

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 36	p. 1-252	abr./jun. 2009
------------------------------------------------	----------------	-------	-------	----------	----------------

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
ROMEUFELIPE  
**BACELLAR**

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Editor administrativo: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisora: Lourdes Nascimento  
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta  
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2932 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.  
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela  
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

### **Direção-geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

### **Editor Acadêmico Responsável**

Emerson Gabardo

### **Conselho Diretivo**

Paulo Roberto Ferreira Motta (Presidente)

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzales Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luís Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stropa (PUC/SP)

### **Conselho Consultivo**

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tayana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

# Poderes em conflito: instrumentos de mediação

---

André Carlos da Silva

Mestrando – UNICEUB. Chefe de Gabinete – Tribunal de Contas do Distrito Federal.

**Resumo:** A existência de conflitos e dos necessários instrumentos de mediação é matéria que compõe a natureza mesma da divisão dos poderes. Este trabalho enfocará esse tema sob dois aspectos: o horizontal e o vertical. No primeiro, adotará as contribuições de Locke, de Montesquieu e dos *Founding Fathers*.<sup>1</sup> No segundo, buscará amparo nos postulados de Benjamin Constant, Carl Schmitt e Hans Kelsen. Não se perscruta aqui o aprofundamento em cada *nuança* constante nas teorias desses autores a respeito do tema aqui em evidência — poderes em conflito: instrumentos de mediação. Persegue-se, aqui, tão-somente, a constatação, potencial ou efetiva, de instrumento de mediação, que ora se apresenta com um viés horizontal e ora se sobrepõe como órgão de cúpula de última instância em um viés vertical.

**Palavras-chave:** Prerrogativa. Faculdade de impedir. Faculdade de estatuir. Freios e contrapesos. Jurisdição constitucional. Conflitos e instrumentos de mediação.

**Sumário:** 1 Introdução - 2 Instrumentos de mediação: uma perspectiva horizontal - 2.1 A prerrogativa de Locke - 2.2 As faculdades de estatuir e de impedir de Montesquieu - 2.3 Os freios e contrapesos dos federalistas - 3 Instrumentos de mediação: uma perspectiva vertical - 3.1 O poder moderador de Benjamin Constant - 3.2 A jurisdição constitucional de Carl Schmitt e Hans Kelsen - Conclusão - Referências

## 1 Introdução

O absolutismo inglês e francês, sistema caracterizado pela concentração das funções estatais nas mãos de um soberano, não resistiu aos postulados teóricos de Locke e Montesquieu.

No apagar das luzes do século XVII, a Inglaterra, com a chamada revolução gloriosa, dava um importante passo na forma de funcionamento dos poderes políticos. Assim, em 1688, na Inglaterra, a função legislativa deixou de ser um poder do rei para pertencer a um outro órgão, o Parlamento.<sup>2</sup> Nesse contexto, sobressai Locke, ao estabelecer a natureza da função como critério para separar os poderes. Assim, em sua teoria, vislumbra a existência de dois poderes principais: um responsável pela

---

<sup>1</sup> *Founding Fathers* é uma expressão que diz respeito aos autores de uma série famosa de artigos publicados em Nova Iorque, em 1787, com o objetivo de esclarecer a opinião pública sobre as instituições republicanas constantes na Constituição que estava prestes a ser aprovada. Os principais autores desses denominados Artigos Federalistas foram Alexandre Hamilton, James Madison e John Jay.

<sup>2</sup> SOUZA JUNIOR. *Constituições do Brasil*, p. 27.

elaboração das leis, o legislativo; e outro, que se dedicava à execução interna dessas leis, o executivo. Contemplava, ainda, o chamado poder federativo, que deveria cuidar da segurança interna e das questões internacionais. Contudo, defendia que seria impraticável a condução do executivo e do federativo por gestores distintos.<sup>3</sup>

No alvorecer do século XVIII, inspirado na experiência inglesa, Montesquieu planta a sua insuperável teoria da separação dos poderes. Segundo ele, os poderes são: legislativo, que se dedica à elaboração das leis; executivo das gentes, que se ocupa com a segurança, a prevenção de invasões, a guerra, a paz etc.; e o executivo das coisas, que se encarrega do julgamento dos conflitos sociais.<sup>4</sup>

A partir desses marcos teóricos de origem, o desenho do sistema de poder político tem passado por várias concepções distintas, sem, contudo, trazer inovações capazes de retirar de Montesquieu o *status* de referência nessa matéria. Nessa trajetória, o que se tem observado, de um lado, é a subdivisão de poderes, em especial do executivo, e, de outro, a dança do pêndulo no que diz respeito a quem compete dar a última palavra. Sob essa ótica, na linha evolutiva do aperfeiçoamento dos sistemas de poder político, a desconcentração do poder teve lugar em Locke quando dispôs sobre a sua bipartição. Alcançou o estágio da tripartição com Montesquieu. Na Inglaterra, o Reino Unido é o palco original da necessidade de separação entre as funções de governo e administrativa, que se encontravam na esfera do Poder Real. Surge, assim, um quarto poder: o poder governamental. Resta, pois, configurada uma nova etapa da evolução: a tetrapartição dos poderes. Ao depois, com a necessidade de especialização e da institucionalização e imparcialidade da Administração Pública, surge o Poder Administrativo, na condição de quinto poder, separada da função de chefia de Estado. Tem lugar, assim, a pentapartição dos poderes. A Alemanha, enfrentando os desafios daquela fase do constitucionalismo e tendo em Kelsen seu idealizador e primeiro doutrinador, é palco do surgimento da instituição denominada Tribunal Constitucional. Assim, a desconcentração do poder chega a sua hexapartição, que pode ser assim configurada: chefia de Estado, o Governo, a Administração, o Parlamento, o Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed., p. 172.

<sup>4</sup> SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 165. (Coleção a obra-prima de cada autor - Série Ouro)

<sup>5</sup> SOUZA JÚNIOR. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*, 2002.

O certo é que o poder, antes centralizado e entregue a um soberano, depois de Locke e Montesquieu, encontrava, com fundamento nos postulados da separação dos poderes, suporte teórico e político suficiente para dar início a um novo tempo: a era do poder político desconcentrado.

Conquanto tenham sido insuperáveis as contribuições de Locke e Montesquieu a respeito da divisão de poderes, um tema sobressai relevante quando a teoria da separação dos poderes é posta em prática e as funções estatais começam a ser efetivadas. Trata-se do conflito entre os poderes e dos necessários instrumentos de mediação. Dispor sobre esse conflito e esses instrumentos de mediação é o objetivo deste trabalho. Na realização desse mister, mesmo fazendo uso e reconhecendo a contribuição de muitos outros autores, Locke, Montesquieu, os Federalistas, Benjamin Constant, Carl Schmitt e Hans Kelsen merecem atenção destacada.

É que os temas aqui considerados — prerrogativa, faculdade de impedir, faculdade de estatuir, freios e contrapesos, poder moderador e jurisdição constitucional — tiveram origem nesses autores.

## 2 Instrumentos de mediação: uma perspectiva horizontal

O surgimento da monarquia constitucional deu início à implantação e ao desenvolvimento da disciplina do poder política. O poder, antes confinado nas mãos do rei, que atuava de forma absoluta, agora, passava pela experiência de ser compartilhado. Possivelmente, essa substantiva e relevante mudança de foco na gerência do poder — de absoluto para relativo — fez com que, no primeiro momento, os teóricos da nova arquitetura do poder político manifestassem preocupação, ainda que comedida, apenas com a acomodação lateral dos poderes separados. Assim, colhe-se dos teóricos de origem, conforme se demonstrará adiante, a incursão em temas referentes a instrumentos de mediação para conflitos somente em uma perspectiva horizontal. Posteriormente, as atenções se voltam para uma orientação vertical a respeito dos instrumentos de mediação na teoria da separação dos poderes.

### 2.1 A prerrogativa de Locke

Na perspectiva de Locke, a organização da sociedade civil e do governo deve ser estruturada com os poderes legislativo, executivo e federativo. O primeiro se ocupa com a elaboração das leis; o segundo, com a execução

das referidas normas; e o terceiro, com a segurança da sociedade.<sup>6</sup> Ainda segundo esse autor, os poderes executivo e federativo, embora distintos, deveriam estar sob a administração de apenas uma pessoa.<sup>7</sup> Nessa concepção teórica, o legislativo é considerado o poder supremo e todos os demais poderes da sociedade se originam nele e lhe são hierarquicamente inferiores.<sup>8</sup> Mesmo assim, dada a natureza de permanência e constância das leis, o poder legislativo prescinde de funcionamento permanente.<sup>9</sup>

Assim, nesse contexto de bipartição dos poderes, com a desnecessidade de um legislativo permanente, sobressai aparentemente sem rivais, no contexto de conflitos e instrumentos de mediação, o poder executivo, cujo titular respondia também pela titularidade do poder federativo.

É desse quadro que se colhe a compreensão de que, no início dos governos, tudo se identificava com prerrogativa. Prerrogativa, dentro da construção teórica de Locke, é o instituto político que confere ao titular do executivo o poder de agir, de forma discricionária, com vistas a atender o bem público, ainda que inexistisse disposição legal disciplinando a matéria ou, até mesmo, contra a própria norma.<sup>10</sup>

Daí se sustentar que Locke não se preocupou com a limitação recíproca entre os poderes. Quer seja porque o sistema contempla uma significativa cumulação de funções; quer seja porque o poder judiciário encontra-se, ainda, subordinado ao poder do rei.<sup>11</sup>

A teoria da separação de poderes apresenta irresistível vinculação com Montesquieu ao argumento de que a contribuição de Locke teria sido apenas a de descrever a organização política da Inglaterra.<sup>12</sup> Daí se dizer que *O espírito das leis* confere à separação de poderes o *status* de doutrina constitucional, além de agasalhar a primeira doutrina sobre esse tema.<sup>13</sup> Isso, contudo, não impede de, subordinado a essa mesma natureza — descrição da organização política —, perscrutar se nessa descrição lockeana há indícios da presença de instrumentos de limitação recíproca dos poderes e de instrumentos de mediação para a solução de conflitos.

É certo que, passados mais de três séculos da descrição lockeana da organização política do seu país, somos tentados a utilizar os óculos do

<sup>6</sup> LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed., p. 163, 171-173.

<sup>7</sup> LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed., p. 172.

<sup>8</sup> LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed., p. 74.

<sup>9</sup> LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed., p. 170.

<sup>10</sup> LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed., p. 182.

<sup>11</sup> SOUZA JÚNIOR. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*, p. 52.

<sup>12</sup> LEAL. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, p. 5-6.

<sup>13</sup> EISENMANN. *Cahiers de Philosophie Politique: L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, p. 3.

século XXI para dispor sobre a limitação de poderes, instrumentos de mediação e solução de conflitos para algo que ocorreu no século XVII. Ocorre que, hoje, os conceitos e estruturas teóricas a respeito desses institutos já estão melhor definidos, em razão mesmo da evolução do pensamento a esse respeito. Por isso, o desafio que aqui se tenta engendrar é, utilizando os óculos do século XVII, quando se operava a alteração do sistema monárquico absolutista para o da monarquia constitucional, com a novel separação do poder legislativo das mãos do rei, verificar a existência, ainda que em sede de descrição da organização política, de vestígios dos institutos e instrumentos de limitação de poderes, de mediação e de solução de conflitos.

É com essa intenção que se divisam no *Segundo tratado sobre o governo civil*, de autoria de John Locke, algumas considerações que merecem atenção. O §143 dessa obra dispõe sobre a inconveniência de as mesmas pessoas deterem, ao mesmo tempo, o poder de legislar e o poder de executar as leis. Embora Locke defenda a superioridade do poder legislativo, reconhecendo-o como poder supremo, o §149 do seu documento deixa assente que há um controle social a ser exercido pela comunidade civil, toda vez que os legisladores atuarem de forma a contrariar a liberdade e a propriedade dos súditos. Ao aduzir a essa supremacia do poder legislativo, Locke argumenta, no §152, que todos os demais poderes lhe são subordinados e dele derivados. Nesse contexto, sustenta que todos esses outros poderes devem prestar contas a algum outro poder. Ainda quanto ao poder executivo, há, no §153, a observação de que o poder legislativo dispõe da competência de retomá-lo e de puni-lo no caso de uma administração ilegal. Mesmo sendo o poder supremo, a competência para reunir e destituir o poder legislativo está confiada ao poder executivo, conforme se extrai dos §§154 e 156. Se essa competência não for exercida, nos casos em que a constituição requerer e as circunstâncias exigirem, assegura o §155 que fica aberta a oportunidade para que o povo possa destituir, pela força, o poder executivo.

Como se observa, há um controle social tanto voltado para o legislativo quanto para o executivo. Esse poder de convocar e destituir o legislativo é, na verdade, uma prerrogativa conferida ao poder executivo, na estrutura teórico-descritiva de Locke. Prerrogativa é um instituto segundo o qual, quando os poderes executivo e legislativo estão em mãos distintas, fica a cargo do executivo o poder de atuar discricionariamente, ainda que ausente disposição legal ou até mesmo contra ela, com vistas a atender o bem público.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed., op. cit., p. 182.



Posto esse quadro, ainda que se confira a Locke a natureza descritiva de seus postulados, é possível divisar, mesmo que embrionariamente, aspectos incipientes que apontam para a presença de ações que objetivam promover a mediação dos conflitos e instrumentos de limitação do poder.

Conforme se demonstrou, vislumbra-se, em Locke, o controle social, que pode ser exercido no âmbito dos poderes executivo e legislativo, toda vez que os titulares desses poderes exorbitarem dos poderes que lhes foram conferidos, objetivando o bem público. No caso particular do executivo, o controle social também tem lugar quando este abusar do instituto da prerrogativa. Além disso, a gestão levada a efeito pelo poder executivo está sob os olhos do poder legislativo, a quem deve prestar contas. Por seu turno, o legislativo, conquanto poder supremo, sujeita-se à convocação e destituição por parte do poder executivo.

Pensamos até mesmo que diferente não poderia ser. É possível até que faltem instrumentos de mediação. Contudo, o conflito parece ser um expediente intrínseco da divisão dos poderes. No caso de Locke, ainda que de forma descritiva e incipiente, enxergamos ambos: conflitos e instrumentos de mediação.

Essas limitações ao poder, na perspectiva teórica de Locke, embora registrando que ele jamais se preocupou em criar um sistema que inibisse a ultrapassagem desses limites, também são demonstradas por Oswaldo Luiz Palu.<sup>15</sup> Mais contundente, Nuno Piçarra ensina que o Estado mínimo de Locke estava sujeito a rigorosos mecanismos de limitação do poder político.<sup>16</sup>

Em certo sentido, o avanço do estado de natureza para o estágio do surgimento do estado sob um governo já traz, em si, no contexto de Locke, a idéia de instrumento de mediação e de solução de conflitos. É que os poderes legislativo e executivo encontravam a sua legitimidade, na medida em que atuavam de forma a preservar o cidadão, bem como a sua liberdade e também a sua propriedade privada. E assim era porque, antes disso, todos eram legisladores e executores ao mesmo tempo, fazendo prevalecer a desordem, a insegurança e a lei do mais forte. A organização da sociedade política pode, pois, ser vista, já na sua origem, como um instrumento de mediação e resolução de conflitos, em razão mesmo do estado de beligerância em que se encontrava o homem no estágio anterior.

<sup>15</sup> PALU. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, p. 41-42.

<sup>16</sup> PIÇARRA. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 144.

## 2.2 As faculdades de estatuir e de impedir de Montesquieu

A proposição categórica da teoria da separação de poderes é atribuída, sem significativas ressalvas, a Montesquieu. Embora haja quem se arremeta contra a plausibilidade da teoria da separação de poderes, na forma proposta por Montesquieu, ao argumento de que qualquer separação de funções é inadmissível, visto que destruiria a unidade e esta é condição fundamental do Estado, o que exclui a multiplicidade de órgãos,<sup>17</sup> o certo é que a equiparação entre o constitucionalismo e o princípio da separação dos poderes foi elevada ao *status* de dogma, de maneira tal que um novo desenho constitucional da conformação dos poderes tornou uma matéria de difícil superação.<sup>18</sup> A vinculação da teoria da separação de poderes de Montesquieu à Constituição, segundo Manuel Aragón Reyes, conduz à inafastável conclusão de limitação e controle do poder, visto que a idéia de Constituição exige a presença desses instrumentos, com o objetivo de controlar a atividade estatal.<sup>19</sup> Mais adiante, esse mesmo autor sustenta que a fiscalização e o controle fazem parte intrínseca da teoria da separação de poderes, não devendo ser concebidos como uma mera exceção.<sup>20</sup>

De fato, Montesquieu, em sua teoria, apresenta três poderes: o legislativo, o executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o executivo das coisas que dependem do direito civil, também denominado de poder de julgar.<sup>21</sup>

Tendo como referência os atores sócio-políticos de então, o poder executivo ficaria nas mãos do monarca, o legislativo nas mãos dos nobres e dos representantes do povo e o judiciário em tribunais temporários do povo.<sup>22</sup>

É de interesse aqui verificar se a teoria da separação de poderes idealizada por Montesquieu contempla instrumentos de mediação para os poderes em conflito. Conquanto tenhamos identificado isso em Locke, é em Montesquieu que a idéia de controle horizontal de um poder sobre o outro e, por conseguinte, da presença de instrumentos de mediação, aparece com mais nitidez.

Especialmente no capítulo 6º do livro XI de *O espírito das leis*, encontramos vários pontos que abordam esse tema.

<sup>17</sup> MALBERG. *Teoría general del estado*, p. 835.

<sup>18</sup> LOEWENSTEIN. *Teoría de la constitución*. 2. ed., p. 55. Vide também BONAVIDES. *Teoría do estado*. 4. ed., p. 214-218; AZAMBUJA. *in Teoría geral do estado*. 42. ed., p. 179.

<sup>19</sup> REYES. *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*, p. 15.

<sup>20</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 22. (Coleção a obra-prima de cada autor - Série Ouro)

<sup>21</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 165.

<sup>22</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 169-170.

Mesmo não tendo a faculdade de refrear o poder executivo, o poder legislativo tem o poder-dever de examinar se os atos praticados pelo executivo estão de conformidade com as leis que foram aprovadas<sup>23</sup> e até de punir os funcionários.

Por seu turno, o poder executivo também participa da legislação por meio do veto.<sup>24</sup> Além disso, o sistema de Montesquieu contempla as faculdades de *estatuir* e *impedir*. Por meio da primeira, pode-se, de ofício, ordenar ou corrigir o que foi por outro ordenado. Pela faculdade de impedir, anula-se a decisão ou a norma adotada por terceiro.<sup>25</sup> Ainda quanto a essas faculdades, há de se ter em conta que o poder legislativo é composto de nobres e de representantes do povo.<sup>26</sup> Porém, aos nobres, só é conferida a faculdade de impedir, a fim de se evitar que, por meio da faculdade de estatuir, se elaborassem leis para atendimento de interesses particulares e não de interesse do povo em geral.<sup>27</sup> Em igual medida, o poder executivo somente participa do legislativo por meio da faculdade de impedir.<sup>28</sup>

Seguindo o mesmo entendimento esposado por Locke, Montesquieu não defendia o exercício dos três poderes pelas mesmas pessoas.<sup>29</sup> Contudo, diferentemente de Locke, que previa a possibilidade de controle social, Montesquieu sustentava que o povo não é capaz de tomar resoluções e que, portanto, deveria participar do governo apenas no momento de escolher os seus representantes.<sup>30</sup>

Em harmonia com o pensamento de Locke, Montesquieu advoga que o poder legislativo não deve ser permanente e nem se reunir sem ser convocado. E a época das sessões e a duração das assembléias são matérias afetas ao poder executivo.<sup>31</sup>

Diferentemente de Locke, que defendia a hierarquização dos poderes, reconhecendo ser o legislativo o poder supremo, Montesquieu sustentava a igualdade entre os poderes, sem qualquer linha vertical de subordinação ou superioridade. Essa circunstância, contudo, presente na construção teórica de Montesquieu, conduziu à inexistência de um poder de cúpula que

<sup>23</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 171.

<sup>24</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 173.

<sup>25</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 170.

<sup>26</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 169.

<sup>27</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 170.

<sup>28</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 173.

<sup>29</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 166.

<sup>30</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 169.

<sup>31</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 171.

fosse capaz de atuar politicamente e com poder suficiente para solucionar questões de última instância.<sup>32</sup>

Embora o arranjo estabelecido por Montesquieu forçasse os integrantes dos poderes a caminhar para um acordo, sob pena de paralisação do sistema, visto que, para ele, a paralisia decisória poderia ser o resultado da separação dos poderes, isso não contraria o fato de que, por meio da faculdade de impedir, os dois corpos legislativos estabeleciam o controle recíproco; por seu turno, o legislativo sujeitar-se-ia ao poder executivo, que também poderia ser paralisado pelo legislativo.<sup>33</sup>

Está patente, pois, em Montesquieu, a idéia de controle de um poder sobre o outro. Portanto, presentes no sistema os instrumentos de mediação — veto, faculdades de impedir e de estatuir, fiscalização e prerrogativa — para fazer frente aos conflitos que existissem. Então, a divisão do trabalho em órgãos distintos cumpre um fim ideológico da teoria clássica da separação dos poderes que é a distribuição e o controle no exercício do poder político.<sup>34</sup>

## 2.3 Os freios e contrapesos dos federalistas

Os *Founding Fathers* conviveram com a crítica de que a Constituição por eles proposta feria o princípio da separação dos poderes na forma idealizada por Montesquieu. Consistia essa crítica na acusação de que a acumulação e mistura de poderes era tal que conduzia à possibilidade de sobreposição de um poder sobre o outro, mesmo em suas partes mais essenciais.<sup>35</sup>

A defesa contra essa repreensão funda-se na constatação de que a teoria da separação de poderes resistia à concentração dos poderes — executivo, legislativo e judiciário — em uma só pessoa ou em um mesmo corpo de magistrados, visto que, se assim ocorresse, a liberdade de um governo ficaria subvertida,<sup>36</sup> situação esta que não se encontrava contemplada na Constituição que se pretendia aprovar.

Contudo, a inexistência desse vício na teoria de Montesquieu e a não constatação da acumulação de poderes em uma só pessoa na Constituição não poderiam levar à conclusão da exigência da separação absoluta de poderes. Em socorro dessa compreensão, cita-se a própria realidade política

<sup>32</sup> SOUZA JÚNIOR. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*, p. 59.

<sup>33</sup> SECONDAT. *O espírito das leis*, p. 173.

<sup>34</sup> LOEWESTEIN. *Teoría de la constitución*. 2. ed., p. 55. Vide também CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 32.

<sup>35</sup> HAMILTON; MADISON; JAY. *O federalista*, p. 298.

<sup>36</sup> HAMILTON; MADISON; JAY. *O federalista*, p. 300. Vide também RIBEIRO. *Justiça e democracia*, p. 64; BONAVIDES. *Teoria do estado*. 4. ed., p. 218.

e constitucional da Inglaterra, que serviu de norte para o princípio da separação de poderes na forma defendida por Montesquieu.<sup>37</sup> Além disso, examinaram-se as Constituições dos Estados de New-Hampshire, de Massachusetts, de Nova Iorque, de Nova Jersey, da Pensilvânia, de Delaware, de Maryland, de Virgínia, da Carolina do Norte, da Carolina do Sul e da Geórgia, sendo constatado que, em nenhuma delas, os poderes encontravam-se distintos e separados de forma absoluta. Firmados nisso, os *Founding Fathers* defenderam que o axioma de Montesquieu negava a possibilidade de um poder exercer completamente as atribuições do outro. Contudo, o exercício parcial das funções de um poder pelo outro era perfeitamente consistente com a estrutura teórica da separação dos poderes na forma proposta por Montesquieu.<sup>38</sup>

Essa interferência parcial na agenda das funções de um poder pelo outro foi a semente da técnica dos freios e contrapesos na estrutura teórica da separação de poderes, potencialmente concebida em Montesquieu e inicialmente desenvolvida pelos federalistas. Do ponto de vista prático, essa vocação voltada para a adoção do modelo dos freios e contrapesos, acoplada à teoria da separação de poderes, teve lugar como uma reação ao despotismo parlamentar e aos excessos majoritários, presentes na Constituição de Filadélfia de 1787. Esse absolutismo parlamentar, que pugnava pelo fortalecimento do legislativo em detrimento do executivo; que retirou do executivo o poder de veto em matéria legislativa; e que cerceou a atuação dos juízes em decisões parlamentares; transformou-se em terreno fértil para a adoção do modelo de freios e contrapesos, a fim de evitar a usurpação de funções.<sup>39</sup>

Essas circunstâncias têm sido suficientes para que se reconheça a origem norte-americana do modelo de freios e contrapesos.<sup>40</sup> Contudo, ao enfrentar esse assunto — freios e contrapesos —, Anna Cândida da Cunha Ferraz não faz uma ligação direta com os Federalistas. Antes, acentua que a migração da teoria da separação de poderes para as constituições presidencialistas exigiu, para a execução harmoniosa das atividades estatais, a adoção do sistema de freios e contrapesos.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> HAMILTON; MADISON; JAY. *O federalista*, p. 299.

<sup>38</sup> HAMILTON; MADISON; JAY. *op. cit.*, p. 298-304.

<sup>39</sup> NEGRETTO. *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina – hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina*, p. 300-301.

<sup>40</sup> PIÇARRA. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 148. Vide também MALUF. *Teoria geral do estado*. 26. ed., p. 210-211.

<sup>41</sup> FERRAZ. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*, p. 13.

Este primeiro capítulo tem o objetivo de valorizar as teorias de origem a respeito do tema aqui em evidência — poderes em conflito: instrumentos de mediação. Em se tratando de divisão de poderes e freios e contrapesos, teoria e modelo que encerram a presença de instrumentos de mediação para a solução de conflitos na organização e execução das atividades estatais, a contribuição de Locke, Montesquieu e dos Federalistas transparece inquestionável. Contudo, não se tem aqui o condão de aprofundar no estudo dos instrumentos indicados à guisa de anteparo à usurpação de funções quando posto em marcha de execução o aparelho político-governamental-administrativo do Estado. Contentou-se, tão-somente, com a constatação de que esses autores, quer implícita, quer explicitamente, já defendiam em seus postulados teóricos de origem a idéia mesma de controle e equilíbrio entre os poderes e, de conseqüência, portanto, da existência de conflitos e instrumentos de mediação. Ainda merece realce o fato de que Locke, Montesquieu e os Federalistas adotaram pressupostos teóricos de controle e equilíbrio entre os poderes apenas com o viés horizontal. Esses autores, conforme ficou consignado e fazendo uso da expressão utilizada por Cezar Saldanha, não se preocuparam em fechar a abobada da sociedade política.

### 3 Instrumentos de mediação: uma perspectiva vertical

Como visto, Locke, Montesquieu e os Federalistas, em seus postulados teóricos, permitiam, pressupunham ou adotaram práticas de mediação entre os poderes com o objetivo de atenuar ou solucionar os conflitos porventura existentes. Esses instrumentos de mediação eram todos de natureza horizontal. Ou seja, inexistia a perspectiva de domínio, de hierarquia de um poder sobre o outro. Os instrumentos de mediação eram utilizados de maneira a não ferir esse princípio. Em Montesquieu, os poderes estão postos em um radical pé de igualdade.<sup>42</sup>

Mesmo que em Locke fosse possível vislumbrar uma certa hierarquia entre os poderes, visto que, segundo esse autor, o legislativo é o poder supremo,<sup>43</sup> ele não defendeu a concessão da prerrogativa a esse poder com o objetivo de ser, ele próprio, o poder-instrumento para a solução de conflitos de última instância.

Essa idéia de poder-instrumento, com prerrogativa de solucionar em grau último o conflito entre os poderes e com indisfarçável natureza

<sup>42</sup> SOUZA JÚNIOR. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*, p. 59.

<sup>43</sup> LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed., p. 163.

hierárquica, de forma a atuar verticalmente como órgão de cúpula, vem surgir, originariamente, de forma clara, com Benjamin Constant, Carl Schmitt e Hans Kelsen. A experiência bonapartista de Benjamin Constant o transformou em um pensador liberal, defensor de um regime constitucional pluralista e representativo, de liberdades e direitos fundamentais e da divisão dos poderes.<sup>44</sup> Carl Schmitt e Hans Kelsen, com o mesmo pano de fundo histórico alemão — a era Hitler —, propuseram soluções diferentes quanto à solução de conflitos no âmbito da divisão dos poderes.

Este capítulo, portanto, embora mantendo a mesma temática — poderes em conflito: instrumentos de mediação —, distancia-se do anterior, na medida em que aquele aborda o tema em uma perspectiva horizontal e este com um enfoque vertical.

### 3.1 O poder moderador de Benjamin Constant

Como bem relembra Manual Gámez Mejías, a teoria da separação de poderes pressupõe a pluralidade desses poderes.<sup>45</sup> Essa pluralidade estava a exigir um órgão de cúpula com poderes de última instância na solução dos conflitos. A inexistência desse poder e dessa função na estrutura teórica de Montesquieu deixou em aberto a abóbada da sociedade política.<sup>46</sup>

A esse respeito, Benjamin Constant tem sido reconhecido como o responsável pela teoria da separação dos poderes que agrega o instituto do Poder Moderador na condição desse poder de cúpula de última instância.

Enquanto Montesquieu havia distinguindo apenas três poderes na estrutura do Estado, Benjamin Constant identifica cinco, de natureza diversa, em uma monarquia constitucional, a saber: o poder real, o poder executivo, o poder representativo de duração, o poder representativo da opinião pública e o poder judiciário.<sup>47</sup>

Ainda segundo Constant, os poderes representativos residem em uma assembleia, com o objetivo de fazer as leis; o executivo é confiado a ministros, objetivando a execução das leis; o poder judiciário se ocupa com a aplicação das leis aos casos particulares. Já o poder real localiza-se acima dos outros quatro, com o objetivo de mantê-los em funcionamento, sem comprometer-lhes o equilíbrio, sendo, portanto, um poder neutro.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> CONSTANT. *Sobre el espíritu de conquista e Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos*. 2. ed., p. 11.

<sup>45</sup> MEJÍAS. *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, p. 55.

<sup>46</sup> SOUZA JÚNIOR. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*, p. 59.

<sup>47</sup> CONSTANT. *Escritos políticos*, p. 19.

<sup>48</sup> CONSTANT. *Escritos políticos*, p. 19-20.

Sustenta Constant que a falha seguida por quase todas as Constituições foi não ter adotado esse poder neutro, mas, ao revés, ter eleito um dos poderes para nele depositar a totalidade da autoridade para a manutenção do equilíbrio. Isto redundou em tirania. A monarquia constitucional possibilita a existência desse poder neutro, capaz de tornar regular a liberdade.<sup>49</sup>

Nessa concepção, os poderes tradicionais indicados por Montesquieu deveriam atuar de forma cooperativa, cada um em sua esfera de gestão. Em havendo desajustes e entrecosques nesse movimento geral, fazia-se necessária a existência de um poder capaz de colocar tudo em seus devidos lugares. Esse poder neutro, posto acima dos demais, com funções de preservação e reparação, sem hostilidade, é o poder real, denominado de Poder Moderador.<sup>50</sup>

Na lição de Cezar Saldanha, a mais primorosa e original contribuição de Benjamin Constant teria sido a função ministerial, estando nisso a idéia do quarto poder. Em um segundo plano de contribuição estaria a separação funcional e orgânica do poder ministerial. A terceira contribuição importante estaria na rejeição do mecanicismo de Montesquieu. Constant não acreditava que algo invisível constrangesse ou conduzisse os poderes à harmonia. Por isso, a sua estrutura teórica da divisão dos poderes contempla o poder real, neutro, com a prerrogativa de órgão de cúpula da organização política.<sup>51</sup>

A proposta teórica de Benjamin Constant teve influência aqui no Brasil. A Constituição Imperial brasileira, de 1824, consagra, em seu artigo 10, o Poder Moderador. Diferente do quanto havia sido teoricamente estruturado por Constant, no Brasil, o Imperador era titular dos Poderes Moderador e Executivo, conforme se extrai dos artigos 98, 101 e 102 da Constituição Imperial. Posteriormente, passados mais de cem anos, o artigo 88 da Constituição de 1934 iria conferir ao Senado Federal a atribuição de exercer a coordenação dos Poderes.

Essa concepção de que o Poder Moderador de Constant equivaleria ao quarto poder e teria o condão de sobrepor-se aos três poderes defendidos por Montesquieu consistiu em um erro grave e uma compreensão deficiente e equivocada da história da divisão dos poderes.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> CONSTANT. *Escritos políticos*, p. 20-21.

<sup>50</sup> CONSTANT. *Escritos políticos*, p. 19-20.

<sup>51</sup> SOUZA JÚNIOR. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*, p. 78.

<sup>52</sup> CONSTANT. *Escritos políticos*, p. 77.



De qualquer modo, conforme se observa, não fica excluída do poder real a natureza de órgão de última instância, fechando, assim, a chamada abóbada da sociedade política.

### 3.2 A jurisdição constitucional de Carl Schmitt e Hans Kelsen

A reflexão sobre os conflitos políticos a respeito da jurisdição constitucional passa, necessariamente, por Schmitt e Kelsen.

No período entre guerras, a polêmica envolvendo esses dois grandes juristas ocupa o centro dos estudos do direito constitucional.

Não é coincidência histórica que o embate entre essas duas formas de pensamento jurídico se deu durante a falência da República de Weimar e a ascensão de Hitler ao poder total. Na história constitucional, o duelo entre Schmitt e Kelsen é muito mais significativo do que uma disputa acadêmica. Trata-se da questão acerca do controle constitucional, que colocou em pontos opostos Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Schmitt sustentava que a defesa da Constituição deveria ser atribuída ao Presidente do Reich.<sup>53</sup> Kelsen, procurando demonstrar os equívocos do pensamento de Schmitt, defendia que a guarda da Constituição deveria ser conferida a um Tribunal Constitucional independente.<sup>54</sup>

Basicamente, essa polêmica se desenvolve em três momentos: a saber: a) em 1928, Kelsen publica na França um ensaio intitulado *A garantia jurisdicional da constituição*; b) em 1931, em resposta ao ensaio de Kelsen, Schmitt publica *A defesa da constituição*; c) em 1931, Kelsen, em réplica às teses sustentadas por Schmitt, publica *Quem deve ser o defensor da constituição?*

Tanto Kelsen quanto Schmitt defendem a idéia de controle constitucional. Kelsen entende que esse controle deve ser exercido por um Tribunal Constitucional independente. Schmitt entende que esse controle deve ser exercido, em razão da garantia, pelo Chefe de Estado. A este corresponderia a função de “poder neutro”, que Benjamin Constant, um século antes, havia atribuído à figura do rei em uma monarquia constitucional.

É fundamental para a compreensão do pensamento desses dois juristas o conceito de Constituição que cada um defende.

Para Kelsen, Constituição é um conjunto de normas que permite a convivência pacífica entre os indivíduos, que são diversos em suas opiniões políticas, filosóficas e religiosas, em relação ao direito. Nesse caso, a política é concebida como uma constante busca da convivência pacífica, que, para

<sup>53</sup> SCHMITT. *O guardião da Constituição*, p. 201.

<sup>54</sup> KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 20.

tanto, tem uso o instrumento jurídico por excelência: as normas. Em razão disso, defende que a Constituição preserva um núcleo permanente: *a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem.*<sup>55</sup>

Para Schmitt, a idéia de Constituição é entendida como um estado de unidade do povo, que adquire a consciência de sua existência coletiva. Trata-se de uma concepção orgânica da sociedade. Portanto, para Schmitt, a Constituição não é uma norma ou um conjunto de normas, que estabelece os princípios fundamentais pelos quais se regula a vida social. Antes, a unidade do povo estabelece a essência da Constituição, visto que, acima das normas, há a existência do povo concretamente unido.<sup>56</sup>

Em conseqüência, para Schmitt, guardar a Constituição não significa o que ordinariamente se reconhece como salvaguardar a constitucionalidade das normas. Antes, guardar a Constituição significa proteger a unidade política do povo.

Isso demonstra a profunda resistência de Schmitt às concepções normativas. Os conceitos schmittianos do direito, em geral, e da Constituição, em particular, rejeitam o âmbito normativo e assumem conotações existencialistas.

Também não é difícil de perceber o inconformismo de Kelsen com os postulados teóricos de Schmitt, visto que, para aquele, inconcebível a idéia de Estado total, de perspectiva constitucional existencialista e de desvalorização da pluralidade social.

Enquanto Kelsen convive pacificamente com a diversidade e a pluralidade, cuja resolução tem lugar por meio da norma, Schmitt entende que o pluralismo é uma enfermidade que corrompe a unidade do povo.

Kelsen considera o direito como o principal instrumento de organização e do controle da força. Schmitt entende o direito como o produto da capacidade de decisão de quem detém o poder político. Tanto que reconhece como soberano aquele que decide sobre o estado de exceção.<sup>57</sup>

Em Schmitt, a vontade política, por meio da decisão, gera a norma. Em Kelsen, a vontade política, por meio da norma, gera a decisão.

Essas duas concepções antagônicas a respeito de um mesmo objeto conduzirão a conclusões também díspares a respeito da última palavra em se tratando dos conflitos existentes entre os poderes.

<sup>55</sup> KELSEN. *Jurisdição constitucional*. p. 130.

<sup>56</sup> KERVÉGAN. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, p. 50-51.

<sup>57</sup> SCHMITT. *Teologia política*, p. 7.

Por isso, Kelsen defende que a jurisdição constitucional deve ser confiada a uma corte específica, independente do Executivo e do Legislativo, bem como da jurisdição ordinária, circunstância que reforça o princípio do equilíbrio e balanço do poder entre os diversos órgãos do Estado, que é essencial para a democracia.

Por seu turno, Schmitt sustenta que o guarda da constituição é uma função política e não meramente jurisdicional. Por isso, não deve ser considerada uma instância para a solução de interesses privados contrapostos, mas para a proteção da unidade do povo.

Observados alguns aspectos do pensamento de Hans Kelsen e Carl Schmitt, restou evidente a inexistência de reconciliação entre as duas propostas teóricas. Contudo, não é objetivo deste trabalho examinar essas duas correntes de pensamento. É de interesse aqui demonstrar a preocupação desses autores, cada um a seu modo, em encontrar uma forma institucional para a resolução de conflitos na sociedade política. Trata-se, pois, de mais uma etapa na evolução da teoria da separação de poderes. A necessidade de um órgão estatal de cúpula para dirimir os conflitos existentes também é defendida por R. Carré de Malberg. Esse autor, após demonstrar o seu inconformismo com a separação de poderes na forma proposta por Montesquieu, chegando a concluir que qualquer tentativa de reabilitar esse princípio conduziria a um inevitável fracasso, defende que, para a manutenção da unidade estatal no ambiente da multiplicidade de órgãos e funções, duas exigências precisam ser consideradas, a saber: a) os órgãos somente podem tomar decisões em comum; ou b) um desses órgãos precisa dispor de um maior poder de decisão, um poder de vontade superior, isto é, um órgão predominante e supremo.<sup>58</sup> Deixando sem fortes cores as críticas endereçadas à teoria da separação de poderes, destaca-se no entendimento de Malberg a perspectiva em reconhecer a necessidade de um órgão de hierarquia superior com poder capaz de manter a unidade do Estado. Sob esse ponto de vista, a idéia de controle vertical de Malberg assemelha-se tanto à de Schmitt quanto à de Kelsen.

Nesse contexto, no entender de Schmitt, o instrumento de mediação para solução de conflitos era o Reich. Ele, pairando soberano, seria o guardião da constituição. Kelsen, por sua vez, defende que o guardião da constituição deveria ser o tribunal constitucional.

<sup>58</sup> MALBERG. *Teoría General del Estado*, p. 835-836.

Possivelmente, por causa da lição da história deixada por Hitler, vingou, na Europa, a proposta de Hans Kelsen.<sup>59</sup>

Este segundo capítulo tem o objetivo de evidenciar a controvérsia travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, como também a contribuição de Benjamin Constant para o assunto, não com o fim de examinar detida e profundamente cada *nuance* do pensamento desses três autores a respeito da questão referente à jurisdição constitucional, mas tão-somente configurar que os temas por eles abordados — Poder Moderador e Guardião da Constituição — colocam-se no centro da convergência da discussão, no âmbito da teoria da separação de poderes, da necessidade de um órgão de cúpula, superior e neutro, com a atribuição de dirimir os conflitos existentes na sociedade política. Diferentemente do anterior, que focalizou o mesmo tema, porém com um viés lateral e horizontal, este capítulo se empenha em demonstrar que as contribuições de Benjamin Constant, Hans Kelsen e Carl Schmitt, no que diz respeito ao poder moderador e à guarda da Constituição, associados à teoria da separação de poderes, movem o pêndulo de discussão do tema aqui proposto — poderes em conflito: instrumentos de mediação — de uma perspectiva ótica horizontal para um ponto de observação vertical. Com esses autores e sob essa perspectiva, mais uma vez fazendo uso da expressão utilizada pelo professor Cezar Saldanha, fechou-se a abóbada da sociedade política. Fica, pois, em aberto, o aprofundamento da temática — poderes em conflitos: instrumentos de mediação — quer sob a perspectiva horizontal, quer sob a vertical.

## Conclusão

É da própria natureza da divisão de poderes a necessidade do equilíbrio na execução das atividades do Estado. A mudança do foco político das monarquias absolutas para as monarquias constitucionais fez surgir não apenas a repartição do poder estatal, mas também os instrumentos de mediação para fazer frente aos conflitos quando a engrenagem do Estado fosse posta em marcha. Conforme inicialmente indicado, este trabalho se propunha a perscrutar sobre a existência de conflitos e de instrumentos de mediação na teoria da separação de poderes, tanto nos teóricos de origem como também naqueles que inicialmente recorreram a respeito da jurisdição constitucional, bem como da contribuição de Benjamin Constant para o tema aqui em foco.

<sup>59</sup> FAVOREU. *As cortes constitucionais*, p. 27-31.

Nesse contexto, o trabalho demonstrou a existência de instrumentos de mediação em duas direções: horizontal e vertical. Na primeira direção, despontam Locke, Montesquieu e os Federalistas. Na perspectiva hierárquica vertical, conta-se com a contribuição de Benjamin Constant, Carl Schmitt e Hans Kelsen. Conforme restou acentuado, não se percorreram todas as *nuances* e nem todo o desenvolvimento da teoria da separação dos poderes. A contribuição aqui se cinge apenas aos autores de origem, bem assim à constatação da existência de conflitos e de instrumentos de mediação que transitam na lateralidade e também na verticalidade dos poderes. Tratando-se, pois, de um trabalho incipiente e singelo, fica aberta a porta para o necessário aprofundamento.

#### **Powers in Conflict: Instruments of Mediation**

**Abstract:** The existence of conflicts and the necessary tools of mediation is subject that composes the same nature of division of powers. This work is going to focus this theme on two aspects: the horizontal and vertical. In the first one, is going to adopt the contributions of Locke, Montesquieu and of *Founding Fathers*. In the second, it is going to find support in the postulates of Benjamin Constant, Carl Schmitt and Hans Kelsen. It is not scrutinized here the deepening in each constant detail on those theories of these authors concerning the theme here in evidence — powers in conflict: instruments of mediation, that now present themselves in a horizontal way, now superpose as a organ of cupola of last instance in a vertical way.

**Key words:** Prerogative. Ability of impeding. Ability of decreeing. Breaking regulator and counterweights. Constitutional jurisdiction. Instruments of mediation and conflicts.

## Referências

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CONSTANT, Benjamin. *Sobre el espíritu de conquista e Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.
- EISENMANN, Charles. *Cahiers de Philosophie Politique: L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*. Bruxelles: Ousia.
- FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Governador Valadares, MG: Líder, 2003.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. São Paulo: Manole, 2006.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed. São Paulo: Vozes, 2006.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.
- MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MEJÍAS, Manuel Gámez. *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*. Madrid: Ed. Dykinson, 2004.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Coleção a obra-prima de cada autor - Série Ouro)
- NEGRETTO, Gabriel L. *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina – hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina*. México: Siglo Veintiuno Ed.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.
- REYES, Manuel Aragón. *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*. Universidade Externado de Colombia.
- RIBEIRO, Hécio. *Justiça e democracia*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, André Carlos da. Poderes em conflito: instrumentos de mediação. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 55-73, abr./jun. 2009.

Recebido em: 02.02.09

Aprovado em: 10.06.09