

DOCTRINA

A interpretação das leis e o princípio da separação dos poderes

C. A. LUCIO BITTENCOURT

Consultor jurídico do D.A.S.P.

Argue-se contra a tese que vimos sustentando, no sentido de considerar a interpretação parte integrante do processo legislativo, que, sendo esta levada a efeito pelos órgãos que exercem a função jurisdicional do Estado, especialmente pelo Poder Judiciário, o nosso ponto de vista importa confundir e unificar as funções normativa e jurisdicional, atentando contra o princípio da separação dos poderes.

A objeção é habil e inteligente. Falta-lhe, todavia, uma estrutura sólida, que a torne invulnerável, bastando observação mais acurada ou estudo mais detido, para que rua, sem deixar pedra sobre pedra. Para os juristas, porém, que constroem todo o seu pensamento sobre a chamada doutrina de MONTESQUIEU, como o geômetra que se atem ao postulado euclideano, ela parecerá, de todo em todo, irremovível. Não escrevemos, porém, para “juristas” desse tipo, senão, apenas, para os que, de inteligência arejada, visão larga e coração aberto, querem separar da ganga o minério da verdade. A estes e não àqueles que se encastelam em princípios preconcebidos e murmuram, sistematicamente, *vade retro* contra as idéias novas, é que oferecemos o nosso estudo.

Diga-se, porém, inicialmente, que a teoria da separação dos poderes, tão reiteradamente violada, não constitui mais um dogma ou um postulado pacificamente aceito pelos juristas, tendo sido, ao contrário, demonstrada a sua insubsistência, provado como ficou que ela é fruto de equívoco decorrente de errônea interpretação dos trabalhos de MONTESQUIEU e que não se sustem, quando trazida da doutrina dos tratados para a objetividade das situações sociais.

Entre nós, essa asserção já foi demonstrada, de forma irresponsável, com segurança, maestria e

brilho, pelo professor BILAC PINTO (1), em sua tese sobre a “Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública”, que traçou novos rumos ao Direito Administrativo Brasileiro. Analisando o Liv. XI do *Esprit des Lois* e especialmente o Capítulo VI, indicado como a fonte da teoria, o professor BILAC PINTO torna certo que Montesquieu não se propôs a defender “nenhum princípio a que quisesse emprestar a rígida conformação de um postulado eterno”, mas objetivou tão somente descrever as instituições políticas de vários povos, evitando afirmações categóricas. E', aliás, o que dimana, claramente, das próprias expressões com que MONTESQUIEU encerra o referido Liv. XI do *Esprit des Lois*:

“Fin de ce livre.

Je voudrais rechercher, dans tous les gouvernements moderés que nous connaissons, quelle est la distribution des trois pouvoirs et calculé par là les degrés de liberté dont chacun d'eux peut jouir. Mais il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet qu'on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser”.

Em todo o *Esprit des Lois* — como no Tratado de LOCKE (2) — não se encontra enunciada a separação de poderes, tal como a adotaram as legislações de alguns povos, inclusive a Constituição Francesa de 1791. Ainda menos teórico do que LOCKE — diz DUGUIT (3) — MONTESQUIEU não

(1) BILAC PINTO — *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, “Revista Forense”, Rio, 1941.

(2) JOHN LOCKE, no segundo dos seus *Two Treatises of Civil Government* (1869) admitia, também, três poderes que denominava *Legislativo*, *Executivo* e *Federativo*. Estes dois últimos foram considerados por MONTESQUIEU com os nomes de *Judiciário* e *Executivo*, respectivamente.

(3) LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 12.^a ed., Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Paris, 1923, Tomo XII, pg. 519; “Pas plus dans l'*Esprit des Lois* que dans le *Traité du Gouvernement Civil*, on ne trouve

tinha outro alvo senão descrever a Constituição Inglesa, sendo este, aliás, o título do célebre Capítulo VI do Livro XI do *Esprit des Lois*, mostrando que nenhuma outra constituição garantia mais completamente a liberdade individual do que essa. Aliás, a expressão consagrada — *separação dos poderes* — não se encontra uma vez, sequer, na obra do pensador francês (4), que se limitou a falar em “equilíbrio” (*balance*) e “distribuição dos poderes” (*distribution des pouvoirs*).

Por outro lado, embora se limitasse a explanar a Constituição Inglesa, MONTESQUIEU incidiu em erro de interpretação, porque não é possível falar em equilíbrio ou distribuição de poderes no sistema governamental britânico, uma vez que o governo de gabinete — como diz GETTELL — pressupõe uma combinação de funções executivas e legislativas (5).

De fato, como salienta o Comité de Poderes Ministeriais — *Committee on Ministers Powers* — em seu relatório apresentado ao Parlamento inglês, em abril de 1932, existia na Inglaterra, ao tempo de Montesquieu, uma divisão de poderes de governo, que, todavia, não era rígida e não tinha, de forma alguma, o caráter que lhe atribuiu o filósofo francês, dado que o poder legislativo era exercido concomitantemente pelo Rei e pelas duas casas do Parlamento, e as Cortes, por seu turno, mantinham controle administrativo sobre a maquinação dos governos locais. “Na esfera destes as linhas entre as

la séparation des pouvoirs telle que l'ont comprise les constituants de 1791. Encore moins théoricien que Locke, Montesquieu n'a d'autre but que de décrire la constitution d'Angleterre (c'est d'ailleurs le titre du célèbre chapitre VI du Livre XI de l'Esprit des Lois) et de montrer que cette constitution mieux que toute autre garantit la liberté. L'expression “séparation des pouvoirs” n'est pas employée une seule fois par Montesquieu”...

(4) OSKAR GEORG FISCHBACH, *Derecho Político General Y Constitucional Comparado*, Trad. Espanhola de Rocés e Legaz, Ed. Labor, 1934, pg. 48: “la teoría de la separación de los poderes — mejor sería decir “equilibrio”, traducción exacta de la palabra empleada por Montesquieu: *balance* — está estrechamente relacionada con el concepto de dictadura”.

(5) RAYMOND G. GETTELL, *História das Ideias Políticas*, Trad. Bras. de E. Salgueiro, Alba Ed., Rio, 1941, pg. 295: “A doutrina da divisão dos poderes exerce profunda influência entre os Americanos, embora se funde em uma interpretação errada da Constituição Inglesa, posto que a existência de um governo de gabinete pressupõe uma combinação de funções executivas e legislativas”.

diferentes funções do governo não eram meramente imprecisas, mas inexistentes” (6).

Compreende-se, aliás, que o filósofo francês haja incidido em erro, porque, não sendo escrita a constituição inglesa, não dispôs ele, para o seu estudo, de instrumento onde se encontrassem perfeitamente caracterizados e definidos os poderes e as funções dos vários órgãos do governo. A Inglaterra era, àquele tempo, como lembra PFIFFNER, o único país onde havia um Judiciário relativamente independente e MONTESQUIEU, impressionado com esse fato, exagerou-o, apresentando os poderes como autônomos, sem levar a efeito observação mais detida, que lhe mostraria, de pronto, o controle do Rei sobre o Parlamento, por meio de seus ministros, e a confusão existente, na prática, sob muitos aspectos, entre as máquinas judiciária e administrativa (7). Daí o dizer FRITZ STIER-SOMLO (8), no seu magistral estudo, “*Die Dreiteilung der Gewalten*”, que a doutrina de Montesquieu apresenta erros fundamentais — *grundlegende Irrtümer* — especialmente no tocante ao que ele julgou ser a

(6) Great Britain: Committee on Ministers Powers. Report Presented by the Lord High Chancellor to Parliament by Command of His Majesty. Abril, 1932: “In the eighteenth century the fact that the powers of the State were shared between the King and Parliament, and the Courts, and the fact that the powers of the Legislature were shared between the King and the House of Representatives and the House of Commons, were the most obvious features of the English Constitution and English constitutional law, and the most obvious contrasts to the despotic and centralized monarchical governments of the Continent”... “In the sphere of local government, the lines between the different functions of government were not merely blurred but disappeared”.

(7) JOHN M. PFIFFNER, *Public Administration*, Ronald Press Co. Ed., New York, 1935, pgs. 380-81.

Vede, também, WILLIAM BENNET MUNRO — *The Governments of Europe*, McMillan, New York, 1935, pg. 44 e *The Government of the United States*, McMillan, New York, 1933, pgs. 76-77 — para quem Montesquieu errou, iludido pelas aparências, *he was misled by superficial appearances*.

Cnf. ainda ERNEST S. GRIFFITH, *The Impasse of Democracy*, Harrison — Hilton Books, New York, 1939, pgs. 176; HAROLD J. LASKI, *Authority in Modern State*, Yale U. Press, New Haven, 1937, pgs. 70 e segs.; JAMES HART, *An Introduction to Administrative Law*, F. S. Crofts Co., New York, 1940, pg. 147.

(8) FRITZ STIER-SOMLO, *Die Dreiteilung der Gewalten*, in *Handbuch der Politik*, Walther Rothschild Ed., Berlin, 1920, vol. I, pg. 216: “Bei näherem Eindringen wird aber deutlich dass die Lehre Montesquieus nicht nur recht verschiedener Auffassung fähig ist, sondern dass sie, unbeschadet ihrer weltgeschichtlichen Bedeutung, nicht ohne grundlegende Irrtümer insbesondere über das ist, was sie für die richtige englische Staatslehre gehalten hat, und dass die Staatsentwicklung wie das Verfassungsleben keineswegs ihren Grundansichten entsprechen”.

exata doutrina do Estado Inglês e que de nenhum modo — *keineswegs* — corresponde à realidade.

A doutrina da separação de poderes, tal como normalmente a atribuímos a Montesquieu, jamais conseguiu abrigo no sistema governamental britânico, não logrando também firmar-se no continente, pois a própria França, que a incluiu na Declaração dos Direitos do Homem (9) e nas Constituições de 1791 e 1848 (10), não a reproduziu nas leis constitucionais de 1875. Tal doutrina só criou raízes na América, incorporando-se a Constituições estaduais dos Estados Unidos (11), juntamente com o princípio dos freios e contrapesos, o que levou WILLIAM BENNET MUNRO a sustentar que a idéia referente ao assunto constitui um “*americanismo*” (12).

De qualquer forma, no entanto, mesmo na América do Norte, a doutrina, praticamente, só existiu na letra da lei, não encontrando éco na realidade dos fatos (13), tendo, simplesmente, como

diz LASKI, um “*paper merit*”, sem maiores consequências (14).

E' que tal teoria, se for rigidamente aplicada, tornará impossível o exercício do governo, cujas operações não toleram nem admitem semelhante divisão artificial. Por isso mesmo é que MUNRO diz que a independência absoluta dos três grandes departamentos do governo conduziria a administração à inércia, não sendo nem desejável nem praticável (15). Apesar de quanto se tem escrito sobre o assunto e da propaganda que se tem feito, essa separação não é encontrada em nenhum país do mundo, constituindo, quando muito, um “*ideal inatingível*” — *sein Grundsatz sich in keinem Staate der Welt ganz verwirklicht findet un ein vielleicht gar nicht unbedingt zu billigendes Ideal bleibt* (16).

Equívocou-se, pois, RUI BARBOSA, quando sustentou que “a fórmula dos três poderes, fórmula que tem as suas primeiras raízes nos livros de ARISTÓTELES (17), conta quase dois séculos de idade ativa na ciência das Constituições” (18). Tal fórmula jamais esteve no *estado ativo*, não tendo, em tempo algum, logrado cristalizar-se em realidade. Ainda não se conseguiu um meio para segregar, de maneira completa, em compartimentos estanques, aquelas três funções.

No próprio regime americano, em que se moldou a nossa primeira constituição republicana, vemos o chamado Poder Executivo intervir na feitura das leis, pelo exercício do *veto*, que constitui,

(9) Art. 16: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution”.

(10) Art. 19: “La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre”.

(11) A Constituição Federal Americana não dispõe expressamente sobre a separação dos poderes, mas esta tem sido considerada *implicitamente* estabelecida, especialmente em face das frases iniciais dos arts. I, II e III. A Corte Suprema já decidiu mesmo, que a referida separação constitui um dos principais méritos do sistema americano, “*one of the chief merits of the American system*” (Kilbourne v. Thompson, 103 U. S. 188). E', aliás, o que ensina J. ROLAND PENNOCK, quando escreve: “This formulation is more precise and explicit than will be found in the constitution of the federal government or those of many of the states, but the courts have regularly held this meaning is implicit in all of them” (*Administration and the Rule of Law*, Farrar and Rinchart Inc., New York, 1941, pg. 11).

As primeiras Constituições que enunciaram, precisamente, o princípio foram as de Massachusetts, de Maryland, de North Caroline e de Virginia, a primeira das quais assim dispunha: “In the government of this commonwealth the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers or either of them: the judiciary shall never exercise the legislative and executive powers or either of them”...

(12) WILLIAM BENNET MUNRO, cit. *The Governments of Europe*, pg. 44: “The idea that the executive and legislative branches of the government should be a check and balance to one another is an Americanism and never gained any hold in Europe”.

(13) Apesar de adotada pelos Americanos, a teoria jamais foi, de fato, obedecida: “Letztere (die Gewaltenteilung) haben auch die Amerikaner anerkannt, aber tatsächlich niemals rein durchgeführt” (FRITZ STIER-SOMLO, *op. cit.*, pg. 218).

(14) HAROLD J. LASKI, *Authority in the Modern State*, Yale University Press, New Haven, 1937, pg. 71: “It is in fact a paper merit for the simple reason that in practice it is largely unworkable”... “The truth is that the business of Government does not admit any exact division into categories”.

(15) WILLIAM BENNET MUNRO, cit. *Government of the United States*, pgs. 76-77: “In the rigid form which Montesquieu gave it, moreover, the theory of checks and balances is unworkable. The absolute independence of the three great departments of government would bring administration to a standstill”.

(16) Citado FRITZ STIER-SOMLO, pg. 217.

(17) Muito embora ARISTÓTELES tenha nos *Caps. XIV-XVI* do Livro IV da *Política* sustentado, em verdade, a divisão tripartida das funções do Estado, não é certo que tenha ele, de qualquer modo, sugerido a segregação ou separação de tais funções em órgãos independentes.

(18) “O art. 6.º da Constituição e a Intervenção de 1920 na Baía”, in *Comentários à Constituição Federal Coligidos e Ordenados por Homero Pires, Saraiva & Cia.*, Ed., 1932, vol. I, pg. 407.

sem a menor dúvida, função de caráter legislativo; exercer, também, função de caráter judiciário, como a graça aos condenados, intervindo, ainda, na nomeação e promoção dos juizes. O Poder Legislativo exerce funções de caráter administrativo quanto ao pessoal de suas secretarias e no que concerne à confirmação, pelo Senado, de certas nomeações feitas pelo Presidente; exerce função judiciária, constituindo-se em tribunal, para julgamento do *impeachment*. O Judiciário exerce funções administrativas quanto ao seu pessoal e intervem no processo legislativo, por meio do *veto judiciário*, ou seja, pela declaração de inexistência das leis inconstitucionais.

Os patriarcas do regime americano, apesar de influenciados pelo *Esprit des Lois* e querendo adotar a suposta doutrina de Montesquieu, não conseguiram tornar realidade o seu *sonho*, falhando no estabelecer uma separação rígida das atividades tipicamente pertinentes ao campo de ação de cada um dos poderes.

E se, independentemente da verificação feita, quisermos analisar, um por um, os atos atribuídos, privativamente, a cada um dos departamentos do governo, verificaremos que, em última análise, todos eles exigem a concorrência das três funções primárias — *legislativa, interpretativa e executiva*. Tais funções constituem, normalmente, *fases* da atividade humana, encontrando-se integradas, via de regra, em todos os atos do homem. Excetuados os casos de trabalho puramente mecânico, como os efetuados ao longo da cadeia ambulante de Ford, o homem, normalmente, decide *o que* vai fazer, *interpreta* o alcance de sua decisão e passa a *agir*. Quando a decisão do que vai ser feito não lhe cabe, ainda assim, na grande maioria das vezes, o homem pode decidir *como* vai fazer ou *quando* vai fazer. Foi justamente a observação de inúmeros casos, nas mais variadas funções, que levou dois estudiosos de problemas de organização do trabalho a afirmar que, frequentemente, se verifica a presença das três funções primárias na mesma tarefa — “*the frequent presence of all three primary functions in the same job*” (19).

O professor CARL J. FRIEDRICH (20), que longamente tem estudado a questão em debate, apre-

senta uma ilustração simples e acessível de como é falha de sentido a separação dos poderes, analisando a compra de um chapéu — *the purchase of a brown hat*. É preciso, preliminarmente, resolver que o chapéu deve ser comprado; depois, tem que ser levada a efeito, ou executada, a compra; por fim, deve-se decidir qualquer controvérsia relacionada com o assunto. Isto ocorre, diz o citado professor na Universidade de Harvard, trate-se de um chapéu ou de um *bonnet*, seja ele marron ou vermelho.

Tudo o que se disse torna certo que a doutrina atribuída a Montesquieu é falha, não só em face de observações experimentais, que evidenciaram a sua impraticabilidade, mas é ainda falha e errônea do ponto de vista lógico, pois, como diz ORLANDO, uma separação efetiva e mecânica das várias formas de atividade do Estado é tão possível quanto cortar em pedaços um organismo vivo e pretender que ele continue a funcionar — “*tagliare a pezzì un organismo vivente pretendendo che continui a funzionare*” (21).

É em tal doutrina, cuja falsidade foi demonstrada lógica e experimentalmente, que se pretendem fundar os opositores da tese que sustentamos. A objeção, porém, nos permitiu chegar, justamente, à meta oposta à que visavam. Vimos a impraticabilidade de distinguir, por meio de uma reta inflexível, as diversas funções. É impossível dizer onde começa uma e onde acaba a outra. Legislador e Magistrado, ambos se completam, na missão de conduzir a bom termo as funções do governo. A interpretação da lei é a zona cinzenta, que liga a função normativa à jurisdicional — é complementar da função legislativa pura, considerada no seu estado ideal, e é preliminar da função judiciária propriamente dita.

(21) *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura de V. E. ORLANDO, Società Editrice Libreria, Milão, 1897, pgs. 26-27: “Dal lato della sua costruzione tecnica, questa teoria apparisce assolutamente fallace, e non sarà mai abbastanza l'insistevi, da poiché la scuola francese revindica continuamente l'assoluta verità di quelle affermazioni, che si repercuotono tuttavia in non pochi argomenti speciali del diritto pubblico. La verità é che, nel senso da noi riassunto, i concetti del Montesquieu sono da respingersi non meno dal lato logico che da quello sperimentale. Una separazione effettiva e meccanica delle varie forme dell'attività dello stato é così possibile come il tagliare a pezzì un organismo vivente pretendendo che continui a funzionare”.

(19) JAMES D. MOONEY e ALAN C. REILEY, *The Principles of Organization*, Harper & Brothers, 1939.

(20) CARL J. FRIEDRICH, “Responsible Government Service under the American Constitution”, in *Problems of the American Public Service*. Vede, ainda, “Separation of Powers”, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Mac Millan Ed., New York, 1937.