A DIVISÃO DOS PODERES NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

VÍTOR NUNES LEAL

SUMÁRIO: *I — O Império. II — O regime de* 1891. *III — O Govêrno Provisório de* 1930. *IV — O regime de* 1934. *V — O regime de* 10 *de novembro*: *VI — Considerações finais.*

O IMPÉRIO

1. Montesquieu concebera o Estado composto de três poderes, correspondentes ao que modernamente chamamos as três funções características do Estado: legislativa, executiva e jurisdicional. [1]

A nossa Constituição do Império, por influência das idéias de Benjamim Constant [2] — que, de resto, iam de encontro aos interêsses políticos de Pedro I —, introduziu um quarto poder na organização do Estado: "Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império são quatro: O Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial" (artigo 10). Entretanto, declarava-os a todos divididos e harmônicos, na conformidade da doutrina liberal que fazia repousar nesse mecanismo a segurança dos direitos individuais: "A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece" (art. 9).

O requisito da *harmonia*, que devia existir entre os poderes divididos, correspondia à necessidade de assegurar o funcionamento do Estado, que ficaria paralisadd se cada um dos poderes pudesse impedir de modo absoluto a ação dos outros. E o verdeiro fiel dessa harmonia era o Poder Moderador, assim definido: "O Poder Moderador é a chave de tôda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu primeiro Representante, para que incessantemente vele sôbre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos" (art. 98).

Não cuidou, pois, a Constituição do Império de *separar* os Poderes, mas antes de unificá-los, não só pela reunião, na pessoa do monarca, de dois poderes (o Executivo e o Moderador), como ainda no relêvo extraordinário que deu ao Poder Moderador.

O Imperador nomeava e demitia "livremente" os ministros (art. 101, 6.º); dissolvia a Câmara dos Deputados sempre que o exigisse a "salvação do Estado" (art. 101, 5.º), circunstância que, jurìdicamente, ficava ao seu cri-

1 *De l'esprit des lois*, L. XI, cap. VI.

2 Aurelino Leal, *História Constitucional do Brasil*, Rio, 1915, págs. 122/3.

tério; nomeava os senadores vitalícios dentre as listas tríplices organizadas por via eleitoral (art. 101, 1.º e art. 43); opunha às leis e resoluções da Assembléia Geral um veto suspensivo que só podia ser removido pela reiterada aprovação do projeto nas duas legislaturas seguintes (art. 65). Em tais condições, é claro que o princípio constitucional da divisão dos poderes não significava que cada poder teria o exercício pleno de sua função. Também não significava que o órgão principalmente incumbido da função legislativa — a Assembléia Geral — se poderia considerar *independente* dos poderes Moderador e Executivo, reunidos na pessoa do Imperador. Por outro lado, as deficientes garantias dos juízes, que, pelo Imperador, podiam ser suspensos disciplinarmente (art. 154) e "mudados de uns para outros lugares pelo tempo e maneira" determinados na lei (art. 153), estavam longe de constituir um poder judicial "independente", conforme o qualificava a Constituição (artigo 151).

Como resultado de fatôres sociais e políticos, cujo exame escapa aos limites dêste trabalho, e com sólida base no texto da Constituição, acabou por afirmar-se incontrastável o "poder pessoal" do Imperador, o que valeu como o mais seguro desmentido ao princípio constitucional da "divisão e harmonia dos poderes políticos". O nosso incipiente parlamentarismo não chegou a representar uma restrição sensível às prerrogativas do Imperador, que se manteve no papel de árbitro das situações políticas, coordenador e dirigente de todos os poderes do Estado. O Visconde do Uruguai exprimia uma realidade, ao mesmo tempo política e jurídica, quando escreveu estas conhecidas palavras: "A máxima — o rei reina e não governa — é completamente vazia de sentido para nós pela Constituição". [3]

Embora o assunto comporte maiores explanações, [4] parece desnecessário insistir na demonstração de que, no Império, a divisão de poderes não passava de um mero princípio doutrinário. Não teve equivalência, nem na prática política, nem nas aplicações que dêle pretendeu fazer o próprio texto constitucional. Estranha, pois, que Pimenta Bueno tenha pensado encontrar na Constituição de 1824, que tantos louvores lhe mereceu, a realização satisfatória das idéias que enunciou nestes têrmos: "para que a divisão dos poderes ministre seus benéficos resultados, é de mister que seja real, que prevaleça não só de direito como de fato, que seja uma realidade e não sòmente nominal, que seja efetiva e não uma idealidade apenas escrita". [5]

O REGIME DE 1891

2. A nossa primeira Constituição republicana foi a que melhor e mais desenvolvidamente procurou aplicar a regra da divisão de poderes. Serviu-lhe de modêlo a norte-americana, elaborada sob os auspícios *oraculares* [6] de Montesquieu. Aqui, como lá, deu-se preeminência, não ao princípio da divisão de poderes — cujo desenvolvimento lógico mandava conferir a cada órgão, ou

---

3 *Ensaio sôbre o direito administrativo*, vol. II, pág. 157.

4 Consultem-se, para ilustração: Oliveira Viana, *O ocaso do Império*; Afonso Celso, *Poder pessoal de D. Pedro II*; Carlos Maximiliano, *Comentários à Const. Brasileira*, introdução.

5 *Direito público brasileiro*, Rio, 1857, pág. 33.

6 "O oráculo sempre consultado e sempre citado nesta matéria é Montesquieu" — diz *O Federalista*, no cap. XLVII pág. 192 do vol. II da ed. brasileira, traduzida anônimamente em 1840, no Rio, e reimpressa pela Imprensa Oficial do Est. de Minas, em Ouro Prêto, em 1896).

conjunto hierárquico de órgãos, o monopólio de cada função do Estado —, [7] mas a um sistema complexo de freios e contrapesos, em virtude do qual os diversos órgãos do Estado interferiam na atividade uns dos outros para evitar que qualquer dêles viesse a predominar sôbre os demais, e que, afinal, êsse avultamento de um dos poderes conduzisse à postergação dos direitos individuais estabelecidos na Constituição. Em vez do conceito da *divisão* ou *separação* dos poderes, deu-se ênfase ao conceito da *harmonia* dos poderes, os quais, entretanto, por fidelidade ao princípio, deveriam ser *independentes* uns dos outros.

Esmein, depois de mostrar os temperamentos e restrições que deve sofrer a teoria da divisão de poderes, julgando mesmo inevitável que o legislativo, pela natureza das suas funções, tenha preponderância sôbre os demais, assim conclui: "Mas, reconhecido isto, desaparece ou perde tôda a utilidade o princípio da separação dos poderes? De modo nenhum. Êle se reduz a isto: que os poderes reconhecidos como distintos devem ter titulares, não sòmente distintos, mas independentes uns dos outros, no sentido de que um dos poderes não possa, por si mesmo, demitir o titular de um outro poder. É nisto, na indemissibilidade recíproca, que faz o princípio ativo e benéfico. É por isso que os diversos poderes podem verdadeiramente, no limite de suas atribuições, controlar uns aos outros e se opor, quando necessário, no terreno legal, essas resistências pacíficas que salvaguardam a liberdade pública". [8]

Nesta decantação final da doutrina vemos acentuado, como seu traço característico e irredutível, a independência recíproca dos poderes. A distinção entre êles, no sentido de que cada função deva competir inteiramente a um órgão distinto, ou seja, que um órgão não possa se intrometer na ação de outro, fica evidentemente relegada a um segundo plano.

A nossa Constituição de 1891, julgada a êste respeito numa apreciação excessivamente sumária, assim entendeu e aplicou o princípio da divisão dos poderes, seguindo o modêlo norte-americano: deu prevalência ao conceito da independência dos diversos ramos do govêrno, sem contudo aplicá-lo de modo absoluto, e, quanto à distinção dos poderes, confiou principalmente, mas não exclusivamente, o exercício de cada uma das funções a cada um daqueles ramos.

O enunciado teórico do princípio constitucional era nestes têrmos: "São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si" (art. 15). O conceito de harmonia dos poderes substituiu o conceito de divisão ou separação dos poderes. [9] Isso parece não ter sido meramente ocasional, mas, ao contrário, intencional, porque a mesma fórmula "independência e harmonia dos poderes" veio a ser repetida em outro artigo do texto constitucional por ocasião da reforma de 1926 (artigo 6.º, II, *d*), e já figurava anteriormente, tanto no projeto da comissão constitucional (art. 12), como no projeto do Govêrno Provisório (art. 15). O conceito de independência dos diversos poderes, segundo a aplicação que dêle

---

7 Sôbre o que êle chama os exageros racionalistas da doutrina da divisão de poderes, veja-se Joseph Barthélemy, *Droit constitutionnel*, págs. 138 segs.

8 *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8.ª ed., tomo I, Paris 1927, págs. 505/6.

9 Dizia Barbalho: "... a divisão orgânica dos poderes não os insula; êles mantêm relações recíprocas, auxiliam-se e corrigem-se... Êsses diversos modos de interferência dos órgãos de uns nos outros poderes, quer quanto ao pessoal, quer quanto ao funcionamento, sem quebra da independência de cada um, estabelece entre êles relações e influência muito salutares, aproximando-os, dando-lhes a consciência de que são colaboradores e não rivais e, sem conflito, servindo de recíproco corretivo e contrapêso" (*Const. Fed. Brasileira*, Rio, 1902, com. ao art. 15, pág. 48).

fêz o texto constitucional, equivalia muito menos ao conceito de divisão dos poderes do que ao conceito pròpriamente de independência, que lhe deu Esmein, ou seja, indemissibilidade recíproca dos titulares dos diversos poderes.

Esclarecido êsse ponto doutrinário básico, passemos a comprovar esta interpretação com o exame das disposições que trataram de aplicar o princípio teórico.

3. Na órbita federal, o Poder Executivo foi confiado ao Presidente da República (art. 41); o Legislativo, ao Congresso Nacional, "com a sanção do Presidente da República" (art. 16); e o Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal e aos juízes e tribunais federais (art. 55).

A independência recíproca dêsses órgãos estava garantida principalmente pelas regras que seguem. O Presidente não podia dissolver o Congresso, nem demitir os membros do Judiciário, sendo que êstes só perderiam o cargo por sentença judicial (art. 57). O Judiciário não podia fazer cessar o mandato do Presidente, nem dos membros do Congresso. Por sua vez, o Congresso não podia demitir o Presidente, nem os juízes, nem influir legalmente na nomeação e demissão dos ministros de Estado, agentes da confiança presidencial. O julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos ministros, efetuado pelo Senado (arts. 33, 53 e 52, § 2.º), depois de decretada pela Câmara a procedência da acusação (art. 53), bem como o julgamento, pelo Senado, dos crimes de responsabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 57, § 2.º), pressupunham (não obstante o caráter eminentemente político do primeiro dêsses julgamentos) o requisito constitucional da figura delituosa, que, pelo menos formalmente, transpunha o problema do plano político para o plano jurídico-penal. Da mesma forma, a condenação, pelo Judiciário, de um dos membros do Congresso o privaria de continuar a exercer o mandato, mas por via de conseqüência, e não porque competisse politicamente ao Judiciário cassar mandato de congressista. As disposições apontadas realizavam, pois, o seu papel de garantidoras da independência recíproca dos diversos poderes, cujos titulares tinham o exercício de seus cargos resguardado do arbítrio político dos demais. O Presidente, a menos que incidisse em crime de responsabilidade, motivador do *impeachment*, terminaria o seu mandato eletivo de quatro anos, fôsse ou não do agrado do Congresso ou do Judiciário. Os congressistas também tinham seu mandato garantido contra o Executivo e o Judiciário, desde que não fôssem passíveis de pena criminal que lhes suspendesse ou privasse o exercício dos direitos políticos. Finalmente, os juízes, vitalícios, inamovíveis e com vencimentos irredutíveis, sòmente por uma ação delituosa ficariam privados da judicatura.

Por aí se vê a ênfase posta no conceito da independência dos poderes, o que era ainda confirmado por outras disposições constitucionais. Citaremos algumas delas.

Em primeiro lugar, era vedado pertencer alguém a mais de um dos ramos do Govêrno. A investidura legislativa era "incompatível com o exercício de qualquer outra função durante as sessões" do Congresso (art. 25), perdendo o mandato o deputado ou senador que aceitasse o cargo de ministro (art. 50, parágrafo único). Os ministros não podiam acumular o exercício de outra função pública, nem ser eleitos deputado ou senador (art. 50). Quanto aos juízes, em conseqüência da proibição já mencionada de acumularem ministros e congressistas o exercício de outras funções públicas, era-lhes vedado pertencer simultâneamente, seja ao Congresso, seja ao Executivo.

Em segundo lugar, a prisão e processo criminal de deputados e senadores dependia de licença da câmara respectiva, salvo nos casos de flagrância em crime inafiançável, e um julgamento prévio da procedência da acusação era feito ainda pela câmara a que pertencesse o acusado, se êste não optasse pelo

julgamento imediato (art. 20); tais precauções eram corolário da inviolabilidade dos deputados e senadores "por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato" (art. 19).

Finalmente, para não alongar as citações, a cada uma das câmaras competia verificar e reconhecer os poderes de seus membros, eleger a sua mesa, organizar o seu regimento interno, regular o serviço de sua polícia interna e nomear os empregados de sua secretaria (art. 18, parágrafo único); também era da competência dos tribunais federais organizar as respectivas secretarias e eleger o seu presidente, cabendo a êste nomear e demitir os funcionários da secretaria e prover, na respectiva jurisdição, os ofícios de justiça (art. 58).

O princípio da independência dos diversos poderes sofria, porém, restrições. O *impeachment*, de que já falamos, cuja conseqüência era a perda do cargo de Presidente da República, não podia deixar de ser um caso político de alta gravidade, cuja transcendência extrajurídica excedia desmesuradamente a configuração jurídico-penal que a Constituição formalmente lhe emprestava. [10]

De outro lado, enquanto que o chefe do Executivo e o Congresso eram eletivos (não dependendo, pois, jurìdicamente, a respectiva investidura um do outro), os membros do judiciário federal eram nomeados pelo Presidente da República, precedendo aprovação do Senado para a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal (art. 48, ns. 5 e 12). O Vice-Presidente da República, substituto do chefe do Executivo, era o Presidente do Senado, onde dispunha do voto de qualidade, embora não tivesse o voto ordinário (art. 32). O Presidente do Supremo Tribunal devia presidir o Senado, sempre que êste tivesse de funcionar como tribunal de justiça (art. 33, § 1.º). O Presidente da República é quem convccava as sessões extraordinárias do Congresso (art. 48, n.º 10). O Congresso julgava as contas da receita e da despesa de cada exercício financeiro (art. 34, n.º 1), apesar de ter sido antes julgada a sua legalidade pelo Tribunal de Contas (art. 89). O Vice-Presidente do Senado, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Supremo Tribunal eram substitutos do Presidente da República, na ordem indicada, desde que faltasse ou estivesse impedido o Vice-Presidente (art. 41, § 2.º). Finalmente, o Presidente e o Vice-Presidente da República não podiam ausentar-se do território nacional, sem permissão do Congresso, sob pena de perderem o cargo (art. 45).

Não obstante as restrições, de que apontamos êsses exemplos, é fora de dúvida que a Constituição se preocupou em garantir, em limites amplos, a independência recíproca dos três grandes ramos do Govêrno: o Presidente e o Ministério, o Congresso e o Judiciário.

4. Se, entretanto, não perdermos de vista que o princípio da divisão de poderes importaria, lògicamente, em confiar cada função a cada órgão independente, ou a cada sistema independente de órgãos, verificaremos que a simples independência dos três grandes ramos do Govêrno não equivalia a realizar a divisão dos poderes. E' que a nenhum dêsses ramos (órgãos) se atribuiu completamente o exercício da função que lhe devia competir. De um lado, atribuições que por natureza pertenciam a uma mesma função foram confiadas a ramos diversos, e, por outro lado, muitas atribuições só podiam ser exercidas pela ação conjunta de mais de um dos ramos do Govêrno. O princípio da divisão de poderes não deixou, entretanto, de ser o critério orientador da distribuição das atribuições, neste sentido: que a cada ramo independente foi

10 Nunca houve, entre nós, na esfera federal, um caso de *impeachment*. O conflito entre o Congresso e Deodoro, na infância da República, resolveu-se, como é sabido, fora do processo constitucional: num golpe de Estado, ao qual se seguiu a renúncia de Generalíssimo.

outorgada a maior soma de atribuições de cada função específica, ou a maior autoridade para solucionar os problemas implicados na respectiva função. Pode-se exprimir esta mesma idéia, dizendo-se que a cada órgão ou ramo do Govêrno coube, *em princípio*, o exercício de uma função específica. As transgressões a essa regra geral podem ser consideradas algumas vêzes simplesmente como exceções, outras vêzes como medidas tendentes a reforçar a independência recíproca dos diversos ramos.

5. Passemos a documentar essa análise, começando pela função legislativa. Em princípio, cabia a um ramo independente, — o Congresso. Entretanto, dependia da colaboração *a priori* do Presidente da República, através da sanção e do veto, e *a posteriori* do Judiciário, através do julgamento de constitucionalidade, válido para o caso sôbre que fôsse proferida a decisão.

A sanção e o veto não chegaram pròpriamente — no plano exclusivamente teórico — a importar uma quebra do princípio: em primeiro lugar, porque o silêncio presidencial em um decêndio equivalia à sanção (art. 37, § 2.º), sendo a lei promulgada pelo Vice-Presidente do Senado, se o Presidente da República ou o Presidente do Senado (que era o Vice-Presidente da República) não o fizessem aos prazos sucessivos de 48 horas (art. 38); em segundo lugar, porque o veto presidencial podia ser removido pela maioria especial de dois terços de cada uma das câmaras (art. 37, § 3.º), caso em que a última palavra sôbre o assunto continuava a caber ao ramo legislativo, o Congresso. Politicamente, porém, o veto era da maior relevância, pela evidente dificuldade de se reunir, em cada uma das câmaras, uma maioria de dois terços *contrária* ao pensamento presidencial.

Quanto ao contrôle *a posteriori* do Judiciário, êste era um obstáculo irremovível, tanto no plano teórico, como no plano prático. A reiteração da pecha de inconstitucionalidade nos diversos casos emergentes de uma mesma lei, embora válida cada decisão só para o caso especìficamente julgado, acabaria por anular a lei. Tivemos inclusive o caso de uma lei — da criação dos Tribunais Federais Regionais — que nem chegou a ser aplicada por ter sido prèviamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando êste discutiu a parte do seu regimento interno que viria a ser afetada por ela. [11]

Por outro lado, a expedição de regulamentos pelo Poder Executivo (artigo 48, I) era atribuição de natureza legislativa, embora o ato regulamentar seja hieràrquicamente subordinado à lei. [12] As delegações legislativas ao Poder Executivo, principalmente quando feitas em bases amplas, oferecem-nos ainda exemplo mais expressivo do exercício da função legislativa por um órgão que, em princípio, não era Legislativo. Combateu-se muito, entre nós, o uso da delegação na vigência da Constituição de 1891, precisamente com fundamento na divisão de poderes. Lembremos estas palavras de Rui Barbosa: "Tocando essa competência (legislativa) à legislatura da União "privativamente", como estabelece na proposição inicial do art. 35 o texto constitucional, claro está resultar dêsse próprio texto que a atribuição assim cometida ao legislativo federal é indelegável.... A própria letra dessa cláusula constitucional opõe-se logo, manifesta e irresistìvelmente, às delegações da autoridade legislativa. Mas, quando os mesmos textos da Constituição não bradassem contra tais abdicações de competência exclusiva do Congresso Nacional, um obstáculo ainda mais poderoso as vedava: a essência do nosso regime constitucional — que é, por natureza e substância, diversamente do parlamentar, um sistema de atribuições precisas, limitadas e intransferíveis entre

11 Cfr. Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio, 1943, pág. 61.

12 Desenvolvemos êste tema em outro trabalho publicado nesta revista, vol. I, fasc. I, pág. 371.

os poderes, nos quais a soberânia nacional tem os seus órgãos ordinários de ação". [13] Não obstante a oposição de grandes juristas, praticamos largamente a delegação de poderes na vigência da Constituição de 1891. [14]

O veto do Executivo na tarefa legislativa, segundo o próprio Montesquieu, tinha por fim, no plano político, "proteger" o Executivo, evitando que suas atribuições viessem a ser anuladas pelo órgão legislativo. [15] Aos autores da Constituição americana não escapou, porém, outra eficácia política do veto, e que era controlar os chamados "excessos" do Congresso, mesmo nas matérias em que não estivessem em jôgo as prerrogativas e atribuições do executivo. São de *O Federalista* estas palavras expressivas: "O primeiro motivo para armar com o "veto" o magistrado supremo é a necessidade de colocá-lo em estado de defender-se; e o segundo é a conveniência de defender a nação de más leis, que a precipitação, a inadvertência ou desígnios culpáveis puderem fazer admitir. Quanto mais freqüentes forem os exames porque houverem de passar as medidas públicas, tanto mais examinadas elas serão por homens colocados em situações diferentes, e tanto menos haverá que temer da falta de madureza nas deliberações ou de passos falsos produzidos pelo contágio de alguma paixão ou de algum de interêsse comum". [16] Por isso mesmo, só em parte se pode dizer que o veto contribuía para o propósito, anteriormente examinado, de garantir a *independência* dos poderes, ou seja, do ramo Executivo em face do Legislativo.

Quanto ao contrôle de constitucionalidade por parte do Judiciário, visou a regra substancialmente garantir a supremacia da Constituição sôbre as leis ordinárias e, por êsse meio, fazer respeitar, não só a linha divisória das competências federal e estadual estabelecida pelo regime federativo [17], que também adotáramos dos Estados Unidos, como ainda a linha divisória da competência dos diversos ramos do Govêrno, seja na esfera federal, seja na estadual [18], isto é, defender a independência dos poderes.

6. Quanto à repartição das atribuições compreendidas na função executiva, também encontramos exemplos do fenômeno apontado em relação à função legislativa. Em princípio, competia a função executiva ao ramo executivo, isto é, ao Presidente da República e aos demais órgãos subordinados da hierarquia administrativa. Não obstante, tanto ao Congresso como aos órgãos do Judiciário se confiaram atribuições de natureza executiva.

A constituição da mesa, o serviço de polícia interna e a nomeação dos empregados da secretaria, faculdades conferidas a cada uma das casas do Con-

---

13 *Com. à Const. Fed. Bras.*, coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. I, Rio, 1932, pág. 411.

14 O próprio Rui, que no trabalho antes citado invocava em apoio de sua tese diversos julgados da Côrte Suprema dos Estados Unidos, assim se exprimia em outro trabalho: "Os que no Brasil costumam profligar (e dêste número somos nós) êsse desvio do rigor constitucional, apóiam a sua crítica na opinião dos constitucionalistas americanos... Mas, se entre nós se conhecesse o direito administrativo daquela república, veríamos que êle registra e não condena a prática, também conhecida nos Estados Unidos, das delegações legislativas" (Cfr. *Revista Forense*, vol. 7, 1907, pág. 37. Este trabalho está reproduzido, em grande parte, no vol. III dos *Comentários à Const.*, págs. 203 e segs.).

15 *Op. loc. cit.*

16 Edição citada, vol. III, págs. 126/7.

17 Já tivemos oportunidade de desenvolver o tema das relações entre a competência legislativa federal e a estadual em outro artigo, publicado nesta revista, vol. I, fasc. II, pág. 765.

18 Um dos casos de intervenção federal nos Estados visava, segundo a redação dada pela reforma de 1926, garantir, na esfera estadual, "a independência e harmonia dos poderes" (art. 6, II, *d*).

gresso (art. 18, parágrafo único), eram tìpicamente executivas. Estas atribuições visavam, como é evidente, resguardar a independência do Congresso. Outras atribuições de natureza executiva que possuía o Senado isoladamente, ou o Congresso em seu conjunto, não tinham, porém, aquêle caráter. Assim, dependiam de aprovação do Senado a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos ministros diplomáticos (art. 48, 12), e a dos membros do Tribunal de Contas (art. 89). E entre as atribuições executivas do Congresso contavam-se: autorizar o Executivo a contrair empréstimos e fazer outras operações de crédito (art. 34, 2.º); autorizar a declaração de guerra (art. 34, 11), etc.

Os órgãos do Judiciário também possuíam funções executivas, como a nomeação dos empregados das secretarias dos tribunais e o provimento dos ofícios de justiça (art. 58), providências que visavam garantir a independência daquele poder. E muitas outras atribuições conferidas pelas leis aos juízes eram, em substância, executivas ou administrativas, como celebrar o ato do casamento, ordenar o registro de testamentos, velar pelo cumprimento da lei do sêlo nos atos forentes, correcionar os ofícios de justiça, conceder férias e licenças, etc.

7. No que toca à função jurisdicional, atribuída na sua quase totalidade aos órgãos judiciários, também algumas exceções se podiam contar, tôdas elas motivadas pela importância política das situações respectivas. Assim, os crimes de responsabilidade do Presidente da República e os dos ministros, conexos com os primeiros, seriam julgados, como já se disse, pelo Senado, depois do exame prévio da procedência da acusação pela Câmara dos Deputados (arts. 33, 53 e 52, § 2.º); os crimes de responsabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal eram da competência judiciária do Senado (art. 57, § 2.º); e cada uma das casas do Congresso não só verificava e reconhecia os poderes de seus membros (art. 18, parágrafo único), como ainda julgava da procedência da acusação nos crimes de que fôssem acusados (art. 20). Além disso, o julgamento das contas da receita e da despesa era feito, do ponto de vista legal, pelo Tribunal de Contas (art. 89), e do ponto de vista político pelo Congresso (art. 34, 1). A partir da reforma constitucional de 1926 ficou expresso o não cabimento de recurso judiciário contra a intervenção federal nos Estados, a declaração do estado de sítio, e a verificação de poderes, reconhecimento, posse, legitimidade e perda de mandato dos membros da Legislatura e do Executivo federal ou estadual, nem ainda, durante a vigência do estado de sítio, contra atos praticados em virtude dêle pelo Legislativo ou pelo Executivo (art. 60, § 5.º). A exceção das questões políticas, entendida como princípio implícito, também retirava ao Judiciário a apreciação da conveniência ou oportunidade dos atos legislativos ou executivos, cujo exame só podia ser feito sob o prisma da legalidade ou constitucionalidade, assunto em que conferimos ao Judiciário muito menor amplitude de ação do que a reivindicada com êxito pelos tribunais norte-americanos. [19]

Prevalecia, contudo, o princípio, que a doutrina e a jurisprudência desenvolveram, de que o Judiciário possuía o *virtual* monopólio da função judi-

---

19 "O Poder Judiciário no Brasil jamais se arrogou o contrôle da razoabilidade e conveniência dos atos, quer da Legislatura, quer da Administração, sendo êsse um traço a considerar no confronto entre a *judicial review* dos americanos e a nossa *apreciação jurisdicional.*

Como é sabido, através da fixação judicial do conceito de *due process of law* e da amplitude do *police power*, o Poder Judiciário dos Estados Unidos exerce profundo contrôle sôbre a própria orientação política do Legislativo, na fase executória das leis". (Seabra Fagundes, *Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo ilegal ou injusto*, separata da *Rev. do Serviço Público*, Rio, 1944, pág. 20).

cante, do ponto de vista da *eficácia formal* de suas decisões. Afora as restrições expressas no texto constitucional e as que resultassem necessàriamente da exceção implícita das questões políticas (atos discricionários), todos os demais litígios entre particulares, ou entre êstes e a administração, contanto que pudessem ser enquadrados nos limites do exame de legalidade ou constitucionalidade, eram passíveis de uma decisão judicial, obrigatória para os mais poderes. [20]

8. Ficou documentado, assim, que, ao lado da independência dos poderes, garantida por diversos meios, a divisão das funções pelos diversos ramos ou órgãos do Govêrno obedeceu a um critério bem mais maleável, evitando-se o monopólio de uma função por um órgão. Êsse critério, menos sensível em relação à função judiciária do que em relação às outras duas, provinha justamente do sistema norte-americano dos freios e contrapesos (*checks and balances*), em conseqüência do qual órgãos independentes uns dos outros deviam combinar sua ação, em graus variáveis, a fim de que uns pudessem eficientemente contrabalançar e controlar quaisquer *excessos* dos outros. No plano mais alto estava o princípio da supremacia da Constituição, cujas disposições — sòmente alteráveis mediante formalidades especiais, e mais difíceis de cumprir que as exigidas para a legislação ordinária — deviam presidir tôda a ação legislativa, executiva e judiciária, cabendo, assim, ao ramo menos *político* e mais técnico-jurídico do Govêrno — o Judiciário — a tarefa de interpretar, de modo final, o sentido e o alcance do texto constitucional. *We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is* — dizia HUGHES. [21]

Dentro de tal regime, procurava-se evitar a supremacia de qualquer dos três grandes ramos do Govêrno, sobretudo evitar a natural supremacia que resultaria para o Legislativo da própria natureza de suas funções [22], se não estivesse êle sujeito, de um lado, à indispensável colaboração prévia do Executivo, e, de outro, às limitações resultantes do primado da Constituição, cuja interpretação competia, em última análise, ao Judiciário. Aqui, como nos Estados Unidos, êsse sistema de freios e contrapesos visava, *principalmente*, dar garantia efetiva às liberdades ou direitos individuais consagrados na Constituição, que era posta acima das possíveis adulterações emanadas do ramo executivo ou do legislativo. Por conseguinte, instrumento de govêrno tìpicamente liberal.

Entretanto, o curso da nossa história política afirmou de maneira muito visível uma verdadeira supremacia, não jurídica, mas política, do Presidente da República, chefe do Executivo. A falta de madureza política do povo, a deficiente organização partidária, a infidelidade ou corrução do processo eleitoral, as famosas "depurações" na verificação dos poderes dos membros da legislatura — e governando tôda essa trama o braço do Executivo, que dispunha da fôrça, dos cargos públicos e do dinheiro do erário — foram os traços mais visíveis do mecanismo em virtude do qual o nosso Legislativo, na primeira república, foi quase sempre um dócil instrumento presidencial,

---

20 Nunca é demais citar, sôbre êsse tema, o trabalho de Francisco Campos, "O exercício pela administração de funções de natureza judicial", em *Pareceres*, Rio, 1934, páginas 255 segs.

21 *Apud* Castro Nunes, *op. cit.*, pág. 595.

22 Esmein, *op. cit.*, pág. 505; "Il est même inévitable que l'un des pouvoirs ait la prépondérance sur les autres, et celui-là est tout naturellement désigné : c'est le pouvoir législatif. Cela résulte de ce que, par les lois qu'il fait, il est le régulateur de tous les autres; cela résulte aussi et surtout de ce que, dans tous les pays libres, c'est lui qui vote et fixe le budget et que par là il tient dans ses mains la faculté redoutable d'arrêter l'action même de tous les pouvoirs et de toutes les fonctions".

incapaz de atingir aquela importância que chegou a alcançar na própria nação que serviu de modêlo às nossas instituições. Prosseguiu, assim, na primeira república, a despeito da organização jurídica dos freios e contrapesos, tão diversa do sistema imperial, o mesmo tipo de "poder pessoal" dos tempos da Coroa. O seu antigo titular vitalício, que era o Imperador, passou a temporário, na pessoa dos presidentes, eleitos muitas vêzes por influência de seus antecessores. Êsse processo histórico avultou em tal medida que um dos *slogans* da Revolução de 30 foi a necessidade de se corrigir a então chamada "hipertrofia do Executivo".

O GOVÊRNO PROVISÓRIO DE 1930

9. No período discricionário, que se seguiu à Revolução de 30, as funções executivas e legislativas foram acumuladas: no plano federal, nas mãos do Chefe do Govêrno Provisório; no plano estadual, nas dos interventores, nomeados e demitidos livremente pelo primeiro; e no plano municipal, nas mãos dos prefeitos, de livre nomeação e demissão dos interventores. [23]

Manteve-se a independência do Judiciário, mas as atribuições dêste ramo do govêrno ficaram sensìvelmente diminuídas em confronto com a situação anterior. Em primeiro lugar, pela ausência de uma Constituição, à qual pudesse conferir as leis emanadas do Executivo; em segundo lugar, pelas dificuldades e confusões lançadas no princípio da subordinação hierárquica dos regulamentos às leis, umas e outros expedidos segundo um mesmo padrão formal, o *decreto*. Além disso, não havendo um texto constitucional em que se pudesse basear o quase-monopólio da função judicial pelo Judiciário, instituíram-se órgãos administrativos com funções substancial e formalmente judiciais, como eram a Câmara de Reajustamento Econômico e o Tribunal Marítimo Administrativo. [24]

Prosseguiu, pois, nesse período, o fenômeno do "poder pessoal" do chefe do Executivo, o que, aliás, seria desnecessário mencionar pela própria natureza discricionária do regime provisório que antecedeu à Constituição de 1934.

O REGIME DE 1934

10. A assembléia que elaborou a Constituição de 1934, foi convocada e se reuniu após um período de agitação política, fermentado durante a ditadura e que culminara na revolução paulista de 1932. Os seus trabalhos foram dominados pela preocupação de evitar a hipertrofia do Executivo, como se verá, fàcilmente, não só dos debates que então se travaram, como também do texto constitucional em que a constituinte deu corpo às suas idéias e sentimentos. Isto se explicará, em parte, pelo predomínio, na assembléia, de homens que provinham da *oposição* aos governos do regime derrubado em 30 e, por outro lado, pelas próprias circunstâncias em que se convocara a assembléia, mais ou menos *imposta* pela revolução de São Paulo, um de cujos líderes viria a ser o Ministro da Justiça no govêrno constitucional que se inaugurou a 16 de julho de 1934.

---

23 Decreto n.º 19.398, de 11-11-1930.

24 Decreto n.º 24.233, de 12-5-1934. Decretos n.ºs 20.829, de 21-12-1931, e 24.585, de 5-7-1934. Cfr. Carlos Medeiros Silva, Comentário nesta revista, vol. II, fasc. II, pág. 948.

A Constituição da segunda república, elaborada sob influências doutrinárias contraditórias, teve de adotar soluções ecléticas [25], cujo sentido profundo, entretanto, só pode ser entendido se não perdermos de vista que a sua preocupação fundamental foi cercear os poderes e a conduta do Executivo. Não nos deteremos em mostrar os pontos em que ela reproduziu a tradição representada pela Constituição de 1891, tão longamente examinada do ponto de vista do nosso tema. Importa mais, para o confronto, notar os pontos em que inovou aquêle sistema.

A fórmula doutrinária da divisão de poderes sofreu ligeira mudança, tendo sido substituído o conceito de *harmonia* pelo de *coordenação* dos poderes. Dizia o art. 3.º: "São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si", competindo a coordenação dêles mais na intenção do que na realidade, ao Senado, cuja composição e atribuições eram reguladas no capítulo intitulado — "Da coordenação dos poderes".

A independência dos diversos ramos do Govêrno era garantida por processos análogos aos da Constituição de 1891. Quanto ao Executivo, mandato certo para o Presidente da República (art. 52), sujeito, porém, ao *impeachment*, que seria proferido por um tribunal especial (art. 58), após o julgamento prévio da procedência da acusação pela Câmara dos Deputados (artigo 58, § 4.º). Quanto ao Legislativo, indissolubilidade da Câmara dos Deputados e do Senado, retirada do Presidente da República a atribuição de convocar extraordinàriamente o parlamento (art. 92, e seu n.º VII).[26] Quanto ao Judiciário, mais explícita enumeração das garantias dos seus membros, expressamente estendidas à magistratura dos Estados (arts. 63 e ss. e 104 e ss.).

Entretanto, neste assunto, algumas alterações importantes foram feitas, tendo-se em vista sobretudo evitar os "abusos" do Executivo. Assim, o reconhecimento de poderes dos deputados e senadores, que antes competia às respectivas câmaras, passou a pertencer à Justiça Eleitoral, organizada por ocasião da eleição da assembléia constituinte [27] e incluída, pela Constituição, nos quadros do Poder Judiciário (arts. 63, *d*, e 82 ss.). Aquela primitiva atribuição das câmaras, considerada inerente à independência do Congresso, havia dado margem às "depurações" e, por isso, fôra transferida a um órgão judiciário, que oferecia melhores garantias contra a influência do Executivo no mecanismo da verificação de poderes, tão propício aos manejos partidários. Com a organização da Justiça Eleitoral visava-se, por outro lado, assegurar a lisura do processo eleitoral contra a praxe anterior das eleições viciadas pelas dádivas, pelas ameaças e pela coação, objetivo também colimado pela instituição do voto secreto (art. 181).

Outros pontos importantes, na nova formulação da *independência* dos poderes, foi a obrigação, para os ministros, de prestarem esclarecimentos à Câ-

---

25 Pedro Calmon: "Influências ecléticas, pan-européias, presidiram ao constitucionalismo de 1934: racionalização do após-guerra, Preuss e Kelsen de um lado, a Constituição espanhola do outro, choque entre as lições liberais de Rui Barbosa estigmatizando os vícios da República como a tivemos, e as soluções socialistas do novo ambiente doutrinário; conflito entre ideologias alheias, mentalidades inadaptadas, fôrças desprendidas do meio nacional, das tradições e sentimentos do país, a nossa sociologia e o nosso espírito..." (*Curso de direito público*, 2.ª ed., Rio, 1942, pág. 382).

26 É importante notar que, durante o intervalo das sessões legislativas, funcionava metade do Senado, com a designação de Secção Permanente do Senado, a qual podia exercer diversas das faculdades do Senado pleno e convocava extraordinàriamente a Câmara dos Deputados, quando necessário (art. 92).

27 Decreto n.º 21.076, de 24-2-1932 (Código Eleitoral).

mara e ao Senado, pessoalmente no primeiro caso (art. 37) e pessoalmente ou por escrito no segundo (art. 93), bem como a faculdade, que tinham tanto a Câmara como o Senado, de instituirem comissões de inquérito (arts. 36 e 92, VI). Medidas, como se vê, de precaução contra o Executivo, muito embora os ministros pudessem também requerer à Câmara dos Deputados que os ouvissem, mesmo que não houvessem sido convocados para êsse fim (art. 37, § 2.º). Por outro lado, embora o cidadão investido na função de um dos poderes não pudesse exercer a de outro (art. 3.º, § 2.º), os deputados que fôssem nomeados ministros não perderiam seus mandatos, como no regime anterior, mas apenas ficavam suspensos do exercício da função legislativa, onde eram substituídos pelos respectivos suplentes (art. 62).

Para o objetivo que temos em vista, bastam estas referências para mostrar que as alterações no mecanismo garantidor da independência dos poderes foram dirigidas sobretudo contra o Executivo. Essa preocupação fundamental torna-se ainda mais patente quando se examina como foram distribuídas as diversas funções pelos diversos ramos do govêrno.

11. Há que notar, em primeiro lugar, no tocante à distribuição das funções, a proibição das delegações legislativas ao Poder Executivo, que constituía a verdadeira substância do princípio genérico assim expresso pela Constituição: "E' vedado aos Poderes constitucionais delegar as suas atribuições" (art. 3.º, § 1.º). A Constituição levou, pois, neste ponto, a uma conseqüência bem avançada o princípio da divisão dos poderes, tornando a função legislativa privativa do órgão legislativo. Contudo, manteve o veto presidencial (art. 45), que procurou, ao mesmo tempo, enfraquecer, facilitando o processo de sua remoção pelas câmaras (art. 45, § 2.º). Também manteve a faculdade regulamentar — função substancialmente legislativa — nas mãos do Executivo (art. 56, 1.º), procurando, ao mesmo tempo, cerceá-la, quando permitiu ao Senado suspender a execução dos dispositivos regulamentares que ofendessem as leis regulamentadas (art. 91, II). Ainda no tocante à função legislativa, estabeleceu a Constituição um mecanismo destinado a dar ao julgamento de inconstitucionalidade proferido pelo Judiciário uma eficácia normativa, embora mantendo o princípio de que a decisão judicial só opera em relação ao caso concreto que foi objeto do julgamento. Referimo-nos à faculdade conferida ao Senado de suspender, total ou parcialmente, as leis ou regulamentos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV). Finalmente, ponto muito importante a notar relativamente à função legislativa, é que nem tôdas as leis dependiam da colaboração do Senado, podendo um grande número delas ser promulgado isoladamente pela Câmara dos Deputados (cfr. art. 91), que era impròpriamente chamada de Poder Legislativo (art. 40), enquanto que um maior número de atribuições, em confronto com a Constituição de 91, foi atribuído ao Senado independentemente da participação da Câmara (arts. 90 e 92).

Quanto ao Poder Executivo, além das atribuições executivas conferidas às Câmaras e ao Judiciário anàlogamente ao disposto na Constituição de 1891, algumas novas e importantes atribuições dêsse tipo foram confiadas às Câmaras, especialmente ao Senado, e ao Judiciário. Com referência ao Senado, notamos, p. ex.: autorizar empréstimos externos dos Estados, Distritos Federal e municípios (art. 90, *b*), suspender concentração de fôrça federal nos Estados (art. 90, *c*), dar concessão de terras em certas condições (artigo 130), propor ao Executivo a revogação de atos administrativos ilegais ou eivados de abuso de poder (art. 91, III). Por outro lado, a Câmara dos Deputados passou a ter a faculdade de eleger o interventor, ou autorizar

o Presidente da República a nomeá-lo, em certos casos de intervenção federal nos Estados (art. 12, § 1.º), tendo sido conferida idêntica faculdade ao Judiciário em um dos casos de intervenção (art. 12, § 5.º).

12. Não é necessário nos alongarmos mais para mostrar que a Constituição de 1934 se conduziu diferentemente da Constituição de 1891, tanto no que respeita à garantia da independência dos diversos ramos do Govêrno, como no tocante à repartição, entre êles, das diferentes funções do Estado. Numa visão muito sumária, podemos dizer que, enquanto a Constituição de 1891 procurou instituir um sistema de freios e contrapesos capaz de evitar a supremacia do Congresso, de acôrdo com o modêlo norte-americano [28], a Constituição de 1934 criou um sistema mais complicado, chamado de "coordenação dos poderes", destinado a evitar a supremacia do Executivo, que fôra o resultado histórico da nossa primeira experiência republicana.

Não foram bem sucedidos no seu intento os constituintes da segunda república, porque a sua obra não tardou a ser destruída, com a colaboração ativa e omissiva da primeira legislatura ordinária, que se seguiu, e na qual a maioria dos constituintes voltou a ter assento.

A lei n.º 38, de 4-4-1935, denominada Lei de Segurança Nacional, fortaleceu os poderes do Executivo no tocante às atividades consideradas subversivas da ordem política e social estruturada na Constituição. A revolta comunista de novembro de 1935 foi seguida da reforma da Lei de Segurança num sentido mais enérgico (Lei n.º 136, de 14-12-1935) e das emendas constitucionais ns. 1, 2 e 3, de 18 de dezembro do mesmo ano. A primeira estabelecia que a Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado, poderia autorizar o Presidente da República a declarar a comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parte do território nacional, devendo o decreto que assim dispusesse indicar as garantias constitucionais que não ficariam suspensas. As outras duas autorizavam o Executivo a demitir funcionários públicos e privar da patente e do pôsto oficiais das fôrças armadas, quando implicado em movimentos subversivos.

Foi decretado o estado de guerra, na forma da primeira emenda, e prorrogado sucessivamente, sempre com autorização das Câmaras, [29], que assim armaram o Executivo dos imensos poderes decorrentes da suspensão das garantias constitucionais, inclusive das imunidades parlamentares. Simultâneamente, criava-se um tribunal especial para julgar os crimes políticos (Lei n.º 244, de 11-9-1936). A última prorrogação do estado de guerra foi autorizada e decretada no dia 2 de outubro de 1937, e um mês e oito dias depois era o parlamento dissolvido: o chefe do Executivo, "com o apoio das fôrças armadas" e de todos, menos um, de seus ministros, revogava a Constituição de 1934 e promulgava a Constituição de 10 de novembro, que iria centralizar poderes pràticamente ditatoriais nas mãos do Presidente da República. Restabelecia-se, assim, mas em grau e com duração até então desconhecidos na

---

28 Leiam-se, no cap. XLVIII d'*O Federalista*, as graves advertências sôbre as "emprêsas ambiciosas" do Poder Legislativo, contra o qual "o povo deve dirigir os seus ciumes e esgotar tôdas as precauções".

29 Decreto legist. n.º 8, de 21-12-1935; Decreto n.º 542, de 24-12-1935; Decreto n.º 702, de 21-3-1936; Decreto n.º 789, de 3-5-36; Decreto legisl. n.º 20, de 18-9-36; Decreto n.º 1.100, de 19-9-36; Decreto legisl. n.º 58, de 16-12-36; Decreto n.º 1.259, de 16-12-36; Decreto legisl. n.º 68, de 12-3-37; Decreto n.º 1.506, de 17-3-1937; Decreto legisl. n.º 117, de 2-10-37; Decreto n.º 2.005, de 2-10-37.

nossa tradição política, o "poder pessoal" do chefe do Executivo, que fôra interrompido por tão breve período, ou seja, de 16 de julho de 1934 até abril de 1935, quando a Lei de Segurança abriu o ciclo das medidas de fortalecimento dos poderes do Chefe de Estado.

O REGIME DE 10 NOVEMBRO

13. Na Constituição de 1937 não figurou mais o princípio doutrinário, existente nas anteriores, da independência e harmonia, ou coordenação, dos poderes. Ao contrário, o Presidente da República foi expressamente erigido em "autoridade suprema do Estado" (art. 73).

E' desnecessário, neste trabalho, analisarmos os numerosos e diferentes meios pelos quais a Constituição de 10 de novembro efetivamente concretizou o princípio da supremacia do Chefe de Estado, porque não se chegaram a constituir nem o Parlamento nem o Conselho da Economia Nacional, nela previstos, nem tão pouco foram outorgadas as constituições estaduais, como mandava o art. 181. Durante tôda a vigência da Carta de 37, ficou o chefe do Executivo investido de plenos poderes executivos, legislativos e constituintes [30], sendo os Estados governados por interventores de sua exclusiva confiança (inclusive Minas Gerais, cujo Governador era equiparado aos interventores), e os municípios governados por prefeitos da confiança dos interventores. [31] Além disso, durante quase todo o período de vigência da Constituição de 37, estiveram suspensas as garantias individuais, a princípio pelo estado de emergência, decretado nas disposições transitórias do próprio texto constitucional (art. 186), e depois, sem solução de continuidade, pelo estado de guerra, motivado pela nossa participação no conflito mundial. [32] A situação dos militares, dos juízes e dos funcionários civis também ficara dependendo do critério presidencial, permitida que estava a sua reforma ou aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, por necessidade da administração ou conveniência do regime. [33]

Tais referências são suficientes para ilustrar a extensão dos poderes presidenciais, verdadeiramente sem limite algum, pela faculdade, que passou a exercer o Presidente, de remover os próprios obstáculos constitucionais, reformando a Constituição. Estamos tratando, convém repetir, da maneira como foi a Constituição efetivamente executada, e não do mecanismo que ela previu mas não chegou a ser estruturado, no qual os poderes do Presidente, embora extensíssimos, não tinham tamanha latitude.

Cumpre observar, porém, que o Judiciário manteve, em princípio, suas tradicionais atribuições de julgar da constitucionalidade das leis e aferir da legalidade e constitucionalidade dos regulamentos. Entretanto, a faculdade, que tinha o chefe do Executivo, de anular o julgamento de inconstitucionalidade [34], bem como de livremente reformar a Constituição e expedir leis re-

30 Tivemos vinte leis constitucionais (emendas à Const. de 37), sendo dez no Govêrno Getúlio Vargas e outras dez no Govêrno José Linhares.

31 Decreto-lei n.º 1.202, de 8-4-1939, alterado pelo Decreto-lei n.º 5.511, de 21-5-1943.

32 Decreto n.º 10.358, de 31-8-1842.

33 Art. 177 da Const., tornado de vigência indeterminada pela Lei Const. n.º 2, de 16-5-1938. O art. 177 foi revogado pela Lei Const. n.º 12, de 7-11-1945.

34 Art. 96, parág. único, da Const., o qual foi revogado pela Lei Const. n.º 18, de 11-12-1945.

troativas, era suficiente para negar qualquer eficácia àquelas atribuições do Judiciário, desde que se tratasse de alguma questão importante do ponto de vista do Govêrno. Além do mais, como já observamos, o afastamento dos juízes pela forma de aposentadoria sumária e *ad libitum* do Executivo, permitida no art. 177 da Constituição, reforçava a posição do Govêrno em face do Judiciário. Por outro lado, contribuía para o mesmo fim a constitucionalização da justiça especial (Tribunal de Segurança Nacional) [35], composta de juízes sem as garantias dos membros do Poder Judiciário. Finalmente, a duração indeterminada e longa dos estados de emergência e de guerra limitava sensìvelmente a competência da Justiça, impedida de conhecer dos atos do Govêrno praticados em virtude da suspensão das garantias constitucionais. [36] A proibição do mandado de segurança contra atos do Presidente da República, dos ministros, dos governadorse e interventores [37] produzia efeitos similares, embora muito mais limitados, porque essa restrição não vedava o ajuizamento do litígio dentro de outros ritos processuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

14. Terminada, como ficou, a análise, algumas vêzes em traços muito sumários e incompletos, das nossas quatro constituições no que toca ao problema da divisão de poderes, algumas considerações finais se fazem necessárias.

Do ponto de vista jurídico, o princípio da divisão dos poderes, ou a sua forma atenuada de independência e harmonia dos poderes, pode ser muito fértil na interpretação das questões de direito que se suscitem no campo das relações entre os diversos poderes, ou seja, no que se refere às relações entre as leis, os atos administrativos (inclusive os regulamentos) e as decisões judiciais. Contudo, o alcance dessas conseqüências depende essencialmente do que estiver expresso no texto constitucional, pois, como já acentuamos, são numerosas as formas pelas quais se pode, na prática, traduzir o princípio da independência dos poderes, ou dividir entre os vários órgãos ou ramos do Govêrno as diversas funções do Estado. Assim, p. ex., em nome da divisão de poderes, cuja garantia máxima seria a supremacia e rigidez da constituição, se pode entender que o Judiciário deve julgar da constitucionalidade das leis, como é corrente entre nós, por influência da doutrina e da prática norte-americanas. Mas, em nome do mesmo princípio da divisão de poderes, se pode negar essa faculdade ao Judiciário, como ocorreu na França. [38] O exame do texto é em tais casos de suma importância, porque as conseqüências jurídicas de que se trata estão compreendidas no problema das competências, e é na Constituição que, modernamente, se estabelece a linha divisória das competências dos diversos ramos do Govêrno. Não fornece a doutrina da divisão dos

---

35 Arts. 122, n.º 17, e 172 da Const. O Tribunal de Segurança foi extinto pela Lei Const. n.º 14, de 7-11-1945.

36 O estado de guerra foi suspenso pelo Decreto n.º 19.955, de 16-11-1945; e o estado de emergência, pela Lei Const. n.º 16, de 20-11-1945, que revogou o art. 186 da Const.

37. Decreto-lei n.º 6, de 16-11-1937 (art. 16); art. 319 do Cód. de Processo Civil.

38 Esmein: "En Europe, il en a été autrement, et en général, même sous l'empire des Constitutions écrites impératives et limitatives, l'idée s'est fait recevoir que les tribunaux n'avaient aucunement le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois... cette doctrine a toujours persisté chez nous, et généralement on la présent comme une rigoureuse application du principe de la séparation des pouvoirs" (*op. cit.*, págs. 633 e 634).

poderes, a êsse respeito, senão um critério muito genérico, que manda considerar cada função do Estado como atribuída *predominantemente* a cada ramo do Govêrno, pois os regimes políticos não costumam atribuir a cada ramo do Govêrno o *monopólio* da função respectiva.

Do ponto de vista político, o que se observa é que no longo período da nossa história política, que vai do Império até os dias atuais, tem sido manifesta a preponderância do Poder Executivo, encarnado, em suas prerrogativas supremas, na pessoa do Chefe de Estado. [39] Êste, no período republicano, repartia sua decisiva influência com os presidentes ou governadores dos grandes Estados (São Paulo, Minas, Bahia, Pernambuco, Rio Grande do Sul), ou eventualmente com as principais figuras das fôrças armadas (como no período do Estado Novo), ou com algum líder de grande prestígio pessoal (como foi o caso de Pinheiro Machado). De qualquer forma, porém, predominância do Poder Executivo, elevada ao máximo de sua expressão no período inaugurado oficialmente a 10 de novembro de 1937, mas que a rigor deve retroagir, pelo menos, até a reforma da Constituição de 16 de julho (fins de 1935) e a conseqüente decretação dos sucessivos estados de guerra (1936 e 1937), senão até novembro de 1930, quando se inaugurou o govêrno discricionário da revolução, de vez que a plena vigência da Constituição de 1934 foi um breve interregno de escassa importância.

Não cabe neste artigo um exame mais profundo, de natureza sociológica, dêsse fenômeno, que apenas constatamos, para mostrar que, mesmo contra o espírito e a letra das constituições (como ocorreu nos regimes de 91 e 34), os fatos produziram sempre uma acentuada concentração e unificação de poder, desprezando o princípio dos freios e contrapesos que os nossos primeiros republicanos foram buscar nos Estados Unidos. Esta verificação é muito importante no momento em que se procura dotar o país de uma nova Constituição. Importante, não porque estejamos sugerindo, como poderia parecer a um observador desatento, que a supremacia do Executivo deva ser mantida por ser conforme à nossa tradição, mas porque não basta consignar no papel providências destinadas a evitar essa conseqüência, sem que antes se tenham aprofundado as causas do fenômeno. O exame dessas causas, sob muitos de seus aspectos, escapa à nossa capacidade, mas talvez seja oportuno e acertado um prognóstico. Não parece possível, no mundo moderno, estruturar o Estado na base de poderes rivais, que se proponham obstar ou dificultar a ação uns dos outros, como imaginaram os doutrinadores do liberalismo político. Hoje, mais que ontem, o Estado exige uma ação em larga escala unificada, para ser eficaz. E, se se quiser evitar a predominância do Executivo, tão constante em nossa história política, não se obterá resultado satisfatório apenas limitando-se suas atribuições pela ação dos outros ramos do Govêrno. Será preciso ir mais longe, procurando unificar a atuação do Estado nas mãos do Parlamento, mas garantindo a êste, como é evidente, os meios de atuar com eficiência, sobretudo através do estudo meticuloso da experiência das instáveis e ineficientes assembléias dos regimes parlamentares europeus que se seguiram à primeira Grande Guerra.

---

39 Veja-se a êste respeito o ilustrativo artigo do Ministro Castro Nunes, "O poder executivo na evolução política do Brasil", na *Rev. forense*, vol. 74, pág. 14.