “órgão intermediário entre o povo e o Legislativo”. Arrematam,

todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica e não pelas leis ordinárias. (HAMILTON; MADISON, 1984, p. 578).

Assim, no sistema estadunidense e nos demais que seguem seu paradigma, a função moderadora é essencialmente exercida pelo Poder Judiciário, mormente por seu órgão de cúpula, a Suprema Corte. Porém não seria exato dizer da exclusividade em tal mister, pois ao Chefe de Estado, que aqui se confunde com o Chefe de Governo, mantém em suas mãos prerrogativas como a de conceder graça e indulto aos condenados. Também o Legislativo enfeixa em suas mãos algo do poder moderador, como a prerrogativa de deliberar definitivamente sobre guerra e paz. Em síntese, no presidencialismo puro, as funções moderadoras são confiadas ao sistema de freios e contrapesos¹⁶.

Algo diferente se processa no parlamentarismo, tanto o que permanece vinculado à monarquia¹⁷, quanto o que se comunga com chefes de Estado temporários e eleitos¹⁸. Em ambos os casos, algumas das prerrogativas moderadoras, acima referidas, são constitucionalmente imputadas ao monarca ou ao presidente, estes, cuja principal missão é manter a integridade nacional e a normalidade das relações intestinas e externas.

¹⁶ “Lembre-se de que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distinção entre os órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente. O direito constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de favorecer a todo o seu povo o bem estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos”(checks and balances)”. (MORAES, 2001, p. 73)

¹⁷ O Art. 56 da Constituição espanhola de 1978 estabelece que “o rei é o chefe de Estado, símbolo de sua unidade e permanência. Ele arbitra e modera o funcionamento regular das instituições, assume a mais alta representação do Estado espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações de sua comunidade histórica, e exerce as funções as funções que expressamente lhe atribuem a Constituição e as leis.”

¹⁸ A redação original do Art. 5º da Constituição francesa de 1958, tinha a seguinte redação: “O presidente da República vela pelo respeito à Constituição. Assegura, por sua arbitragem, o funcionamento regular dos poderes públicos, bem como a continuidade do Estado”.

Ao lado dos chefes de Estado que, em tese, atuam essencialmente por parâmetros sociológicos e políticos que apeteçam aos interesses de suas nações, o observador mais atento do constitucionalismo atual não pode deixar de enxergar nas cortes constitucionais parte do exercício da função moderadora do poder estatal. Estes órgãos, em princípio e teoricamente, desempenham tal mister a partir de critérios jurídico-científicos. Alexandre de Moraes (2001, p. 313) também pensa assim ao sustentar que

a missão da justiça constitucional em garantir a perpetuidade do Estado de direito e dos direitos fundamentais possui, nos diversos ordenamentos jurídicos, basicamente, cinco grandes ramos de competência: controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público; proteção aos direitos fundamentais; controle das regras da Democracia representativa (referendos e plebiscitos); controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade do exercício de suas competências constitucionais; equilíbrio da federação.

CONCLUSÃO

O exercício do poder público sempre foi motivo de inquietação por parte dos que refletem sobre os problemas atinentes ao Estado, que é uma das mais complexas estruturas organizacionais humanas e, por tal razão, analisado sob diferentes concepções e prismas.

Nas reflexões sobre o tema, salvo a concepção extremada dos anarquistas, os autores sempre encontram um motivo para distribuir o poder estatal em uma pluralidade de funções. Alguns consideram tal divisão adequada porque operacionaliza, de forma otimizada, a máquina pública; outros acham-na importante porque promove a integração e a harmonia social; há até uma corrente que a considera útil aos interesses pessoais do governante; ainda há quem perceba a repartição de funções como imprescindível à manutenção de direitos fundamentais e da própria idéia de estado de direito.

No correr da história muitas propostas de divisão das funções do poder do Estado foram formuladas, mas nenhuma, desde a modernidade aos nossos dias, ganhou tanta expressão quanto a que foi divulgada por Montesquieu.

Esta divisão, encetada na prática por uma das mais pujantes nações do planeta, os Estados Unidos da América, auto-vestida do papel de guardião mundial dos valores democráticos, quase ganha status de imutável e inquestionável, mormente porque assentada na máxima de que se uma autoridade açamarca mais de uma das funções (legislativa, executiva e judiciária), tal fato poderia ser traduzido pura e simplesmente pelo termo tirania.

Desta forma sedimentou-se a idéia dos três poderes, independentes e harmônicos entre si.

Algo porém não ficou adequadamente resolvido... E as inevitáveis situações de dependência e desarmonia, como enfrentá-las? Nota-se, neste ponto, um vácuo na teoria de Montesquieu, vazio este que foi percebido, de forma saudosista, por Benjamin Constant, o qual preconizou um poder de equilíbrio entre os demais; mas em sua visão, este superpoder deveria pertencer exclusivamente ao regime monárquico.

Abstraindo o oportunismo monarquista de Constant, o fato é que as mais distintas nações que fracionam o exercício do poder em funções múltiplas (uma quase unanimidade), constataram a necessidade de institucionalizar tarefas moderadoras e unificadoras da

atuação dos poderes do Estado.

Essas funções moderadoras geralmente são confiadas ao Chefe do Estado. Outros atores da cena política também recebem, em certa medida, funções moderadoras. Dentre tais atores, insinuam-se com grande expressão as cortes constitucionais, estas que sendo compostas de membros oriundos das diferentes forças sociais, cada dia crescem na tarefa de balizar a atuação dos mais poderes segundo a vontade do soberano, que na democracia é o povo.

Em síntese: mesmo de forma subreptícia, os Estados de nossos dias, que consagram a separação dos poderes, reservam a certos órgãos constitucionalmente definidos, funções de equilíbrio, harmonia e contenção dos poderes clássicos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

BARRETO, Tobias: **Estudos de direito**. Campinas – SP: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luís Roberto: **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das formas de governo**. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

CONSTANT, Benjamim. **Princípios políticos constitucionais**. Rio de Janeiro: Liber Júris, [s.d.].

COSTA, Pedro Pereira da Silva. **D. Pedro I**. São Paulo: Três, 2001.

COULANGES, Fulstel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DAVID, René. **O Direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: UnB, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais – garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe**. São Paulo: Hemus, 1977.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal, 1999.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia en America**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.