



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FÁBIO ALMEIDA DE ALMEIDA

ANÁLISE DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O MINISTÉRIO PÚBLICO
COMO QUARTA INSTÂNCIA DO PODER

SOUSA - PB
2008

FÁBIO ALMEIDA DE ALMEIDA

ANÁLISE DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O MINISTÉRIO PÚBLICO
COMO QUARTA INSTÂNCIA DO PODER

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2008

Fábio Almeida de Almeida

**ANÁLISE DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O MINISTÉRIO PÚBLICO
COMO QUARTA INSTÂNCIA DO PODER**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande,
em cumprimento dos requisitos necessários
para a obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em ___ de novembro de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Doutoranda pela UMSA – UFCG Jacyara Farias Souza
(Orientadora)

Prof. Paulo Abrantes

Prof^a. Vanina Ferreira

Sousa - PB

Dedico este trabalho à toda minha família, aqueles que funcionaram como uma verdadeira bússola durante esta árdua caminhada, bem como a todos aqueles que com um simples sorriso me deram força para seguir em frente e superar a tudo e a todos. *In memoriam* Rônei Almeida e Herberth Almeida, carregarei sempre comigo seus ensinamentos.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Eliane Almeida, por toda a sua dedicação, esforço e atenção, figurando, durante toda a minha curta existência, não só como uma simples figura materna mas como uma Deusa - onipotente, onisciente e onipresente.

À minha família candanga, ao senhor Geraldo Nunes Sobrinho, o qual funcionou como mestre durante minha estadia naquela metrópole, transmitindo diariamente um vasto conhecimento científico e acadêmico, bem como à senhora Eny Almeida que com brilhantismo ministrou ensinamentos supremos na área da moral e da filosofia.

Aos meus primos Bruno, Raphael e Gustavo, pelos dias de alegria, descontração e relaxamento.

Aos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em nome das senhoras Promotora Isabel Cristina A. de Jesus e Elma Campos, as quais me acolheram de maneira magnânima, depositando em mim a confiança suficiente para o aperfeiçoamento acadêmico e pessoal.

Aos amigos espalhados por todo o Brasil e aos companheiros sousenses, pelo acolhimento, respeito e consideração, os levarei sempre comigo.

Aos companheiros de trabalho no Serviço Social da Indústria – SESI, em nome da senhora Gerarda Nunes Xavier e do senhor José Aragão.

Por fim, mas com a maior das gratidões, aos avós paternos e maternos, por todo o incentivo e confiança, além do conhecimento hierarquicamente superior a mim transmitidos.

**“Aquele que não requer das coisas mais do que conhecê-las chega facilmente a viver em paz com sua alma e é quando muito por ignorância, mas dificilmente por concupiscência que vai errar – ou pecar como diz o mundo.”
(Friedrich Nietzsche)**

RESUMO

O presente estudo científico se propõe a abordar os aspectos gerais da tripartição das funções estatais, desde os primórdios do seu esboço com Aristóteles até sua concretização com Rousseau, seguindo por um detido estudo acerca das teorias que serviram de sustentáculo para a separação das funções estatais e findando com a real possibilidade de reconhecimento do Ministério Público como a quarta instância do poder. Buscar-se-á por meio dos métodos exegético jurídico, histórico evolutivo e dedutivo, fundados em uma ampla pesquisa bibliográfica, coletar argumentos, levantar proposições e levar a classe jurídica a um severo debate acerca do tema. Decorrência da impossibilidade de concentração de atos de poder nas mãos de um único ente, seja ele pessoa uma única pessoa, seja ele um órgão mais complexo, a separação das funções estatais essenciais surge, antes de qualquer coisa, como uma saída para o surgimento dos Estados Democráticos e a conseqüente abolição dos Estados Absolutistas. Com o passar dos anos e a consecutiva evolução das sociedades, o número de funções típicas e atípicas atribuídas a cada ente estatal tornou-se maior, ocasionando a hipertrofia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quebrando, dessa forma, a independência e a harmonia entre os poderes, exemplos clássicos são as medidas provisórias, as súmulas vinculantes e as Comissões Parlamentares de Inquérito, nesse contexto, surge o Ministério Público como uma alternativa para a aplicação justa e eficaz da Teoria dos Freios e Contrapesos e a adoção da Teoria da tetrapartição das funções estatais, outrora preconizada por Benjamim Constant.

Palavras-chave: Tripartição; Funções estatais; Ministério Público.

ABSTRACT

This study aims to address the general aspects of tripartition of state functions, since the early days of his sketch with Aristotle until its completion with Rousseau, followed by a detainee about the study theories that served as a fulcrum for the separation of state functions and ending with the real possibility of recognition of the prosecutor entity as the fourth instance of power. It will seek through legal methods exegetic, evolutionary history and deductive, based on an extensive literature search, collect arguments, raise proposals and take the class to a severe legal debate on the subject. Result of the impossibility of acts of concentration of power in the hands of a single environment, be it an individual person, whether a more complex organ, the separation of state functions is essential, before anything, as an outlet for the emergence of Democratic States and the consequent abolition of the Absolutist. Over the years consecutively and the evolution of societies, the number of typical and atypical tasks assigned to each state environment has become greater, causing the hypertrophy of the Executive, Legislative and Judicial, breaking thus the independence and harmony between the Powers, classic examples are the measures, the summaries binding and the parliamentary committees of inquiry, in this context, the prosecutor entity appears as an alternative to the fair and effective application of the Theory of Checks and Balances and the adoption of the Theory of tetrapartição of state functions, once advocated by Benjamin Constant.

Keywords: Tripartition; State Functions; Prosecutor Entity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 O NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO.....	11
1.1 Aristóteles e o Direito Natural.....	11
1.2 A positivação do direito e sua explicação segundo Kant.....	13
1.3 Kelsen: o Direito Puro e a Hierarquia entre as normas.....	16
1.4 Elementos constitutivos do Estado.....	18
1.5 A necessidade de uma repartição de funções no Estado Moderno.....	19
CAPÍTULO 2 A ANÁLISE HISTÓRICA DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS.....	25
2.1 Aristóteles e a Teoria da Separação das Funções Estatais.....	26
2.2 John Locke e os Tratados acerca do Governo Civil.....	29
2.3 Montesquieu, o Espírito das Leis e o aprimoramento da Teoria da Separação das Funções Estatais nos Estados Modernos.....	32
2.4 Rousseau: O “último passo” na Tripartição das Funções Estatais.....	35
CAPÍTULO 3 O SISTEMA BRASILEIRO DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS.....	40
3.1 Precedentes históricos da tripartição das funções no ordenamento jurídico brasileiro.....	41
3.2 A tripartição das funções estatais como cláusula pétrea.....	52
3.3 Análise das funções típicas e atípicas no ordenamento jurídico brasileiro.....	54
3.3.1 As funções típicas e atípicas em discordância com a “ <i>Theory of Checks and Balances</i> ”.....	57
3.4 O Ministério Público: Uma proposta para o reconhecimento da Tetrapartição das funções estatais.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a discussão tocante ao papel do Estado em uma sociedade democrática é tema de inúmeras celeumas doutrinárias. A única certeza reside na idéia de que nos Estados modernos e democráticos para a consecução dos seus fins, essencial é a separação de suas funções visando o bem comum dos cidadãos.

Nesse diapasão, para o atendimento de sua finalidade, qual seja, proporcionar a melhor qualidade de vida aos habitantes de determinada sociedade, de forma livre, justa, igualitária, digna e fraterna, vários teóricos desenvolveram complexos estudos a respeito da separação destas funções estatais, culminando com a desconcentração do poder.

Todavia, é de conhecimento hodierno a mutação das sociedades, as quais, anseiam diuturnamente por mudanças estruturais nos Estados, assim se deu desde os apriorísticos Estados Absolutistas, passando pelos Estados Democráticos e hoje, os chamados Estados Democráticos de Direito.

Pretender-se-á, nesta pesquisa, estudar a estrutura de organização dos Poderes, por meio de uma análise da tripartição das funções estatais, levando a classe jurídica à um amplo debate acerca da necessidade premente de reconhecimento do Ministério Público como a quarta instância do Poder, ou seja, um ente dotado da função estatal de fiscalizar os demais órgãos executivos, legislativos e judiciários.

Para uma discussão objetiva e o encontro de sistemas que permitam avaliar a eficácia (quanto aos resultados) das medidas a serem tomadas, há necessidade de bases concretas e confiáveis, um autêntico diagnóstico, visando a modificação estrutural, a modernização e o aperfeiçoamento institucional.

O objetivo específico deste estudo partirá da investigação da origem e evolução histórica do Estado, bem como o reconhecimento do Direito enquanto uma ciência devidamente positiva.

A análise da estruturação da Teoria da Separação das Funções Estatais será o alvo seguinte, concluindo com a temática chave acerca da discussão tocante a evolução da referida Teoria no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de

reconhecimento do Órgão Ministerial como mais um ente competente para o aprimoramento da estrutura da Organização dos Poderes no Brasil.

A pesquisa desenvolver-se-á por meio da utilização do método exegético jurídico, buscando a interpretação dos dispositivos legais em compasso com a doutrina majoritária, apresentada neste trabalho por meio de uma ampla atividade de pesquisa bibliográfica e artigos científicos, nacionais e internacionais, além da demasiada utilização do método histórico evolutivo, com a análise do aprimoramento legal e doutrinário no que se refere à temática principal. Por fim, a metodologia aplicada será a dedutiva, a qual proporcionará o aperfeiçoamento na idéia primordial para a conclusão do pensamento.

No primeiro capítulo deste estudo buscar-se-á levantar argumentos históricos que serviram de sustentáculo para a consolidação da Teoria da Separação das Funções Estatais, traçando as linhas gerais do Direito Natural tendo como alvo as lições Aristotélicas, a normatização do Direito enquanto ciência, a Teoria do Direito Puro e a hierarquia entre as normas segundo Hans Kelsen, passando ainda pelos elementos constitutivos do Estado Moderno, desde então amparados nestas teorias, demonstrando-se a real necessidade desta divisão.

Segue-se, então, a pesquisa e a discussão teórica feita no segundo capítulo abordando a evolução, aperfeiçoamento e consolidação histórica das teorias de separação das funções nos Estados Modernos. Elucidando-se desde os primeiros passos com Aristóteles, seguido por John Locke e seus tratados acerca do Governo Civil, a Teoria da Tripartição de Poderes com Montesquieu e ultimando com consolidação dada por Jean-Jacques Rousseau na obra o Contrato Social.

O terceiro e último capítulo será destinado à análise do Sistema Brasileiro de Tripartição das Funções Estatais, elencando os precedentes históricos no ordenamento jurídico nacional e sua estrutura na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como, as formas pelas quais tais atividades foram divididas, além das funções típicas e atípicas de cada ente estatal, até então denominados de poder.

Destacando-se, ao final do estudo, os argumentos que levam ao reconhecimento de uma Teoria de Tetrapartição das Funções Estatais, outrora suscitada por Benjamim Constant.

O Ministério Público figurando como a quarta instância do Poder, onde lhe serão atribuídas além das competências constitucionalmente dispostas, toda a

função fiscalizadora no tocante ao Executivo, Legislativo e o Judiciário, será a proposta a ser reconhecida com a conclusão desse trabalho.

CAPÍTULO 1 O NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO

Quando o homem começa a se organizar em sociedade, os bandos familiares de outrora abandonam seu caráter nômade e buscam se fixar em locais estratégicos para o desenvolvimento das atividades de subsistência, em outras palavras, almejam sedentarizar-se para que se desenvolvam.

As tribos de caçadores e pastores já possuíam uma autoridade constituída e permanente, mas não formavam ainda um Estado, porém, neste diapasão e contexto, as tribos percebem que para gerar mais riquezas e lutar contra os inimigos terão mais êxito se permanecerem unidas, o que ocasionou uma maior agregação.

As sociedades primitivas, compostas já de inúmeras famílias, possuindo uma autoridade própria que as dirigia, fixaram-se num território determinado, passaram a constituir um Estado. Esse nasce, portanto, com o estabelecimento de relações permanentes e orgânicas entre a população, a autoridade ou o poder político e o território.

Como consequência lógica do nascimento do Estado, surge o Direito, ainda não positivado e com traços baseados amplamente na moral e na religião dos indivíduos da época.

1.1 Aristóteles e o Direito Natural

O homem, em seu estado natural, dotado de uma liberdade necessária e total, buscou, na medida do que lhe era, circunstancialmente, possível, estabelecer seus valores, projetando, desta forma, uma tábua de valores caros a todos os viventes em sociedade, cujo sustentáculo mora no consenso de sua aprovação pelos dirigentes. A este conjunto de valores, que compõe o regramento, visando a garantir as condições de conservação, organização e desenvolvimento do grupo, é o que se denomina Direito.

O referido autor pensava no Direito Natural como um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas do direito

positivado. Ele teria validade em si, seria anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, deveria prevalecer. As normas que o compõem, ao longo da história, buscaram explicação em três origens diferentes: a de uma lei estabelecida por vontade divina e por esta revelada aos homens; a de uma lei emanada da natureza, comum a todos os seres animados, através do instinto; a de uma lei ditada pela razão, exclusiva do homem, que a encontra autonomamente dentro de si, segundo as lições de Lima (1983).

Tais aspectos se perfazem em explicações bastante heterogêneas, mas que convergem para um único ponto. Todas partilham da idéia de que o direito natural é um sistema de normas anteriores e superiores ao Estado, cujo poder fixa um limite intransponível. As normas jurídicas e ações políticas dos Estados, sociedades ou indivíduos que se oponham ao direito natural, independente de como ele é concebido, são consideradas ilegítimas, podendo ser contestadas pelos cidadãos.

Verificar-se-á, por inúmeras vezes, a presença do Direito Natural como esteio de todo o ordenamento positivado, afinal nas lições de Grotius (apud Lima, 1983), responsável pela laicização daquele Direito e sua conseqüente miscigenação ao Direito positivo, impossível seria, neste momento, falar-se em institutos binários.

Aristóteles, durante toda a sua produção, pôs no Direito Natural essa força superior, intrínseca ao seres racionais, como elemento integrador das massas. Desse modo, todas as demais leis decorreriam necessariamente desta, imutável ao longo do tempo e conhecida por todos, diferente da denominada "Lei dos Homens". Sua teoria acerca desta condição foi mais bem explanada, séculos depois, por São Tomás de Aquino.

Ainda segundo Lima (1983, p. 204), explicando de uma forma mais didática os princípios e fundamentos desta espécie de direito.

No direito natural está, portanto, a base ética-normativa do direito positivo. Porém, o direito positivo não é nunca perfeito. De onde, o princípio da equidade, invocada por Aristóteles e cuja função seria, em cada caso, ajustar a lei existente à solução ideal. Assim, aconselhou o filósofo na Retórica: ' Se a lei escrita dispõe contra nós, devemos apelar para a lei universal e insistir em sua maior equidade e justiça'.

A Política (2002), obra de Aristóteles, a qual, além de todos os outros méritos, foi a primeira a tratar da Separação das Funções Estatais, trazendo o homem como um animal cívico, melhor do que todos os animais, contudo, aquele que não conhece a lei e a justiça, no sentido da Lei Divina (entendendo-se aqui como a Lei Natural superior) é o pior de todos os homens. Por ser cívico e visando à satisfação de suas necessidades físicas e intelectuais, carece de se reunir em sociedade. Assim, a finalidade do Estado é facilitar a consecução do bem-comum.

A primeira etapa do Direito surge em um momento propício, ou melhor, ele é obrigado a nascer, afinal, impossível seria imaginar pessoas vivendo em sociedade sem uma forma de controle social, a qual, neste momento, atua de forma brilhante para os preceitos daquela época. Sociedades de ciências ainda pouco desenvolvidas e normas não positivadas encontraram, como fator coercitivo, preceitos de ordem moral e religiosa.

1.2 A positivação do Direito e sua explicação segundo Kant

Ao mundo medieval baseado no status, sucedeu um mundo diferente devorado por lutas religiosas e políticas. A fé católica e a filosofia perderam a primazia na interpretação do Universo, e uma nova estrutura social surgiu projetando o princípio da livre concorrência. Nessa estrutura, o valor que se impõe é o do indivíduo com a sua razão e seu poder de iniciativa. Surgia a economia moderna que, baseada no lucro, colocava o indivíduo como o motor da vida econômica.

A sociedade clamava por regras mais firmes que trouxessem aos seus membros um tratamento igualitário e tornasse as relações jurídicas cada vez mais seguras. Os Sofistas, contrapondo-se a toda idéia de *jusnaturalismo* e de uma justiça divina, plantaram a semente que, séculos mais tarde, floresceria com grande efervescência.

Segundo Lima (1983), três são as idéias que lançadas, pelos Sofistas, caíram como uma carga de dinamite no mundo grego. Idéias que, depois, não cessariam de reaparecer sob novas formas no curso da história para servir de tema e enquadramento ao pensamento portador de um conteúdo modificativo da ordem

estabelecida. A primeira delas é que as leis são criações artificiais e servem aos interesses das classes, e, portanto, só o que se baseia na ética e na lei natural é moral e justo, sendo seguida pela noção de que os seres humanos são livres e iguais por natureza e, em consequência, maior que a *polis* é a humanidade, e por fim, o conceito de Estado como uma realidade que se origina de uma decisão humana, de um contrato, e não de um imperativo da natureza.

Com a mudança no pensamento jurídico das grandes civilizações, as bases do direito natural passam a ser colocadas no indivíduo e deduzidas de qualidades que lhe eram atribuídas como inerentes a sua própria natureza humana, tais como: sociabilidade, razão, egoísmo, felicidade, igualdade e liberdade. Inúmeros filósofos e pensadores tentaram explicar, definitivamente, a transição entre direito natural e direito positivo, ou melhor, a positivação do direito natural. Dentre as dezenas de correntes existentes, julga-se, de acordo com a doutrina majoritária, as idéias de Immanuel Kant como as mais brilhantes, lógicas e racionais.

Kant, filósofo alemão, considerado pela classe acadêmica como o último grande filósofo dos princípios da era moderna, recusa o direito natural no sentido clássico. Em sua filosofia, a lei positiva vincula-se ao Estado, regendo um mundo transitório e variável. Todavia, o direito como conceito transcende o empirismo da lei positiva, liga-se à ética que postula a existência de lei morais que decorrem deveres para a liberdade do homem. O supremo fundamento da ética é a liberdade.

É mister considerar, remetendo-se à idéia aristotélica de serem os homens animais sociais, os quais não vivem isolados, mas em companhia de seus semelhantes. Torna-se necessário atribuir, nesse convívio, uma esfera de atividade a cada indivíduo. É precisamente esta, segundo a ideologia kantiana, a função do direito, que por sua natureza pertence à moral externa, à moral das relações que os indivíduos, na convivência social, mantêm entre si.

Fundamentando-se ainda na doutrina, Lima (1983, p.214/215), referindo-se a duas características do direito segundo Kant:

A primeira característica do direito está 'em não aplicar-se senão às relações externas de uma pessoa com outra pessoa, senão naquilo que as ações de uma possam mediatamente ou imediatamente ter influência sobre a outra' [...] A segunda característica do direito é que não consiste 'na relação de desejo de um com a vontade de outro, mas na relação de duas vontades'.

Ante o exposto, percebe-se que, segundo Immanuel Kant, o direito natural teria passado ao campo da moral, campo este responsável por atos internos, ou seja, do homem com ele mesmo. Desse modo, seria por demais perigoso que todas as pessoas regessem suas vidas por atos internos de consciência, afinal, poderiam ser verificados distúrbios de moral, e aquela lei natural conhecida por todos conforme Aristóteles não teria o poder coercitivo para corrigi-los, logo, fez-se necessário para a manutenção daqueles princípios morais preconizados pelo direito natural, o estabelecimento de regras de conduta que impunham uma sanção ao seu infrator.

Neste exato sentido, São Tomás de Aquino discorre de maneira impecável em sua obra "A summa teológica – O tratado da lei", ao concluir o quesito: A lei natural é a mesma para todos? Afirma que se deve concluir que a lei natural, enquanto os primeiros princípios universais, é a mesma para todos os homens, tanto no conteúdo como no grau de conhecimento. Mas em relação a certos preceitos particulares, que são como conclusões derivadas dos princípios universais, também é a mesma, pelo menos na maior parte dos casos, afinal podem ocorrer alguns exceções, seja enquanto a rectitude do conteúdo, a causa de algum impedimento especial (como também em alguns casos fracassam as causas naturais devido a algum impedimento), seja enquanto o grau de conhecimento, devido a certos seres que têm a razão obscurecida pela paixão, por um mal costume ou por uma torcida disposição natural. Assim conta Julio César em 'Das Guerras da Gália', que entre os germanos não se considera ilícito o roubo apesar de ser expressamente contrário à lei natural¹.

Torna-se, então, de altíssima complexidade a transitoriedade de um sistema baseado em preceitos morais para um arcabouço jurídico positivado e por demais coercitivo. As questões e técnicas trazidas por São Tomás de Aquino são uma espécie de justificativa para a coexistência desses sistemas.

Neste norte, observar-se-á que o Direito Natural aos poucos será relegado a um plano secundário cada vez mais distante e as teorias da positivação trazidas por Kant seriam anos mais tarde um dos fundamentos básicos para o objeto deste estudo, a separação das funções estatais.

¹ Tradução nossa.

A moderna Teoria da Tripartição surge como uma forma de enfrentamento aos governos tiranos e despóticos, concentradores de poder, o fato de normas serem positivadas faz com que os detentores das funções de legislar, executar e julgar estejam cada vez mais vinculados a preceitos emanados do povo, restando-lhe apenas uma pequena margem de discricionariedade.

1.3 Kelsen: O direito puro e a hierarquia entre as normas

Entre as modernas teorias do Direito, nenhuma goza de mais larga repercussão no mundo jurídico que a de Hans Kelsen, denominada pelo próprio de "Teoria Pura do Direito". Seu ponto de partida consiste em retirar do conceito de Direito Positivo todo e qualquer elemento não jurídico. A teoria procura saber o que é e como é o Direito, e não como deve ser ou como se deve elaborá-lo. É Ciência do Direito e não Política do Direito.

Grande parte da doutrina pátria, entre eles, Nader (2004), confirma a credibilidade dessa doutrina. Em conformidade com a mesma, não são negados os valores dos estudos sociológicos e filosóficos sobre o ideal jurídico, ou ainda, sobre a justiça. Para o autor, a Ciência do Direito nada tem com isso; a ela só se pode pedir o conhecimento das normas jurídicas como esquemas classificadores dos fatos sociais e de consciência. O único objeto do conhecimento jurídico é o Direito, e o Direito é a norma, nada mais que a norma. Isto posto, a Ciência do Direito tem outro caráter: É normativa, isto é, uma ciência detentora de normas que enunciam não o que sucedeu ou como sucedeu, mas o que deve acontecer, dadas estas ou aquelas circunstâncias ou condições.

Kelsen propôs o princípio da pureza, visto que o método e o objeto da ciência jurídica deveriam ter como premissa básica o enfoque normativo. O direito deveria ser encarado como norma. A noção de norma tem distinção entre as categorias do ser e do dever-ser, buscado no neokantismo², sendo as normas descrições do dever ser. Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja

² O termo neokantismo é construção doutrinária e remete aos seguidores daquelas idéias expostas no item anterior, seguidores estes que buscaram aperfeiçoar as teses de Immanuel Kant (1724-1797) e adaptá-las a realidade da época.

eficaz à vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série que culmina numa norma fundamental.

Comenta Nader (2004, p.379), sintetizando todo exposto acima e trazendo consigo boa parte dos ensinamentos a respeito desta matéria:

A teoria pura reduz a expressão do direito a um só elemento: norma jurídica. Separando o mundo do ser, pertinente às ciências naturais, da ordem do dever-ser, Kelsen situou o Direito nesta última. A ordem jurídica formaria uma pirâmide normativa hierarquizada, onde cada norma se fundamentaria em outra, chamada Norma Fundamental, a qual legitimaria toda a estrutura normativa.

Segundo Lima (1983, p.236), ao referir-se às teses personagem do presente tópico, o Direito concretiza-se num sistema gradual de normas, que formam, finalmente, a ordem coativa exterior. Esse sistema de normas encontra sua unidade na referência a uma norma fundamental de acordo com a qual é o ponto de partida de um processo, assim discorre o referido autor:

A Teoria Pura do Direito opera com esta norma fundamental, diz Kelsen, como 'fundamento hipotético'. E explica: ' Sob a suposição de que ela vige, vige também a ordem jurídica que nela descansa. Confere ao ato do primeiro legislador e, em conseqüência, a todos os atos da ordem jurídica que nela se apóiam, o sentido de deve ser, aquele sentido específico em que a condição jurídica está ligada à conseqüência jurídica na proposição jurídica; e esta última é a forma típica em que se há de representar todo o material jurídico-positivo. Na forma fundamental radica-se, em última análise, a significação normativa de todas as situações de fato constitutivas da ordem jurídica. Somente em relação à norma fundamental pode-se interpretar como direito, isto é, como um sistema de normas jurídicas o material empírico que se oferece à interpretação jurídica'.

Relacionando esse ideário com a realidade corrente, tem-se como norma fundamental de um Estado a sua Carta Magna, assim, conforme Lima (1983, p.236) "a norma fundamental não é senão o pressuposto necessário de toda a concepção positiva do material jurídico". Não vige como norma jurídica positiva, haja vista que não é produzida pelo processo jurídico, pois este processo é por ela determinado.

A norma fundamental é a condição de toda instauração jurídica, e do processo de produção do direito positivo. Confrontando-se com o caso brasileiro, um país de bases democráticas, depreende-se que a Constituição Federal dispõe sobre todo o processo legislativo, no entanto, o seu processo de modificação dar-se-á apenas em ocasiões excepcionais, pois se trata de uma Constituição rígida³, no mais, para construção de um novo texto constitucional, necessário se faz um processo inúmeras vezes mais delicado, afinal, é requisito essencial à formação de uma Assembléia Constituinte.

1.4 Elementos constitutivos do Estado

Diversas são as teorias que buscam explicar a origem do Estado, sejam elas filosóficas ou históricas, entre elas se pode citar a Teoria da origem familiar do Estado, a Teoria da origem contratual e a Teoria da origem violenta.

Crê-se, neste momento, que a mais adequada para os fins deste estudo deve ser fundamentar na formação natural do Estados, a qual, já se teceram comentários. Resumir-se-á, no entanto, na idéia de que as civilizações surgem com a sedentarização das tribos nômades de outrora.

Deste modo, as civilizações desenvolvem-se para a idéia de Estado, o qual, estará estabelecido em determinado território composto por uma população ali residente sob uma forma de governo.

Nessa temática merece destaque abordar os elementos constitutivos do Estado: território, população e governo. O modo originário de formação dos estado confunde-se até certo ponto com a sua formação social. Ele se daria quando, sobre um determinado território que não pertencesse a nenhum Estado, uma população se organizasse politicamente, por impulso espontâneo de suas forças sociais e psicológicas, é o que defende Azambuja (1979)

Maluf (1999, p.24/ 27), ao discorrer de maneira clara e detida sobre os elementos constitutivos do Estado esclarece:

³ São denominadas rígidas as Constituições escritas que para sofrerem alterações necessitam de um processo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata da matéria em seu artigo 60.

A População é a base humana do Estado que há de ser, em regra, uma unidade étnico-social que, embora integrada por tipos raciais diversos, vai se formando como uma unidade política através de um lento processo de estratificação, de fusão dos elementos no cadinho da convivência social. [...] O território é patrimônio sagrado e inalienável do povo. É o espaço certo e delimitado onde se exerce o poder do governo sobre os indivíduos. [...] O governo é, positivamente, o conjunto das funções necessárias à manutenção da ordem jurídica e da administração pública.

Cumprir observar que nas primeiras fases de sua organização e evolução, nos primórdios do que hoje se chama de Estado, com os elementos supra-citados, encontrava-se concentrado, seja em uma única pessoa, seja em uma coletividade, e toda a atividade era exercida por esse órgão único e supremo.

Nas sociedades primitivas, o chefe mantinha a ordem interna, julgava os dissídios, impunha penalidades, comandava seus exércitos e geralmente desempenhava funções religiosas; como feiticeiro, mago, sacerdote. Tudo que interessa à vida do grupo e que hoje se denomina direito, moral, religião, administração, serviços públicos, governo, dentre outros elementos, eram exercidos por um órgão único, que podia ser um homem ou uma assembléia, como acontecia, por exemplo, nas democracias gregas, na Antiguidade Clássica.

Todavia, mesmo nos grupos primitivos, essa concentração total do poder e da atividade pública em um só órgão não foi de longa duração. O aumento do território e da população, nos grupos mais complexos, obrigava, necessariamente, a delegação de certas atribuições a pessoas de confiança do chefe ou do príncipe, que não conseguiria mais atender pessoalmente a tudo.

1.5 A necessidade de uma repartição de funções no Estado Moderno

Verifica-se, agora, a iminente necessidade de uma concatenação de conceitos e idéias ultimando com a demonstração dos sustentáculos dos Estados Modernos, amparado em bases concretas de Democracia, Soberania e Repartição das Funções Estatais.

O decurso do tempo mostra-se, através das mais variadas teorias, que o Homem, o Estado e todo o sistema coercitivo que gira em torno dos primeiros evoluiu, nesse diapasão, tendo-se uma linha de raciocínio que jamais poderá deixar de ser seguida como forma de fundamentar a existência dos Estados Modernos amparados na Separação de Funções.

Nos primórdios, cria-se a idéia do Direito Natural, o qual, consiste em um sistema de normas de conduta intersubjetiva, todavia, conforme se depreende da colação supra de São Tomás de Aquino, pode haver desvios de conduta intersubjetiva, desta forma, não haveria um modo real de coerção entre os entes componentes da sociedade, afinal, seria impossível punir alguém de acordo apenas com seus pensamentos e valores.

Com fulcro nesse pensamento, o homem sai desse campo da moral e dos valores e passa a positivar as normas de conduta, deixando de lado a ideal superior de um Direito Natural. O que se buscava nesse momento era uma maior segurança jurídica para uma vida em sociedade.

Kant buscou então a explicação para a chamada Positivização do Direito, deixando aquele Direito de outrora, o Natural, para o campo dos estudos atinentes à Moral, dessa forma, com esse novo conceito aflorando, a primeira característica do Direito está em não aplicar-se senão às relações externas de uma pessoa com outra pessoa (a vida em sociedade), senão naquilo que as ações de uma possam mediata ou imediatamente ter influência sobre a outra.

O próximo passo é então estabelecer critérios para a positivação desse Direito, de forma que o ente competente para tanto não possa, atendendo unicamente aos seus anseios, alterar aquela norma criada minutos atrás. Eis que surge Hans Kelsen e a Norma Fundamental, com a validade de uma norma que não pode ser questionada porque seu conteúdo não corresponde a um valor material de algum modo suposto, ou não correspondente à Moral.

Uma norma vale como norma jurídica unicamente porque foi ditada em forma bem determinada, uma vez que foi produzida de acordo com uma regra bem precisa, porque foi estabelecida segundo um método específico.

Em síntese, o Direito deixa de ser uma norma de conduta intersubjetiva e passa a ser positivada, escrita, dando maior segurança jurídica aos que vivem em sociedade, no entanto, não é qualquer norma que deve ser, de fato, positivada, mas

apenas as que seguem o modelo traçado pela norma fundamental, obedecendo a todos os critérios de feitura e legalidade.

No entanto, ainda há um sério problema, o qual pode ser visto inclusive em tempos modernos, exemplo clássico dos regimes Nazistas e Fascistas, onde, todas as normas eram legais, ou seja, obedeciam a todo o processo designado na norma fundamental, todavia, possuíam nitidamente traços de injustiça. O fator determinante para tal ato, sem dúvida, foi a concentração de “poder” nas mãos de um único ente, o qual, didaticamente não poderia ser chamado de executivo.

Com essas bases, surgem os Estados marcados pela tirania e despotismo, os quais, apesar de possuírem uma norma fundamental, encontram todas as suas funções delegadas a um único ser. Dessa forma, faltam-lhe limites para serem controlados, ou ainda nas palavras clássicas de Montesquieu (1992, p.163), “o poder frei o poder”. Ainda nesse norte, sábias são as palavras de Nóbrega (1975, p.140) :

No mundo das relações humanas, essa condição constitui o despotismo. É o regime em que predomina a força bruta, em que o poder se exerce sem peias e sem medida e em que tudo depende da vontade do mais forte. O déspota age por simples capricho, ou por impulsos ocasionais; não obedece a normas de conduta, nem se guia pelos fatos e argumentos. A lei suprema é a sua vontade arbitrária – *regis voluntas suprema lex*. O homem continuaria imerso nas trevas da animalidade se não houvesse lutado para superar esse estágio inferior da evolução política. E pode lutar porque, ao contrário do animal, é capaz de cultura, pode reagir contra a natureza, escapar a seu império, adaptá-la a sua necessidade e modificá-la conforme seus interesses e conveniências. Assim como pode normalizar o curso de um rio, desobstruindo-lhe o leito, retificando-lhe as margens, regulando-lhe o volume das águas, pode igualmente normalizar o exercício do poder, traçando-lhe limites, impondo-lhe condições, opondo-lhe restrições.[Grifos do autor]

Buscando acabar com toda essa concentração de poder e desestruturar a velha concepção dos regimes absolutistas, surgem os Estados Modernos e Liberais. Azambuja (1979, p.145) ao discorrer acerca das concepções modernas do Estado, assevera:

A Revolução Francesa aboliu todas as associações intermédias entre o Estado e o Indivíduo, suprimindo os quadros sociais que compunham o

feudalismo. O liberalismo econômico que, por extensão, veio a caracterizar o Estado até fins do século XIX, e daí a denominação, um tanto arbitrária de Estado liberal, constitui um eufemismo enganador, a cuja sombra se processou rapidamente a hipertrofia do Estado Moderno. Premidos pelo advento do industrialismo, pelo desenvolvimento formidável da técnica, dos transportes, das comunicações, do comércio, empurrados irresistivelmente pela complexidade da vida social, onde borbulhavam problemas novos, os Estados Modernos, aos reclamos mesmo dos mais ferrenhos individualistas, foram gradualmente absorvendo o indivíduo, entrosando-o na sua engrenagem cada vez mais vasta e complicada. Debalde as Constituições modernas aumentarem sem cessar a lista dos direitos dos homens, a simples enunciação deles não podia entravar a marcha incoercível do *Leviatã*. Uma regulamentação jurídica minuciosa e avassaladora, jorrando inexaurivelmente dos Parlamentos, encerrou o homem moderno na teia inextricável, em que todos os seus atos, todas as suas atitudes, toda a sua vida dependia do Estado. Onisciente, onipresente, onipotente, o Estado do século XX realizou em proporções inimagináveis os mais audaciosos sonhos de que seria capaz o gênio de Hobbes.

Salienta-se, neste momento, que as funções inerentes ao Estado para a realização do bem comum sempre estiveram presentes, ou seja, o Estado sempre legislou, julgou e executou seus próprios atos, no entanto, tais funções encontravam-se concentradas nas mãos de uma única pessoa, quer seja pessoa física, singular, ou pessoa coletiva, e toda a atividade era exercida por esse órgão único e supremo.

Conseqüência lógica da participação ativa da sociedade no aparelhamento estatal com cobranças cada vez mais incisivas dos seus direitos relacionados ao seu futuro, foi a delegação de uma das funções ao povo, qual seja, a função de legislar, dessa forma, nada seria mais justo que a elaboração por parte dos próprios cidadãos de suas regras de conduta, desde que com estrita observância à norma fundamental. Neste momento histórico, caberia aos homens direcionarem seus próprios destinos, no entanto, a função de julgar os dissídios e executar as normas outrora confeccionadas ainda era função estatal.

No Segundo Tratado do Governo Civil, Locke (2002), restabelece a conexão entre a doutrina da separação dos poderes e a *rule of law*, concebendo-a como pré-requisito desta última: objetivando que a lei seja, imparcialmente, aplicada, é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, aplicá-la. Sendo, em decorrência disso, necessária a separação entre as funções legislativas e executivas.

O poder supremo para Locke (2002) é o legislativo, os demais poderes dele derivam e a ele estão subordinados. Compete ao poder executivo, cuja existência é perene, a aplicação das leis. Locke ainda concebe um terceiro poder, que apesar de distinto, não pode ser separado do executivo, ao qual denomina de federativo⁴, e incumbe o relacionamento com os estrangeiros, a administração da comunidade com outras comunidades, compreendendo a formação de alianças e decisões sobre a guerra e a paz.

Nesse passo, ressalta-se que a despeito de Locke não contemplar expressamente, em sua tripartição dos poderes da sociedade (Legislativo, Executivo e Federativo), o Poder Judiciário, e ainda referir-se a este como atividade meio do poder legislativo, vislumbra-se em seus escritos uma vital importância do Poder Judiciário em sua sistematização das funções de Estado.

É, contudo, Montesquieu (1992, p.165), o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado, e, à esteira do que já havia sido preconizado por Locke, também aproxima sua formulação da concepção da *rule of law*. E, com precisa clareza, revela ao mundo os contornos da aceção mais difundida da separação dos poderes, assim, elucida:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Assim, conclui-se pela real necessidade, em tempos passados, da tripartição das funções estatais e, neste momento, face à nova realidade, a repartição das competências típicas do Estado em um número maior de esferas para a promoção

⁴ O termo federativo provém de federação, o qual, por sua vez, significa associação, aliança, ou seja, seria um "Poder", baseado em um Estado Federativo, responsável pela reunião entre entes, comunidades e que originou Estados descentralizados político, financeira e administrativamente.

do bem público, que é o seu fim, exercendo sua atividade sobre um conjunto de assuntos, serviços ou objetos variáveis no tempo e no espaço, tais como: assegurar a defesa contra perigos externos, manter a ordem interna e realizar vários serviços para o bem-estar e o progresso da coletividade.

CAPÍTULO 2 A ANÁLISE HISTÓRICA DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Hodiernamente, o termo tripartição de poderes não é mais usual, haja vista que as doutrinas ao longo do tempo constataram que o poder é uno e indivisível, assim, elencou a própria Constituição da República Federativa do Brasil⁵:

Art.1º *omissis*.

Parágrafo único: todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos desta constituição.

Muito se argumenta acerca do pecado do Legislador originário ao dispor, logo no artigo 2º do texto constitucional, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, afinal, o que há não é uma divisão de Poderes, e sim, um repartição de funções dentro de um Estado Democrático de Direito. Neste norte, a terminologia mais adequada seria tripartição das funções estatais. Sobre esse aspecto, esclarece Moraes (2004, p.386):

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem todas as funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

O objetivo da Tripartição de Poderes, melhor definido como separação de funções estatais é, em última razão, conseguir a paz na sociedade, assegurar a

⁵ O inteiro teor da Constituição da República de 1988 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EA7ao.htm>

liberdade e evitar autoritarismos. Ora, é inerente ao ser humano. Sua evolução tendo-se como equação essencial que explica as necessidades históricas e culturais de um dado momento. A validade mutante de determinados valores em determinado tempo não significa seu nascer e perecer ao correr da história. O câmbio não é mutação dos valores, mas mudança na preferência que prestam determinadas épocas a determinados valores.

Assim, cabe verificar-se a evolução da tripartição de funções para compreender a razão temática proposta no presente estudo, que virá de Aristóteles, passará por John Locke e Montesquieu, culminando em Rousseau.

2.1 Aristóteles e a teoria da separação das funções estatais

Um dos maiores pensadores de todos os tempos, Aristóteles, nasceu na região de Estagira, antiga Macedônia, no ano de 384 A.C. Sua obra abrangeu a psicologia, a lógica, a moral, a ciência política, a biologia e a própria crítica literária, de que lançou os fundamentos.

Conforme informações extraídas da Enciclopédia Barsa (1995), o referido autor era filho de um médico da corte macedônica e aos 17 anos seguiu para Atenas a fim de estudar com Platão, de quem foi discípulo até 347 ou 348, quando este morreu. Decidiu então viajar por alguns anos até que Filipe, Rei da Macedônia, o chamou para preceptor do seu filho Alexandre. Pouco se sabe dos sete anos que passou com o futuro conquistador do mundo.

Terminada sua missão na Macedônia, volta a Atenas, onde funda o Liceu. Como ensinasse caminhando, ficou a escola conhecida pela designação peripatética. Morreu no ano de 322 A.C em Cálcida – Eubéia, quando se tornou fugitivo depois de escapar a perseguição dos grupos políticos que dominavam Atenas, por ocasião da morte de Alexandre.

Em Política (2002), obra cuja autenticidade é indiscutível, o autor atesta e divide o Estado em três elementos, quais sejam: a população, o território e a autoridade política, divisão essa aceita até os dias de hoje. Nesse diapasão estuda os poderes (funções) políticos e as estruturas comportamentais das autoridades. É

marcante em toda sua obra a relação intrínseca entre política e ética, aquela é tida como prática que colima o bem humano.

Aristóteles (2002) esboça o homem como animal cívico, marcadamente por seu caráter típico de vida em sociedade, melhor do que todos os animais, contudo, aquele que não conhece a lei e a justiça é o pior de todos. Por ser cívico, o homem, para a satisfação de suas necessidades físicas e intelectuais, carece de se reunir em sociedade. Assim, a finalidade do Estado é facilitar a consecução do bem-comum.

Nessa mesma obra, Aristóteles (2002) define ainda quais são os poderes, suas estruturas e funções. De modo que a primeira função de poder é a deliberativa, que corresponde ao Legislativo moderno, com competência para paz e guerra, realizar e romper alianças (tratados) e produzir as leis.

A segunda função de poder é a executiva, que compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, ou seja, aqueles que o Estado necessita para agir, suas atribuições e modo de satisfazê-las. Apenas os que participam do Poder Público devem ser chamados de magistrados, assim, a magistratura é criada para formar um Estado, raciocínio que leva à indagação de quais funções, desempenhadas por esses magistrados, são essenciais para a existência de um Estado.

A resposta é trazida com brilhantismo por Costa (2008) ao explanar a obra em tela: A primeira seria encarregar-se do abastecimento de alimentos nos mercados, além de administrar os edifícios públicos e privados, as construções, a conservação das ruas e os limítrofes das propriedades pelo ofício da polícia urbana. Seria ainda função dos magistrados preservar a fauna e a flora, encarregar-se das rendas públicas, designar funcionários para recebimento de contratos privados, transcrição de julgamentos dos tribunais e redação de petições e citações da justiça, bem como, executar as sentenças condenatórias, pregoar os bens apreendidos e guardar as prisões, comandar os praças e as outras funções militares e, por fim, inspetorar as contas.

Os cargos de jurisdição estão elencados dentro da terceira função de poder. Aristóteles (2002, p.207/208) elenca oito espécies de tribunais, quais sejam:

O tribunal que faz o julgamento dos agentes devedores; aquele que resolve sobre os crimes públicos; o que chama a si todas as causas em que a constituição está afeta; aquele que resolve entre os simples particulares e os juizes em caso de contestação de castigos pronunciados; o que cuida dos processos com referência a atribuições particulares, que tenham alguma importância; além do mais, o tribunal para os estrangeiros e o que recebe as acusações de homicídio.

Em mais um dos seus clássicos, *Ética e Nicomâcos* (2005), Aristóteles destaca o fato de que é nas Constituições que se encontram ordenados e distribuídos os poderes existentes em um Estado, ou seja, a forma pela qual estão divididas a sede de soberania e a finalidade à qual a sociedade civil se propõe. O filósofo ainda afirma que um julgamento acertado ocorre quando alguém julga segundo a verdade, corretamente aos assuntos que conhece, de forma que o homem instruído a respeito de determinado assunto é um bom juiz.

No tocante às Constituições, verifica-se na obra aristotélica, a predominância da chamada Constituição Mista, a qual pode-se conceituar como aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou ainda, aquela em que o exercício da soberania ou do governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.

Com efeito, é o caráter de síntese da Constituição mista, expressando a visão de ricos e pobres, que leva o pensador em comento a entendê-la como a melhor Constituição, uma vez que, misturando formas de governos (oligarquia e democracia), poderia se chegar ao meio-termo, ideal de toda a ética aristotélica. Dessa forma, a constituição média ou governo médio é basicamente um meio de assegurar, manter e fomentar por via institucional a classe média numa sociedade.

O objetivo último seria fazer com que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Neste sentido, a Constituição Mista não é mais do que um sistema político-social pluralmente estruturado. É exatamente nesse norte que boa parte dos estudiosos sobre o tema vislumbram os primórdios do sistema de freios e contrapesos, afinal, depreende-se, neste ponto, um equilíbrio ou balanceamento das classes sociais, evitando arbitrariedades da classe dominante face à classe dominada.

2.2 John Locke e os Tratados acerca do Governo Civil

John Locke é considerado o fundador do empirismo, nasceu em 1632 no seio de uma família burguesa da cidade de Bristol - Inglaterra. Seu pai, um comerciante puritano, combateu na guerra civil nas fileiras do exército do Parlamento.

De acordo com informações coletadas na Enciclopédia Barsa (1995), no ano de 1652, Locke foi estudar em Oxford, formando-se em Medicina, tornando-se, posteriormente, professor daquela Universidade. Em 1666, foi requisitado como médico e conselheiro de Lorde Shaftesbury, destacado político liberal, líder dos Whigs e opositor do Rei Carlos II no Parlamento. Shaftesbury foi o mentor político de Locke, exercendo grande influência em sua formação liberal.

Em 1681, acusado de conspirar contra Carlos II, este Lorde foi obrigado a exilar-se na Holanda, onde faleceu dois anos depois. O envolvimento na conspiração do seu patrono obrigou Locke também a refugiar-se na Holanda em 1683, só retornando após a queda de Jaime II. Toda sua vida pública se resume na luta incessante pela liberdade civil, religiosa e política. Morreu na cidade Oates em 28 de outubro de 1704, segundo Weffort (2002).

Suas idéias, conforme a Barsa (1995), foram expressas pela primeira vez em *Epistola de tolerantia* (1689; Carta sobre a tolerância). Ao contrario de Hobbes, responsável pela teoria do despotismo, Locke foi o defensor do liberalismo moderado. O estado de natureza não é um estado de guerra, como queria Hobbes. O homem tem direitos naturais anteriores à sociedade, os quais têm de ser por esta respeitado e protegido, tais como: liberdade pessoal, propriedade e legítima defesa. J.J. Rousseau abeberou-se em Locke para elaborar sua teoria do Contrato Social.

John Locke estudou a política em duas de suas obras, quais sejam, o Primeiro e o Segundo tratados sobre o Governo Civil. O Primeiro Tratado é uma refutação do patriarca, obra em que Robert Filmer defende o Direito Divino dos reis com base no princípio da autoridade paterna que Adão, supostamente o primeiro pai e o primeiro rei, legará a sua descendência. De acordo com essa doutrina, os monarcas modernos eram descendentes da linhagem de Adão e herdeiros legítimos

da autoridade paterna dessa personagem bíblica, a quem Deus outorgará o poder real, assim lecionou Weffort (2002).

No Segundo tratado, John Locke procura demonstrar da maneira mais clara e precisa todos os princípios que nortearam a sua vida pública, assim, define a condição natural dos homens, quer dizer a existência de um Estado em que todos sejam livres, em absoluto, para decidir sobre suas ações, disponibilizando estas dentro dos limites do Direito Natural. O que não significa, propriamente, uma permissividade desenfreada; pelo contrário, de uma forma bem idílica, quase lúdica, Locke defende que o Direito Natural ao reger a liberdade humana assegura e impõe a cada ser humano um juízo de valor da causa própria, pois todos aprendem que são iguais perante o Criador, pois dele são obras, não podendo, pois, serem lesados por ninguém.

As funções de poder vislumbradas por John Locke no Segundo Tratado do Governo Civil são quatro: a Legislativa, a Executiva, a Prerrogativa e a Federativa. Cabendo à função Federativa administrar a segurança pública externa, e à executiva compete execução das leis internas. Estas duas últimas são convertidas “quase sempre” em uma só função, que apesar de serem diferentes não devem ser colocadas nas mãos de pessoas distintas, pois resultaria em desordem e ruína. À função Prerrogativa cabe a tomada de decisões nos casos de exceção constitucional, como guerra e estado de emergência.

Nesse esteio a função executiva ainda estaria incumbida de convocar e estabelecer a duração das reuniões do Legislativo, modificar a base de constituição do corpo Legislativo caso este seja eleito (incluindo novos setores ou corrigindo outros desde que a formação societária tenha sido alterada e tendo em vista o bem público, que observa as leis da natureza), agir livremente quando a lei não exista e promulgar a legislação, e/ou atuar, contrariamente, à lei vigente, independentemente da aprovação do Legislativo.

Dessa maneira, a prerrogativa é fazer o bem público sem conformar-se às regras. Logo, caracteriza-se nesse ponto, o nascimento das interferências de uma função estatal sobre as outras, mesmo, como adiante explicar-se-á, com o claro intuito do autor em não colocar tais funções em um patamar de igualdade.

Para Locke, a função legislativa é a “função suprema” em toda sociedade civilmente organizada, esse poder Legislativo pode estar alocado em diferentes mãos, conforme o regime de governo: se democracia, nas mãos dos funcionários

eleitos; se oligarquia, nas mãos de alguns homens; se monarquia nas de um só homem.

Apresenta-se como a lei natural que toda sociedade tem o dever de se preservar com a adoção de normas para toda a população e território. O filósofo inglês ainda traça alguns limites a essa função, entre os quais, as leis devem ser estabelecidas de forma isonômica e não devem ser alteradas para benefício próprio; o bem do povo deve ser a única finalidade de qualquer lei (o bem comum preconizado por Aristóteles); a imposição de impostos não pode ocorrer sem o consentimento direto ou indireto do povo; a competência de legislar é indelegável.

Ressalte-se que Locke não se refere ao Judiciário como genuína função de poder, porque não existe essencial diferença entre este e o Legislativo, porque a função do juiz imparcial é exercida, eminentemente, pelos que fazem as leis. Em sua obra o Judiciário não é tido como função solucionadora dos dissídios característicos dos que vivem em sociedade. Em caso de abuso do Executivo, o autor defende a tese (de Direito Natural) do direito de revolução popular.

A doutrina que se dedicou a estudar o tema reconhece essa característica e leciona que a obra de John Locke não tem a ver com separação e equilíbrio das funções de poder, e sim com separação e subordinação, isto é o que se depreende da afirmação desse autor, devendo o Executivo ser subordinado ao Legislativo e as ofensas sofridas por um indivíduo dessa sociedade política serão julgadas necessariamente pela função Legislativa ou por um magistrado por ela indicado.

Vê-se assim que, conforme Locke (2002), dois são os critérios para separar os poderes: a natureza humana e a natureza da função. O primeiro afirma que os seres humanos têm fraquezas e os indivíduos dispendo de poder irão abusar dele. Portanto, deve-se dividir o poder, tornando-o mais fraco. Não há afirmação de que é preciso dividi-lo para confrontar duas partes que se auto-limitem.

O segundo critério postula que os poderes têm diferentes tempos de atuação. Para fazer as leis, não é preciso estar permanentemente reunido, considerando que essa é uma etapa curta, ao passo que as atividades executivas são constantes, necessitando de permanente atenção.

Sua teoria, portanto, apontou a separação dos poderes sem se preocupar com a limitação recíproca entre eles. Somente a prerrogativa do Executivo aproxima-se dessa idéia, como um mecanismo pelo qual se podem corrigir conflitos

e injustiças. O interessante é que a capacidade de legislar é um princípio indelegável do poder Legislativo.

A separação de poderes aparece, fundamentalmente, respondendo a um critério funcional, qual seja, a atividade que o poder desempenha ou deve desempenhar tendo em vista a efetivação do bem público.

O livre consentimento dos indivíduos para o estabelecimento da sociedade, para a formação do governo, para a proteção dos direitos de propriedade pelo governo, o controle do Executivo pelo Legislativo e o controle do governo pela sociedade, são, para Locke, os principais fundamentos do Estado Civil.

Por fim, cumpre observar que além do nível funcional e institucional, a divisão de Locke inclui o nível social, mas com a ressalva que a ambiência histórica era do Feudalismo, ou seja, todos os estamentos sociais constituíam o Parlamento, no entanto, certas classes nesse modo de produção eram mais favorecidas política e socialmente.

2.3 Montesquieu, o “Espírito das Leis” e o aprimoramento da teoria da separação das funções nos Estados Modernos

O Barão de La Brède e de Montesquieu, ou apenas Charles Louis de Secondat, escritor e filósofo francês, nasceu em 18 de janeiro de 1689 no castelo de La Brède, perto de Bordeaux - França e faleceu em Paris aos 10 dias do mês de fevereiro de 1755.

Conforme biografia disposta na Enciclopédia Barsa (1995), realizou sólidos estudos de Direito, tornou-se em 1716 presidente togado da corte de justiça de Guyenne. Na época, dominado pelo espírito do século, interessou-se pelas ciências físicas e naturais, publicando algumas memórias científicas. O sucesso do seu livro *Lettres persanes* (As cartas persas), escrito em 1721, abriu-lhe as portas dos salões literários parisienses, que frequentára até 1728, ano a partir do qual realizou sucessivas viagens pela Europa, principalmente pela Inglaterra.

Depois de 1731, recolheu-se a seu castelo. Em 1734 publicou as *Considérations sur les causes de la grandeur des romains et de leur décadence*

(Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência) e inicialmente uma parte de *L'Esprit des Lois* (1748; O Espírito das leis), onde apresenta sua concepção filosófica da história, procurando por detrás dos fatos as leis que regem a sorte política dos Estados.

Montesquieu foi bastante perspicaz em sua teoria. Por ter em vista basicamente a liberdade política — que para ele é a conjunção da liberdade oferecida pela lei (Princípio da Legalidade) com a tranqüilidade de espírito que o cidadão tem sobre sua segurança pessoal — propôs, categoricamente, a separação de poderes.

É novamente a natureza humana, que ele considera predisposta a abusar dos poderes de que porventura disponha que está na base da justificativa da separação dos poderes. Montesquieu (1992, p.163), “para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. A idéia fundamental é que um poder tenha a capacidade de barrar ao outro, de modo a forçar um acordo, e vice-versa, criando a moderação nas decisões e gestão do Estado.

Evita-se, assim, o abuso de poder por parte de algum corpo e obtém-se, em decorrência do não-abuso de poder, a liberdade política. A unidade do poder significa a possibilidade de tirania. E basta ao indivíduo estar exposto a essa possibilidade para instaurar-se o temor à sua segurança, redundando em falta de liberdade política.

O critério para estabelecer os poderes diferenciados é funcional, isto é, pela atividade principal de cada um. Essa atividade não se confunde com os instrumentos de que cada poder dispõe ou com características de organização necessária à efetividade na função. Por exemplo, o poder Legislativo estabelece a legislação, mas a manutenção de um corpo Legislativo que preserve o poder dos nobres frente ao povo em geral não é uma função propriamente dita do poder, mas um aspecto que concorre para a efetividade daquela função, evitando o abuso de poder por parte do Legislativo.

Além disso, Montesquieu (1992) classificou os três poderes do Estado: o poder Legislativo (fazer as leis); o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes (paz, guerra, segurança, prevenção de invasões, entre outros), que é o poder Executivo do Estado; o poder Executivo das coisas que dependem do

direito civil (pune os crimes e julga os conflitos entre indivíduos), ou seja, o poder de julgar.

Marcado pelo contexto de sua época, a distribuição desses poderes entre diferentes corpos observará os atores sócio-políticos existentes. O Executivo ficaria nas mãos do monarca, o Legislativo nas dos nobres e dos representantes do povo, e o Judiciário em tribunais temporários do povo. É a física do poder. A relação entre setores sociais e constituição dos poderes é inequívoca; por isso, nas palavras de Montesquieu (1992, p.170/171) “a separação do Legislativo em dois corpos, um plebeu (Câmara baixa) e outro nobre (Câmara alta), como uma forma de proteger os últimos, obtendo dessa maneira a moderação do Legislativo frente ao Executivo.”

Desse modo, a idéia basilar buscada pelo Barão de Montesquieu, em suma, seria que a estabilidade do regime ideal está na correlação entre as forças reais da sociedade, as quais, poderiam se expressar, também, nas instituições políticas. Isto é, seria necessário que o funcionamento das instituições permitisse que o poder das forças sociais contrariasse e, portanto, moderasse o poder das demais, conforme adverte Weffort (2002).

Segundo Costa (2007, p.11), ao estabelecer a diferença entre Montesquieu e John Locke, seu predecessor, além da introdução da idéia de controle de um poder sobre o outro, consiste:

A diferença entre Locke e o Barão reside no seguinte: 1) Montesquieu aceita a autonomia da função Judiciária; 2) as funções Federativa e Prerrogativa, adotadas por Locke, estão inclusas na função executiva

Por fim, cumpre observar que, em O Espírito das Leis(1992) é visível que a separação de poderes foi associada ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais, tanto que foi acolhida pelos revolucionários franceses em 1789, pois o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶ dispõe:

⁶A referida Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão encontra-se disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>.

Art.16 - Toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada não possui constituição,

Sabidamente tornada um dogma até hoje, espalhou-se pela Europa continental e América do Norte (Constituição norte-americana, 1787), esta última adicionando o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), o que veio a se revelar não como um equilíbrio permanente entre as funções e sim a predominância cíclica de uma delas.

2.4 Rousseau: O “último passo” na Tripartição das Funções Estatais

Jean-Jacques Rousseau nasceu em Genebra - Suíça aos 28 dias do mês de Junho de 1712, faleceu em 2 de Julho de 1778 e foi enterrado na ilha de Choupos, em Ermenonville. Durante a Revolução Francesa, seus restos mortais foram colocados no Panteão. Filósofo, escritor, teórico político e um compositor musical autodidata. Uma das figuras marcantes do Iluminismo francês, Rousseau é também um precursor do romantismo .

As idéias políticas de Rousseau tiveram grande influência nas inspirações ideológicas da Revolução Francesa, quando as concepções liberais se difundiram e guiaram ideologicamente a Revolução. O crescimento do nacionalismo também pode ser constatado nesse momento. Em 1762, publicou *Du Contrat Social*, sua obra fundamental, na qual formula uma teoria do Estado baseado na convenção entre os homens, defendendo o princípio da soberania popular, segundo dados extraídos da Enciclopédia Barsa (1995, p.12, v.14).

Conforme Rousseau (apud Weffort 2002, p.191), em confissões:

Nasci em Genebra, em 1712, de Isaac Rousseau, cidadão, e de Suzanne Bernard, cidadã. Uma herança bem medíocre, para ser dividida entre quinze filhos. Havia reduzido a quase nada a parte que coube a meu pai, que não tinha outro meio de subsistência senão a profissão de relojoeiro, na qual era, na verdade, muito hábil.

Em sede do tema ora trazido à baila, nada se faz mais importante do que o estudo da obra fundamental deste autor, *Do Contrato Social*. Todo o Livro III desta obra é dedicado ao Governo. Nas palavras de Rousseau (2001, p.64):

E que é o Governo? Um corpo intermédio, estabelecido entre os vassalos e o soberano, para a mútua correspondência deles, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política. [...] Chamo pois Governo ou suprema administração, o exercício legítimo do poder executivo; e príncipe, ou magistrado, o homem ou corpo incumbido dela.

Em outras palavras, o corpo administrativo do Estado, como funcionário do soberano, como um órgão limitado pelo poder do povo e não como um corpo autónomo ou então como próprio poder máximo, confundindo-se neste caso com o soberano. Se a administração é um órgão importante para o bom funcionamento da máquina política, qualquer forma de governo que se venha a adotar terá que se submeter ao poder do soberano do povo. No tocante ao Soberano, afirma Rousseau (2001, p.65):

Suponhamos o Estado composto de dez mil cidadãos; só coletivamente e como o corpo se pode considerar o soberano, mas cada particular em qualidade de vassalo é considerado indivíduo; assim o soberano é ao vassalo como dez mil a um, quero dizer, que cada membro do Estado, no tocante a si, tem só a décima parte da autoridade soberana, ainda que lhe seja submetido inteiramente.

Neste norte, as formas clássicas de governo teriam um papel secundário dentro do Estado e poderiam variar ou combinar-se de acordo com as características do país. Em síntese, seria o governo um corpo submisso à autoridade soberana – Povo. Todavia, o governo tende a ocupar o lugar do soberano, a constituir-se não como um corpo submisso, como um funcionário, mas como o poder máximo, invertendo, portanto, os papéis. Ao invés de submeter-se ao povo, o governo tende a subjugá-lo, de acordo com Weffort (2002).

Para esse autor, apenas a lei, considerada em abstrato, como expressão da vontade geral, é manifestação de soberania, e conseqüentemente, somente a função legislativa é ato do soberano. Rousseau (2001, p.48) afirma:

Isto posto, imediatamente se vê que é inútil perguntar a quem toca fazer as leis, pois que elas são atos da vontade geral; nem se o príncipe é superior às leis, pois ele é membro do Estado; nem se a lei pode ser injusta, pois que ninguém é injusto para si; nem como somos livres, e submetidos às leis, não sendo elas senão o registro de nossas vontades. Vê-se mais que, reunindo a lei a universalidade da vontade e a do objeto, o que um homem, seja qual for, do seu moto próprio ordena, não é uma lei; o que ordena mesmo o soberano, acerca de um objeto particular, também não é lei, mas um decreto; nem um ato de soberania, mas de magistratura.

Assim, o legislar não é um ato de soberania, este é aquele apenas que expresse a vontade geral (Rousseau estabelece diferença entre vontade geral – entidade abstrata que visa ao bem comum e por tal nunca erra – e vontade de todos – a soma de vontade de indivíduos ou de grupos que quase nunca é coincidente com a vontade geral). O que não exclui a possibilidade de se criarem órgãos diversos do Legislativo para a execução da lei. Apenas a lei expressa o Poder, o Soberano; tudo o mais é ato particular.

Essa posição defendida por Rousseau é alimentada pela visão do pacto social totalitário e a vontade geral constitui o poder absoluto, dele escapando tão somente as ações individuais que, segundo seu próprio juízo – da vontade geral – não lhe interessam e por tal remanescem na esfera da liberdade individual. Torna-se, assim, compreensível a razão do autor em ser averso à separação de Poderes (funções), vez que, o fracionamento do Poder implicaria o enfraquecimento do Soberano.

Nota-se, portanto, entre este autor e os teóricos atuais, a convergência quanto à unicidade do Poder. O Poder é uno, indivisível e finca-se no povo, como corolário o julgar, o administrar, o legislar, o fiscalizar ou qualquer outra função que venha a ser identificada como necessária à manutenção do corpo social – Estado – são meramente técnicas ou meios de exercício do poder: o que se divide são as funções.

Nesse diapasão a Constituição da República federativa do Brasil⁷ dispõe logo no artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [Grifos nossos].

O autor destaca-se no ponto em que preconiza que a Lei expressa a vontade geral e somente o ato de promulgá-la é função de poder, pois este é um momento de manifestação da soberania. Mas a lei por si só não basta; Ela deve ser efetivada para de fato a soberania fazer-se valer, o que ocorre quando o Poder Soberano cria órgãos para dizer essa efetivação e que à luz da teoria política, como visto em Aristóteles e Montesquieu, não são, necessariamente, somente três. Assim, esclarece Rousseau (2001, p.63)

Vimos que o poder legislativo pertence ao povo, e não pode pertencer senão a ele. Ao contrário, vemos facilmente pelos princípios atrás expostos que o poder executivo à generalidade como legisladora e soberana, porque esse poder só consiste em atos particulares, que não competem à lei, nem, por conseguinte, ao soberano, cujos atos todos não podem se senão leis.

Os debates acerca das dimensões, densidades e complexidades dos Estados contemporâneos impõem, cada vez mais, mediações entre o simples cidadão e cidadão agente, pois aquele – cidadão simples – que é parte maior no seio social não tem suas vontades ecoadas na estrutura de órgãos de poder de

⁷ O inteiro teor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%27ao.htm>

antão por mais que se apregoem, seus agentes, a inclusão de setores marginais no mecanismo de aferição da vontade geral.

Essa incompatibilidade da estrutura, de viés notadamente traçado por Montesquieu, de órgãos de poder ocorre porque estes se tornaram corporações que se cristalizaram em torno de si mesmo, isolando não só o simples cidadão como os outros órgãos, servindo o mecanismo de freios e contrapesos como técnica de controle entre eles, ou sejam dividindo o poder somente entre a clássica separação de funções.

Buscando sintetizar as idéias até então expostas, mas ainda longe de encerrar as discussões e interpretações atinentes a este autor e sua vasta obra, temos que o Poder é uno, e, conseqüentemente, indivisível, portanto relaciona-se ao Estado como um todo e não às funções desempenhadas pelos órgãos vinculados a ele. Justifica-se a existência de funções na necessidade dele – Estado – alcançar seus fins da melhor forma.

A característica de indelegabilidade do Poder é a inviabilidade de que outro órgão ou pessoa exerça as atribuições previstas na Constituição senão aquela para qual se permitiu.

De acordo com Costa (2008), dentre as características apontadas, decorre a coatividade, ou seja, o poder se impõe independentemente da manifestação de vontade dos destinatários dos seus comandos. Isso se justifica porque os indivíduos renunciaram ao exercício da liberdade absoluta (Estado da natureza) em prol da consecução das finalidades comuns da vida em sociedade. Portanto, trata-se de uma coação legítima e admitir uma divisão do poder é consubstanciar um desvanecimento do poder.

Isto posto, fica, deste modo, consubstanciada e consolidada a Teoria da Separação das Funções Estatais. Neste momento histórico, o poder já não se encontra mais atrelado a uma única pessoa ou entidade; a população civil passa a ser livre para escolher os seus representantes em Estados Democráticos; os Estados estão divididos em entes dotados de capacidade para consecução do bem comum, onde um deles legisla, o seguinte executa os atos de governo e o terceiro julga os dissídios típicos da vida em sociedade; por fim, o poderes do Estado antes entregues ao próprio passam as mãos do povo, ou seja, o poder emana do povo que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos.

CAPÍTULO 3 O SISTEMA BRASILEIRO DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

O presente estudo buscará, nesse ponto, traçar a evolução histórica da Tripartição de Poderes no sistema pátrio, seguindo-se por uma análise do artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual institui a separação de funções, bem como sua tipificação como cláusula pétrea.

O passo seguinte será explanar as funções típicas e atípicas de cada poder, e, quanto a esta última, a forma como geram interferências significativas, a ponto de descaracterizar aquelas teorias outrora analisadas. Por fim, face à impossibilidade técnica para defesa de uma tese nesta obra, procura-se levar a debate a discussão acerca da criação/reconhecimento da tetrapartição de poderes.

O sistema constitucional brasileiro passou ao longo das décadas e das inúmeras Constituições por diversos modelos de repartição das funções estatais, inclusive, utilizando o sistema idealizado por Benjamim Constant, no início do Século XIX, de tetrapartição dos poderes.

Hodiernamente, o que se vê no ordenamento jurídico brasileiro é um sistema amparado na idéia de tripartição dos poderes, em que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário se comportam como entes independentes e autônomos, todavia, essa independência e autonomia encontram-se restringidas pela Teoria dos Freios e Contrapesos, elaborada por Montesquieu.

O controle exercido entre os "Poderes do Estado" foi sendo deturpado com o passar dos anos, motivo gerador de inúmeras interferências, ainda que indiretas, nos mesmos. Exemplifica-se o exposto com a citação das súmulas vinculantes, das medidas provisórias e das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI).

A temática supra citada será alvo de críticas fulminando com a proposta para aperfeiçoamento da arcaica teoria de divisão de poderes, a qual já não atende mais aos reclames da sociedade. Abordando a problemática do reconhecimento do Ministério Público como a quarta instância do Poder.

3.1 Precedentes históricos da tripartição das funções no ordenamento jurídico brasileiro

Convocada a primeira constituinte por ato do príncipe-regente – consequência lógica do “fico”⁸ – aos 25 dias do mês de março de 1824, o que outrora fora apenas um projeto se concretiza, naquele momento, como a primeira Constituição⁹. Instituiu a carta quatro poderes delegados pela Nação: O Moderador, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Destinava-se o primeiro a velar pela independência, equilíbrio e harmonia dos outros, era exercido pelo Imperador, o qual cumulava ainda o cargo de chefe do Executivo. Conforme ensina Bastos (1999), o poder Moderador era criação jurídica de Benjamin Constant, cuja influência sobre as elites jurídico-políticas do Continente não podia ser subestimada. O Legislativo era composto de duas câmaras: a dos Deputados, eletiva e temporária, e o Senado, vitalício e de nomeação do Imperador, dentre componentes de uma lista tríplice eletiva.

O Imperador nomeava e demitia, livremente, os ministros de Estado e poderia por ato próprio dissolver a assembléia ou adiá-la: era um regime de governo pessoal, bastante semelhante ao presidencial. Por fim, o Judiciário era formado de jurados, juízes de paz, juízes de direito, Relações e Supremo Tribunal de Justiça. Havia ainda um Conselho de Estado Vitalício, nomeado pelo Imperador.

A Constituição seguinte, promulgada em 1881, passara a ser marcada, fundamentalmente, por acontecimentos histórico-políticos. Nesse lapso temporal, viu-se a abdicação do imperador e a maioria de D. Pedro II. Pelo decreto nº. 1, de 15/11/1889, foi proclamada a República Federativa no país, constituída dos “Estados Unidos do Brasil”, e regida pelo Governo Provisório, com poderes discricionários.

O Governo nomeara pelo decreto nº. 29 de 03/12/1889, uma comissão de cinco membros, para elaborar um novo projeto de constituição, a fim de servir de base aos debates da futura Assembléia Constituinte. Em 24/02/1891, esse projeto

⁸ Em fins, de 1821, aumentaram as exigências das Cortes portuguesas para que Dom Pedro I voltasse à Portugal. Os partidários da independência reagiram, organizando um abaixo-assinado que pedia a sua permanência no Brasil. Em 9 de janeiro de 1822, o Príncipe tomou a decisão de permanecer no Brasil. O episódio tornou-se conhecido como o Dia do Fico e teve importância decisiva no processo de independência.

⁹O inteiro teor da Constituição Política do Império do Brasil de 1824 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

foi convertido em Constituição, a qual teve como seu grande expoente e idealizador Rui Barbosa, amparado nas idéias de constitucionalismo norte-americano, conforme ensina Jacques (1977)

A primeira Constituição da República¹⁰, a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil” consagrou a tradicional tripartição dos poderes, com um Legislativo dividido em duas casas (o Senado e a Câmara dos Deputados), o Judiciário fortalecido com as prerrogativas de vitaliciedade e irredutibilidade dos vencimentos e, por fim, o Executivo repudiando a monarquia, adotando o presidencialismo norte-americano como solução para a titularidade do Poder. Esta não foi a única contribuição do modelo norte-americano.

A Constituição dos Estados Unidos da América, indiscutivelmente, representou o mais importante referencial dos constituintes brasileiros. Princípios estruturantes como a forma federal da organização de nosso Estado, com a conseqüente repartição espacial de competências foram traços marcantes adaptados à nossa realidade, além da adoção da “*Theory of Checks and Balances*”.

Em conformidade com Jacques (1977, p.77), ao comentar as inovações trazidas pelo legislador constituinte originário, a Constituição promulgada estabeleceu os seguintes princípios:

1) República como forma de governo; 2) Federação como forma de Estado; 3) Presidencialismo, como regime de governo; 4) Três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, “independentes e harmônicos entre si”, como órgãos da soberania nacional; 5) O Poder Executivo exercido pelo Presidente da República – substituído pelo vice-presidente, a quem cabia presidir o Senado – e com auxílio dos ministros de Estado; 6) O Poder Legislativo, exercido pelo Congresso – composto de dois ramos, Câmara dos Deputados e Senado – com a sanção do Presidente da República; 7) A Câmara, constituída de representantes do povo, eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante sufrágio direto, com representação da minoria, e mandato por três anos, sendo o número de representantes fixados por lei, em proporção que não excederia de um por 70.000 habitantes, não podendo ser inferior a quatro; 8) O Senado, constituído de representantes dos Estados e do Distrito Federal, em número de três, eleitos da mesma forma que os deputados, com mandato por nove anos, renovando-se trienalmente pelo terço; 9) O Poder Judiciário, exercido por juizes e tribunais, e composto pelo Supremo Tribunal de Justiça e de juizes e tribunais federais distribuídos pelo país.

¹⁰O inteiro teor da Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil de 1891 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

Para Bastos (1999, p.108), a maior inovação na primeira Constituição da República Federativa do Brasil foi a autonomia conferida aos Estados-Membros, enquanto componentes da União.

Com a Constituição Federal de 1891, o Brasil implanta, de forma definitiva, tanto a federação quanto a república. Por esta última, obviam-se as desigualdades oriundas da hereditariedade, as distinções jurídicas quanto ao *status* das pessoas, as autoridades tornam-se representativas do povo e investidas de mandato por prazo certo.

Anos mais tarde, de acordo com Jacques (1977), os governos de Minas Gerais, Rio Grande e Paraíba, chefiados respectivamente por Antônio Carlos, Getúlio Vargas e João Pessoa, assumiram a direção do movimento renovador, assessorados por líderes populares e com o apoio das Forças Armadas. Irrompida a revolução, em 03/10/1930, no Rio Grande, alastrou-se por vários Estados, com o apoio das oposições e das tropas.

Em três de novembro deste mesmo ano, a junta transmitiu o Governo a Getúlio Vargas, candidato derrotado fraudulentamente nas urnas e chefe da revolução triunfante. Um semana se passou e fora expedida a Lei Orgânica do Governo Provisório¹¹ (Dec. nº.19.398, de 11/11/1930), governo esse que instituiu-se com o fito de promover a reorganização geral da República.

Essa Lei estabeleceu um Governo Provisório discricionário, com acumulação dos poderes Executivo e Legislativo pelo chefe do Governo; a dissolução do Congresso Federal, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais; a manutenção do poder Judiciário com as atribuições legais, salvo a de conhecer de atos do Governo Provisório ou seus delegados; revigoreamento da Constituição Federal, das estaduais e demais leis em vigor, nos pontos em que não colidissem com a Lei Orgânica; a suspensão das garantias constitucionais; o reconhecimento das relações jurídicas entre pessoas de direito privado ou público; a intervenção federal nos Estados-Membros e nos Municípios; a limitação do poder constituinte e

¹¹ A Lei Orgânica do Governo Provisório – Decreto nº. 19.398/1930, encontra-se disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=37246>>.

por fim a criação de um Tribunal Especial para processar e julgar os crimes políticos e funcionais.

Quatro anos após a nova Assembléia Constituinte foi formada, sob a presidência de Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, designada “Comissão dos 26”, por ser composta por um representante de cada Estado e do Distrito Federal, bem como, de cinco representantes classistas, para estudar o anteprojeto governamental.

As discussões e votações prolongaram-se até junho de 1934, sendo a Constituição¹² promulgada, após a aprovação final da redação aos 16 dias do mês de julho de 1934.

Jacques (1977) preconiza que esta Constituição foi profundamente influenciada pela Constituição de Weimar e trouxe, entre outras inovações, o Ministério Público, o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos, coordenados em Conselhos Gerais, assistindo os ministros de Estado e as Casas do Congresso, como órgãos de cooperação nas atividades governamentais conforme dispunha seus artigos 95 a 103.

Bastos (1999, p.111) ensina que ao debruçar-se sobre esta Constituição dois pontos merecem ser destacados, além do fato desta obra espelhar-se de forma praticamente fidedigna às forças expressivas do contexto político-social de então.

a) O extremo caráter compromissório assumido pelo texto ante as múltiplas divergências que dividiam o conjunto das nossas forças político-ideológicas da época; b) a curtíssima duração da sua vigência, visto que, promulgada em 1934, estava condenada a ser abolida já em 1937 pela implantação do Estado Novo.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, alegando que “a paz política e social estava perturbada por conhecidos fatores de desordem”, segundo Jacques (1977, p.88), que colocavam a nação sob a funesta iminência da guerra civil, com o apoio das Forças Armadas, decretou uma Constituição que manteve as conquistas econômico-sociais de 1934, mas restringiu as políticas.

¹² O inteiro teor da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

Entre as principais inovações daquela Constituição “decretada”¹³, estavam:(i) o Estatuto outorgado e não votado, (ii) a substituição “Do Poder Executivo” pelo “Do Presidente da República”,(iii) a mudança do nome do Senado para Conselho Federal, (iv)a ampliação da autoridade e do mandato do presidente da República, de acordo com os seus artigos 73/80, (v) a restrição à autonomia do congresso, artigos 64 e 65, e do judiciário, artigo 95, (vi) além da dissolução da Câmara e do Senado e das demais assembléias deliberativas, conforme o artigo 178.

Estava, assim, plenamente consolidada a Ditadura, afinal, não havia a divisão de poderes, embora existissem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com nítidos sinais de amesquinhamentos.

Vários anos se passaram até a deposição de Getúlio Vargas pela mesma entidade que o apoiou, as Forças Armadas, que se encontrava motivada pelo fator ideológico do Comunismo. Em 2 de dezembro de 1945, realizaram-se as eleições presidenciais e de representantes políticos federais, com poderes constituintes. Foi eleito presidente da República, Eurico Gaspar Dutra.

A quarta Assembléia Constituinte brasileira instalou-se em 1º de fevereiro de 1946, de acordo com Jacques (1977, p.92), sob a presidência provisória do presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Valdemar Falcão, responsável pela eleição da mesa diretora da Assembléia, bem como do presidente, vice-presidente e relator da Comissão Constituinte.

Aos 02 dias do mês de abril de 1946, reuniu-se a Comissão Constitucional para apreciar o trabalho das subcomissões. Em maio, a Comissão apresentou o projeto ao plenário para exame, emenda e debate. Durante três meses, o projeto passou pelo crivo da Constituinte, com milhares de emendas de substância e de forma. Em sessão de 18 de setembro de 1946, a redação final foi aprovada, sendo, então, promulgada a Constituição pela mesa diretora e, logo após, assinada pelos constituintes.

Assevera Jacques (1977), que essa Constituição manteve o propósito conciliador entre o federalismo e o unitarismo, o presidencialismo e o parlamentarismo, o individualismo e o socialismo, organizando um Estado federal-

¹³ O inteiro teor da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

orgânico e social-democrático, um governo social mitigado, tal como o havia feito a Constituição de 1934.

Entre as inovações desta Carta Magna do ano de 1946¹⁴, pode-se citar: a restauração da independência e harmonia entre os Poderes, disposto no artigo 36, o restabelecimento das atribuições clássicas do Senado, a inclusão da Justiça do Trabalho entre os Órgãos do Poder Judiciário e, ao final, a supressão os Conselhos Técnicos e os Conselhos Gerais, como assessores dos ministros de Estado no artigo 90 desta carta.

Segundo Bastos (1999), no que diz respeito aos três poderes, todos eles de certa forma restaram fortalecidos, salvo o poder Executivo, que, não podendo mais ser exercido ditatorialmente, evidentemente teve que abdicar de parcela dos seus poderes.

Todavia, pela Emenda Constitucional nº 4, de 02 de setembro de 1961, denominado ato adicional, instituíra-se, no Brasil, o sistema parlamentar de governo. Dessa forma, o Poder Executivo passou a ser dual, representado pelo presidente da República e o Conselho de Ministros.

O Presidente da República tinha quatro espécies de atribuições, conforme preceitua Jacques (1977, p.98):

I – legislativas: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis; b) vetar projetos de lei, nos termos desta Constituição, cujo veto pode ser rejeitado pelo voto de três quintos dos deputados e senadores presentes, em sessão conjunta das duas Câmaras (...) II – administrativas: a) nomear o presidente do Conselho de Ministros, depois que a Câmara dos Deputados aprovar o nome por voto da maioria absoluta dos seus membros; b) nomear os membros dos Conselhos de Ministros; c) exonerar o presidente do Conselho de Ministros e seus membros, quando a Câmara dos Deputados lhes retirar a confiança (...) III – políticas: a) representar a nação perante os Estados estrangeiros; b) celebrar tratados e convenções internacionais; c) declarar a guerra e fazer a paz; d) exercer o comando das Forças Armadas, através do presidente do Conselho de Ministros (...) IV – judiciárias: a) conceder indultos e; b) comutar penas. Em quatro casos, o presidente da República pratica atos por si só, sem referenda ministerial: a) nomeação do presidente do Conselho de Ministros; b) dissolução da câmara dos deputados; c) convocação de novas eleições para a Câmara; d) nomeação dos membros do conselho de Ministros provisório.

¹⁴ O inteiro teor da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

O Conselho de Ministros era composto de titulares das treze pastas ministeriais, sob a presidência do Primeiro-Ministro, era um ente coletivo, uma unidade colegiada, com consciência e vontades próprias, representado por seu presidente, nomeado pelo presidente da República depois que a Câmara dos Deputados, por maioria absoluta de votos, houvesse aprovado a indicação de acordo com a Emenda nº 04, artigos 3º e 8º.

O Primeiro-Ministro poderia acumular, em dada conjuntura, uma ou mais pastas ministeriais (Emenda nº 04, art.19), nada impedindo que fossem nomeados ministros sem pasta, os quais, funcionavam como assessores políticos do Primeiro-Ministro.

Todavia, face à má estruturação dada a este novo sistema e o conseqüente e esperado, péssimo funcionamento, restou-lhe apenas o fracasso. Em 23 de janeiro de 1963, a Emenda Constitucional nº 06, revogou o governo parlamentar.

Veio então o golpe militar de 1º de abril de 1964 ou, intitulada para alguns, a Revolução triunfante de 30 de março de 1964. Comandada pelo General Artur da Costa e Silva, em 09 de abril de 1964, foi editado o Ato Institucional¹⁵, o qual, traçou os limites e definiu os rumos do novo governo.

Jacques (1977, p.106) afirma que este ato trazia consigo a própria justificativa, qual seja, “impedir a bolchevização do país” e “drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado, não só na cúpula do governo, como nas suas dependências administrativas”.

A Constituição Federal, as Constituições Estaduais e as respectivas emendas foram mantidas, com as modificações introduzidas pelo ato. De acordo com artigo 2º deste texto, foi eleito em 11 de abril de 1964, Presidente da República, o Marechal Humberto Castelo Branco. Passou-se então a um período negro na história brasileira, todos os Direitos e Garantias Fundamentais, hoje, disposto em nossa Carta Magna foram suprimidos e o Poder Executivo foi hipertrofiado em demasia.

Nas palavras dos líderes da chamada, por parte dos militares, revolução triunfante, “Considerando que o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a

¹⁵O inteiro teor do Ato Institucional nº.01 encontra-se disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm>.

que se propôs” – resolveu-se então editar o Ato institucional, de n.º02¹⁶, datado de 27 de outubro de 1965, sendo certo que o Ato anterior vigoraria até 31 de janeiro de 1966.

A iniciativa do Presidente da República para emendar a Constituição e o aceleração do processo de elaboração legislativa foram revigorados em suas linhas gerais.

Alterou-se a estrutura e a competência de alguns órgãos do Poder Judiciário, aumentando-lhe o número de juizes (STF, TFR e STM) e ampliando a competência da Justiça Militar, que passou a julgar os crimes contra a segurança nacional. Criou-se a Justiça Federal de primeira instância, em cada Estado-membro, Distrito Federal e Territórios.

Ademais, foi estabelecida a eleição indireta do Presidente e do Vice-Presidente da República, que era realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal. Neste ato, foi ainda revigorada a prerrogativa do presidente da República de suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, conforme preceituava o Ato Institucional n.º 01, artigo 10.

Por fim, em relação ao Ato Institucional n.º02, excluiu-se da apreciação judicial, mesmo em seu aspecto formal, contrariamente ao estabelecido no Ato Institucional n.º 01, os atos praticados pelo Comando Supremo e pelo Governo Federal, com fundamento nos Atos Institucionais ns. 1 e 2 e nos Atos Complementares, as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandato eletivo ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos ou vereadores a partir de 31 de março de 1964 até a promulgação do último Ato Institucional.

O Ato Institucional n.º 02 vigorou até 15 de março de 1967, como prescreveu o seu artigo 33. No entanto, o Chefe o Governo e Comandante das Forças Armadas editou o Ato Institucional n.º 03¹⁷, datado de 05 de fevereiro de 1966.

Esse novo comando normativo estabeleceu a eleição indireta de governador e vice-governador dos Estados, realizada pela maioria absoluta dos membros da

¹⁶O inteiro teor do Ato Institucional n.º02 encontra-se disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_3.htm>.

¹⁷O inteiro teor do Ato Institucional n.º03 encontra-se disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_4.htm>.

Assembléia Legislativa, em sessão pública e votação nominal, conforme elencou o artigo 1º do referido texto constitucional. Os prefeitos dos municípios eram eleitos por voto direto da maioria simples, salvo os das capitais, que eram nomeados pelos governadores dos Estados correspondentes, disposto no artigo 4º. Quanto às apreciações judiciais, restaram excluídas todos os atos praticados com fundamento no Ato Institucional n.º03 e legislação complementar, de acordo com o artigo 6º.

O Ato Institucional n.º04¹⁸, de 07 de dezembro de 1966, convocou extraordinariamente o Congresso Nacional a fim de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo presidente da República, podendo deliberar sobre qualquer matéria que por este lhe fosse submetida, bem como acerca de projetos encaminhados pelo poder Executivo na última sessão legislativa ordinária, segundo o processo nele estabelecido, assim elencou o seu art. 1º.

O Presidente da República foi autorizado a expedir atos complementares do Ato Institucional n.º 04, de acordo com seu artigo 9º, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967, além de toda a matéria financeira durante o período de convocação extraordinária.

O último Ato Institucional de grande relevância, tido também como o mais avassalador, foi o de n.º 05, o conhecido AI-5¹⁹, datado de 13 de dezembro de 1968, editado pelo presidente da República. Esse Ato manteve a Constituição de 1967 e as Constituições dos Estados-membros (art.1º) mas com várias modificações que alteraram substancialmente a ordem jurídica vigente. Assim, discorre Jacques (1977, p.116/117) sobre tal ato:

a) outorga de poder ao presidente da República para decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, em estado de sítio ou fora dele, por tempo indeterminado (art.2º); b) autorização ao presidente da República para legislar sobre todas as matérias previstas nas Constituição ou na Lei Orgânica dos Municípios (art. 2º); c) outorga de poder ao presidente da República para decretar a intervenção nos Estados-membros e Municípios, no interesse nacional, e sem as limitações constitucionais;[...] g) confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido ilícitamente no exercício de cargo ou função pública; h) suspensão da garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia

¹⁸O inteiro teor do Ato Institucional nº.04 encontra-se disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_5.htm>.

¹⁹O inteiro teor do Ato Institucional nº.05 encontra-se disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm>.

popular (art. 10); i) exclusão de qualquer apreciação judicial de todos os atos praticados de acordo com o Ato Institucional e seus Ato complementares, bem como de todos os seus respectivos efeitos (arts. 5º e 11) [...].

Tamãha foram as mudanças introduzidas pelo AI-5 que atualmente não ha uma posição firme da doutrina acerca do tema, a celeuma portanto foi criada. Parte dos estudiosos sobre o tema afirmam ter sido apenas uma emenda constitucional, para outros, trata-se verdadeiramente de uma nova Constituição. Segundo Bastos (1999), o Ato Institucional não 5 foi marcado por um autoritarismo ímpar do ponto de vista jurídico, conferindo ao Presidente da República uma quantidade de poderes que, muito provavelmente, poucos déspotas na história desfrutaram, além de fundar uma nova ordem jurídica, igualando-se  própria Constituição de 1967.

Jacques (1977) ensina que a 4 República teve início com a vigência da Constituição de 1967²⁰ (Ato Institucional n.  04), ocorrida em 15 de março do mesmo ano, quando o marechal Castelo Branco entregou a faixa presidencial ao marechal Costa e Silva, eleito pelo Congresso Nacional.

Fundada no art. 3 do Ato Institucional n. É 16, de 14 de outubro de 1969, que assegurava aos ministros das pastas militares a chefia do Poder Executivo, e no 1 do art. 2 do Ato Institucional n. É 05, que conferia ao Poder Executivo a plenitude do Poder Legislativo (constituído e constituinte) – em face da conjuntura política – aquelas autoridades editaram a Emenda Constitucional²¹ n. É 1, em 17 de outubro de 1969, que introduziu mais de duzentas alterações formais e cento e cinqunta de caráter material na Constituição de 1967, contendo essa apenas 189 artigos, o que importou, na outorga da nova Carta Política, denominada “Constituição da República Federativa do Brasil”. Inaugura-se, portanto, a 5 República (do ponto de vista formal).

Jacques (1977) leciona que essa Constituição, no tocante à funcionalidade dos poderes políticos, ganhou o Legislativo com o reacceleramento do processo de elaboração legislativa. O Executivo foi ainda mais fortalecido com a extensão dos casos de decretos-leis. E, por fim, o Judiciário ganhou com a inclusão, em sua

²⁰O inteiro teor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.

²¹O inteiro teor da Emenda Constitucional não.01 de 1969 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988>.

orgânica, dos "Tribunais e juízes estaduais", além do alargamento de suas competências nos Tribunais Superiores.

Em 15 de março de 1974, Garrastazu Médici foi substituído na Presidência pelo General Ernesto Geisel, o qual assumiu o governo, prometendo retomar o crescimento econômico e restabelecer a democracia. Pretendia-se, neste instante, promover uma abertura política, mas sem deixar que esse processo fugisse ao controle dos militares.

Nas eleições para Deputados e Senadores de 1974, a oposição aglutinada no MDB obteve ampla vitória, principalmente nos Estados mais importantes e nas grandes cidades. Ao mesmo tempo, formou-se no MDB uma corrente de políticos mais combativos, conhecidos como autênticos²².

Parecia que a abertura tinha sido irrompida. A oposição começou então a mobilizar a sociedade civil para pressionar o governo e o processo de redemocratização, ainda que de forma lenta e gradual, ganhava cada vez mais força, contando, inclusive, com a participação de alguns militares mais moderados.

Diante da crescente pressão, o Congresso (reaberto) aprovou a proposta do governo, pelo qual o Ato Institucional n.º 05 ficava revogado a partir de 1º de janeiro de 1979. Conforme a nova lei, o governo não podia mais fechar o Congresso nem cassar os direitos políticos dos cidadãos.

Geisel escolheu como seu sucessor na Presidência da República o general João Baptista Figueiredo. Eleito de forma indireta, assumiu o cargo em março de 1979, todavia, em novembro daquele mesmo ano, o governo iniciou a reforma partidária, culminando, em 1980, com o restabelecimento das eleições diretas para Governador, marcadas para 1982.

Nos últimos meses de 1983, conforme Arruda (2001), teve início em todo o país uma campanha pelas eleições diretas para presidente. Conhecido como "Diretas já!", o movimento chegou ao auge em abril de 1984, quando seria votada a Emenda Dante de Oliveira. A referida Emenda, apesar de obter a maioria dos votos dos Deputados, não conseguiu os 2/3 necessários para sua aprovação.

Derrotada a campanha das diretas, a escolha do novo presidente se deu de forma indireta, pelo Colégio Eleitoral. Um pouco antes, o partido do governo, o PDS,

²² Tal expressão foi usada como uma espécie de referência para autênticos opositores.

dividiu-se, surgindo a “Frente Liberal”, a qual, aliou-se à oposição para lançar a candidatura de Tancredo Neves.

Reunindo o Colégio Eleitoral, a maioria dos votos foi para Tancredo Neves, que derrotou Paulo Maluf, candidato do PDS. Desse modo, de acordo com Arruda (2001, p.439), “encerravam-se os dias de Ditadura Militar e tinha início uma era de liberdades democráticas”.

Entrementes, em meados do ano de 1985, devido a problemas causados por uma doença chamada Diverticulite e agravados por uma infecção generalizada, Tancredo Neves falece sem assumir o posto de Presidente da República Federativa do Brasil, posto esse legalmente transmitido ao Vice-Presidente eleito José Sarney, empossado no cargo no ano de 1986.

Anos mais tarde é então convocada a nova Assembléia Constituinte. Inspirada em ideais libertários e democráticos, em 05 de outubro de 1988 é publicada no Diário Oficial da União, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3.2 A tripartição das funções estatais como cláusula pétrea

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi marcada pelo caráter nitidamente vanguardista, retratando, naquele momento, a mais pura característica de uma sociedade que ansiava cada vez mais por mudanças concretas na política brasileira.

Visando a resguardar a integridade desta Carta Magna²³, o legislador constituinte originário dispôs em seu artigo 60, § 4º, as matérias que seriam gravadas pela intangibilidade:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

²³O inteiro teor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. [Grifos nossos]

Segundo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (apud Moraes, 2004), as cláusulas pétreas são garantias que traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade.

Dentre os assuntos tratados como cláusula pétrea, ou seja, que não podem ser objeto de proposta à emenda, encontramos no artigo 60, §4º, III, da Constituição da República Federativa de 1988, a “separação de poderes”, disposta neste mesmo documento no artigo 2º, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Todavia, conforme a própria nomenclatura permite concluir, o instituto em comento termina por petrificar a Constituição, elevando-a a uma categoria inevitavelmente dogmática, deixando de lado a evolução da sociedade, bem como seus novos reclames e anseios.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que essas cláusulas são mesmo inalteráveis. Dessa forma, um projeto de emenda que se proponha a alterar norma constitucional dita pétrea não pode sequer ser votado pelo Congresso Nacional, de acordo com De Paula (2007, p.12):

Roberto Campos, um intelectual que não era jurista e, assim, mantivera a devida distância dos livros jurídicos, foi que melhor percebeu a inserção dessa bizarra imutabilidade de normas. Dizia ele: “A própria noção de cláusula pétrea é uma pretensiosa construção dogmática formal. Implica transformar os constituintes de 1988 em constituintes pentecostais. Sobre ele teria descido o Espírito Santo, sob a forma de línguas de fogo, habilitando-os a pinçar certas garantias e direitos como de eterna validade, irreversíveis por qualquer *quorum* e imutáveis em qualquer clima político.”

O Supremo Tribunal Federal vive então um dilema: rever seu entendimento e autorizar emendas, inclusive sobre cláusulas pétreas, ampliando o poder constituinte derivado, ou, prestigiar a chamada “segurança jurídica” e cai na certeza de que será inevitável a realização de uma nova Constituinte.

Entrementes, no que toca o art.60, §4º, III, o constituinte proibiu emendas à Constituição tendentes a abolir a separação de poderes, visando, claramente que o poder fosse concentrado mais uma vez nas mãos de uma única pessoa ou de um grupo de pessoas, como outrora houvera ocorrido.

Assim, nada impede que a forma de repartição das funções estatais seja modificada e repartida entre três, quatro, cinco ou inúmeras funções, desde que jamais volte a ser concentrada, consolidando o Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, não obstante as severas críticas trazidas por parte da doutrina, pretende-se aqui propor uma nova forma de divisão das funções básicas do Estado, algo inspirado no ideário de Benjamin Constant, um poder tetrapartido.

Dessa forma, buscar-se-á enxugar as funções típicas e atípicas dos poderes, as quais se refletem em institutos como medidas provisórias, súmulas vinculantes e comissões parlamentares de inquérito (CPI). Atribuindo a cada ente funcional a sua competência própria, ou seja, apenas suas funções nitidamente típicas.

3.3 Análise das funções típicas e atípicas no ordenamento jurídico brasileiro

Face à organização concentrada de poderes em mãos governistas, surgiu a necessidade premente de um controle através de um meio que fosse capaz, na prática, de desarmar o Estado Absolutista e aglutinador de funções.

A idéia separatista de poder veio a atingir o objetivo de assegurar as liberdades individuais, evitando-se abusos tirânicos e absolutistas, aumentar a eficiência das atividades estatais, distribuindo as competências entre os órgãos a serem criados diminuindo assim a concentração.

A divisão do poder é feita através da atribuição de cada uma das funções governamentais de legislar, administrar e julgar a órgãos específicos que levam as denominações das respectivas funções.

Dentro da visão de separação de atividades estatais, já que essa não é absoluta, a lembrar o sistema de freios e contrapesos, apresentar-se-ão peculiaridades de que todos os poderes administram, julgam e legislam. Cada poder possui funções típicas e atípicas. As típicas são preponderantes e as atípicas aparecerão quando se necessitar exercer outros poderes.

Segundo a teoria kelseana do direito puro e da norma fundamental, para atingir-se um Estado de Direito seria, antes de qualquer outra atividade, necessária a criação de uma norma fundamental, a qual disporia, entre outros assuntos, do processo legislativo das demais normas e da organização das atividades estatais. Dessa forma, a norma fundamental é a condição de toda instauração jurídica, de todo o processo de produção do direito positivo.

Atendendo a esses ditames, o legislador constituinte originário da Constituição da República Federativa de 1988 tratou de maneira ampla as funções típicas e atípicas de cada ente dotado de competência para as atividades estatais. As funções de cada Poder, ou para alguns órgãos, ainda estão dispostas de maneira mais específica em legislação infraconstitucional, como é o caso dos regimentos internos dos órgãos componentes do Poder Legislativo e Judiciário, os quais abordam, principalmente, as funções atípicas.

Segundo o ideário de Moraes (2004), as funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, se, por um lado, a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo, conforme o art. 70 da Constituição Federal de 1988.

No tocante às funções atípicas do Poder Legislativo, predominam as atividades de caráter administrativo, e há competência de cada uma das Câmaras para disporem sobre sua organização, polícia e provimento de cargos e serviços específicos, do mesmo modo, quando aloca servidores, concedendo férias, licenças, promovendo servidores e outros.

Como função atípica jurisdicional, existem os julgamentos por crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República ou Ministros de Estado, tendo a peculiaridade de que a Câmara dos Deputados com o juízo de admissibilidade do processo e o Senado Federal como tribunal político sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, além de funcionar como tribunal de processo e julgamento de crimes de responsabilidade contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República e Advogado Geral da União.

Quanto ao Poder Executivo, “constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática de atos de chefia de Estado, de Governo e de Administração” conforme ensina Moraes (2004, p.435). Ainda nesse sentido, entende-se que a função de administrar consiste na prática pelo Estado de atos infralegais destinados a atuar, praticamente, nas atividades previstas em lei e destinadas ao bem comum.

Em relação as suas funções atípicas, há as funções jurisdicionais e legislativas. Dentre as funções jurisdicionais, existem as originárias de recursos administrativos, com os quais internamente a Administração Pública exerce a função de julgamento dentro de um processo administrativo, utilizando-se do princípio da ampla defesa, deferindo pedidos em diversas instâncias, criando diversos órgãos julgadores. Quanto às funções legislativas, apresentam-se nos incisos III e XXVI do artigo 84 e também no artigo 68, ambos da Constituição Federal de 1988, respectivamente autorizadas de iniciativa de processo legislativo, de legislação por medidas provisórias e de atuação por lei delegada.

Por fim, ao lado das funções típicas de legislar e administrar, o Estado exerce a função de julgar, ou seja, a função jurisdicional, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade. Nas palavras de Arruda Alvim (apud Moraes, 2004, p.465):

Podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.

Nas funções atípicas do Poder Judiciário, destacam-se as dispostas no artigo 96, alíneas “b”, “c”, “d”, “e” e “f” da Constituição Federal de 1988 no pleno exercício das funções administrativas internas e disposições organizacionais. Em relação à função legislativa, apresentam-se no artigo 96, I e 61, *caput*, deste mesmo diploma legal, e, respectivamente, abordam a elaboração do seu regimento interno e a possibilidade de iniciativa de lei complementar ou ordinária a qualquer membro do Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores.

Verificar-se-á, portanto, com essa distribuição de atividades e competências entre os diversos órgãos que compõem a estrutura básica do Estado, a efetivação, ao menos teórica, de todos os serviços essenciais e inerentes a este enquanto visa, de acordo com o artigo 3º de nossa Carta Magna, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento social, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

3.3.1 As funções típicas e atípicas em discordância com a “*Theory of Checks and Balances*”

Conseqüência da Teoria da Tripartição dos Poderes, o sistema de freios e contrapesos, ou “*Checks and Balances*”, consubstanciado por Montesquieu (1992), o equilíbrio ou método de compensações funcionais veio a corroborar e liderar a regra contrária ao arbítrio e ameaça de prepotência estatal.

A independência e a harmonia necessárias à plena e efetiva atuação dos três poderes verificam-se pelas interferências controladas e sadias exercidas

reciprocamente, entre os três poderes, visando ao alcance de um meio termo necessário para que se possa atingir o bem-estar social, político e econômico, com todos os poderes se controlando mutuamente.

Dividido o poder e individuados seus órgãos, assim como superada a idéia da prevalência de um sobre o outro, através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles, admitindo-se, inclusive a interferência entre eles, ganha força a idéia de controle e vigilância recíproca de um poder sobre o outro, relativamente, ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um. Restam então presentes os elementos essenciais caracterizadores do moderno conceito do princípio da separação dos poderes.

Todavia, tal princípio vem, hodiernamente, sendo deturpado com o exercício por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das suas funções atípicas e das típicas de forma errônea ou ao menos, equivocada. Encontra-se hoje, mais explicitamente, uma real interferência de um órgão sobre o outro, quando na verdade deveria haver um controle, de forma a buscar um ponto ideal de equilíbrio.

A visibilidade de tais questões se apresenta de forma mais clara em três exemplos: as medidas provisórias, enquanto interferência do Poder Executivo sobre o Legislativo; as súmulas vinculantes, em relação ao Poder Judiciário para com o Poder Legislativo; as Comissões Parlamentares de Inquérito quando atuam de forma meramente política, mostrando uma interferência do Poder Legislativo sobre o Judiciário.

Considerada uma exceção à indelegabilidade de poderes, define-se medida provisória como um ato geral, primário do chefe do poder Executivo com força decorrente, diretamente, da Constituição, juridicamente idêntica a de uma lei, contendo eficácia imediata. São ainda medidas tomadas em caso de relevância e urgência submetidas em curto prazo ao Congresso Nacional para sua conversão em lei ou sua exclusão do ordenamento jurídico.

Conforme Moraes (2004), o legislador constituinte buscou abeberar-se na Constituição da República da Itália, proclamada em 27 de dezembro de 1947, em seu artigo 77, o qual previa os chamados "*decreti-legge in casi straordinari di necessità e d'urgenza*" (decretos-lei em casos extraordinários de necessidade e urgência). Dessa forma, em caso extraordinário de necessidade e urgência, o

Governo adotará, sob sua responsabilidade, providências provisórias com força de lei, devendo apresentá-las, imediatamente, à Câmara para sua conversão ou rejeição.

Entretanto, mesmo com os preceitos constitucionais de que tal instrumento apenas deverá ser utilizado em casos de relevância e urgência, o que se vê é uma vasta produção legislativa por meio das medidas provisórias. A Emenda Constitucional nº. 32 modificou o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 ao processo de elaboração daquela espécie normativa. De acordo com dados fornecidos pela Presidência da República²⁴, após esta Emenda, publicada no Diário Oficial da União em 11 de setembro de 2001, foram criadas 442 Medidas Provisórias até 07 de outubro de 2008 e, antes da Emenda de nº. 32 e na vigência desta Constituição, foram criadas 2.220.

Os números apresentados demonstram que a produção legislativa por parte do Poder Executivo disputa, em números proporcionais, de maneira ferrenha com a própria produção legislativa inerente ao Poder Legislativo. Assim sendo o Executivo acaba por elaborar as normas que ele mesmo irá executar, segundo Moraes (2004, p.442):

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º, 60,§4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim o regulamento não poderá alterar disposição legal, nem tampouco criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa.

Nesse passo, surgem dois problemas, quais sejam:(i) a falta de parâmetros do que realmente seja relevante e urgente, quando a discricionariedade estatal é colocada em posição de destaque e sem qualquer tipo de controle e, (ii) a idéia que o Executivo prefere legislar através de medida provisória, enquanto lança o texto de lei elaborado de acordo com a sua vontade, sem a necessidade de produzir um projeto de lei ou emenda e sujeitar-se ao crivo das duas Casas Legislativas,

²⁴Dados disponíveis em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Geral.htm>. Acesso em: 18 out. 2008.

tomando-se mais tempo, possibilitando a essas aprovar um texto totalmente alterado e diferenciado do que realmente queria impor. Dessa forma para Bachof (apud Zimmermann 2002, p.416), as Medidas Provisórias “possivelmente seriam normas constitucionais inconstitucionais”.

Zimmermann (2002, p.415) profere severas críticas severas acerca do polêmico instituto:

Nestes termos, o jurista alemão Friedrich Muller, em importante artigo que nos serve de alerta para a gravidade do problema, compara os decretos dos Presidentes alemães que foram fatais para a República da Weimar e decisivos para a ascensão do nazismo ao poder, com as medidas provisórias dos Presidentes brasileiros, que poderia resultar numa grande tragédia para a democracia e a preservação dos direitos fundamentais.

O abuso do Poder Executivo no apossamento Legislativo faz com que o Poder Legislativo passe, gradualmente, a deixar de exercer sua principal função, legislar.

Na outra margem, encontra-se esse mesmo Poder Legislativo, já desinteressado na função legislativa, buscando por meios cada vez mais bruscos e incisivos uma forma de derrubar ou ao menos arranhar a imagem de um dado grupo político, ou seja, passando a dar ênfase à finalidade político-investigativa, tentando dar uma satisfação de que trabalha e está em sentinela para qualquer ato de improbidade administrativa.

Surgem as comissões parlamentares, especificamente neste caso, as Comissões Parlamentares de Inquérito ou apenas CPI, as quais segundo Moraes (2004, p.396), “são uma tradição inglesa que remonta ao século XIV, quando, durante os reinados de Eduardo II e Eduardo III (1327 – 1377), permitiu-se ao parlamento a possibilidade de controle da gestão da coisa pública realizada pelo soberano”.

Através das Comissões Parlamentares de Inquérito, os parlamentares adquirem a possibilidade de averiguar e investigar os atos emitidos pelo poder público que necessitem de explicação e controle sobre o funcionamento da Administração Pública e sua gestão, além de possuírem poderes que seriam típicos das autoridades judiciárias.

Ademais, possuem autonomia para produzirem suas conclusões, ou para cassarem mandatos de “companheiros de casa”, caso estes estejam, comprovadamente, envolvidos em atos de improbidades públicas, encaminhando tais conclusões ao Plenário da Casa Legislativa para votação final ou ao Ministério Público, caso queiram ir adiante, impetrando ações de responsabilidade civil e criminal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁵ disciplina a matéria atinente às Comissões Parlamentares de Inquérito em seu artigo 58, §3º, *in verbis*:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º *omissis*

§ 2º *omissis*

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

§ 4º *omissis*

Depreende-se do dispositivo legal, supracitado, a expressão “terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, tal expressão está eivada de bastante imprecisão, uma vez que inexiste no ordenamento jurídico pátrio, em regra, o juiz-investigador, haja vista a adoção do sistema processual acusatório.

Em uma brilhante análise de forma crítica, Moraes (2004, p.398) assevera:

As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-lo dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário, seja em relação ao

²⁵O inteiro teor da Constituição da República de 1988 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20ao.htm>

respeito aos direitos individuais , seja em relação à necessária fundamentação e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades de vidas privadas.

Ao esboçar com uma visão geral e crítica a respeito das Comissões Parlamentares de Inquérito, Zimmermann (2002, p.405) acompanha o raciocínio acima transcrito e ensina:

As CPI's devem estar submetidas aos princípios norteadores do Estado de Direito. Em simples termos, as funções das CPI's , para que não se convertam em instrumentos geradores do abuso de poder, devem estar mantidas dentro da mais estrita legalidade e em congruência com o respeito fundamental aos direitos e garantias individuais.

Ademais, afigura-se bastante temerária a hipótese do órgão Legislativo, constituído em boa parte por pessoas de pouco ou nenhum conhecimento jurídico, figurar com poderes próprios do Judiciário e do Ministério Público, simultaneamente, inclusive incumbido de aplicar penalidades *lato sensu*.

Dessa forma, demonstrada a invasão legislativa pelo poder Executivo, revelando a negligência legislativa de se impor perante o poder Executivo e concretizar no que se traduz a sua verdadeira função, demonstra-se a incapacidade intelectual política de boa parte do poder legislativo no exercício de uma função investigativa, exercida como a saída mais plausível face aos institutos conferidos aos demais Poderes que restaram por abarcar sua função primordial legislativa.

Por fim, no tocante exemplificativo do mau uso das atribuições conferidas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, há as súmulas vinculantes, instituto que, segundo grande parte dos constitucionalistas modernos, vem a ser uma real interferência do Poder Judiciário sobre o Legislativo.

A Emenda Constitucional de nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, recriou o instituto da súmula vinculante²⁶, outrora utilizado com outra denominação, acrescentando ao corpo da carta magna o artigo 103-A²⁷, *in verbis*.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Vê-se assim que, as súmulas vinculantes são reedições do instituto denominado assentos com força de lei, existente no Brasil Imperial e de competência do Supremo Tribunal de Justiça.

Moraes (2007) ensina que as súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação igualitária.

²⁶ As súmulas vinculantes só foram regulamentadas em 19 de dezembro de 2006 quando foi publicada a Lei de nº. 11.417/06.

²⁷ O inteiro teor da Constituição da República de 1988 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>

Antes mesmo da entrada das súmulas vinculantes em nosso ordenamento jurídico, quando ainda existia apenas o projeto de emenda à Constituição, Zimmermann (2002) argumentava a favor deste instrumento, preconizando não ser mais possível aceitar o fato de decisões dos tribunais superiores terem eficácia tão limitada, após exaustivamente discutidas as questões na Justiça Federal e Estadual.

Porém, com o surgimento das súmulas vinculantes em um Estado Democrático de Direito com funções bem definidas entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, percebeu-se a alta complexidade deste instituto, afinal, caberá ao Supremo Tribunal Federal interpretar dada Lei em relação aos casos concretos, controvertidos, de alta complexidade e demanda. Dessa forma, criar-se-á uma nova espécie normativa, haja vista o poder vinculante desta súmula em relação aos magistrados e aos entes administrativos competentes.

Outra importante ressalva se faz no sentido de que interpretação legislativa é um exercício de alta cognição, nesse passo, a vontade do legislador ao criar a espécie normativa alvo da súmula não necessariamente estará em compasso com o entendimento firmado pela corte superior, podendo, inclusive, estar em total desarmonia e, mesmo assim, a súmula vinculante irá se sobrepor, caracterizando uma nova espécie normativa derivada.

Ademais, a ciência do direito é, reconhecidamente, uma das mais mutantes, logo, o que poderia servir como um instrumento de celeridade e desafogamento do Judiciário, poderá tornar-se um entrave, pois, o procedimento para alteração de uma súmula é muito lento e burocrático, assim, os juízes monocráticos que teriam maior facilidade de acompanhar a evolução do direito estarão sempre fadados a esperar um posição do pretório excelso para modificar a matéria sumulada.

3.4 O Ministério Público: Uma proposta para o reconhecimento da Tetrapartição das funções estatais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos

interesses sociais e individuais indisponíveis, e que tem como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Assim, tal Órgão tem constitucionalmente assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169 da Carta Magna, propor ao poder legislativo a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória, os planos de carreira, bem como a sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias.

Conforme se observa, toda a estrutura funcional, organizacional e legal do Órgão Ministerial retrata um espelho fiel do disposto para o Poder Judiciário, salvo as competências, constitucionalmente, atribuídas, afinal, ao Ministério Público incumbe, de forma geral, zelar pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, pela sociedade, nesse norte, tornar-se-ia impossível a sua ausência como parte interessada nas referidas demandas.

Com muita propriedade acerca do tema, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, ao relatar o Mandado de Segurança nº. 21.239-DF no ano de 1991, assevera:

A razão subjacente à crítica contemporânea da integração do Ministério Público no Poder Executivo está, na verdade, na postulação da independência política e funcional do Ministério Público, pressuposto da objetividade e da imparcialidade de sua atuação nas suas funções sintetizadas na proteção da ordem jurídica. Dizia uma das inteligências mais lúcidas da magistratura brasileira dos últimos tempos, o ministro Rodrigues Alckmin, e, ao meu ver, com razão, a questão da colocação constitucional do Ministério Público entre os Poderes é uma questão de somenos, pois o verdadeiro problema é sua independência. O mal é que partimos de um preconceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo, que o Estado moderno não conhece mais e que está desmentido pelos fatos, de que o direito comparado dá exemplos significativos [...] Garantida efetivamente a sua independência, a colocação constitucional do Ministério Público é secundária, de interesse quase meramente teórico.

Neste mesmo norte, Moraes (2004, p.516) ensina:

Analisando a carta anterior, que colocava o Ministério Público como órgão do Poder Executivo, Celso de Mello já apontava que seus membros sujeitavam-se a regime jurídico-especial, gozando, no desempenho de suas funções, de plena independência. Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, concordando com a independência ministerial, colocava-o como órgão administrativo, destinado a zelar pelo cumprimento das leis, cabendo-lhe a defesa do interesse geral de que as leis sejam observadas. Da mesma forma, José Afonso da Silva afirma que a instituição ocupa lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, em virtude do alargamento de suas funções de proteção aos direitos indisponíveis e de interesses coletivos, tendo a Constituição Federal dado-lhe relevo de instituição permanente e essencial à função jurisdicional, mas que ontologicamente sua natureza permanece executiva, sendo seus membros agentes políticos, e como tal, atuam com plena e total independência funcional.

A Proposta para o reconhecimento de uma quarta instância de Poder não é nova, muito menos vanguardista, afinal, no início do Século XIX Benjamin Constant elaborou a Teoria da Tetrapartição das Funções Estatais, a qual foi adotada na organização dos Poderes na Inglaterra, no seu regime parlamentarista, onde o Poder Executivo é dividido entre os Chefes de Estado e os Chefes de Governo, todavia, o ponto inovador e merecedor de estudos é justamente o reconhecimento deste órgão ministerial como o quarto Poder.

Muitas adaptações devem ser feitas para a concretização da idéia supracitada, entre as quais, pode-se destacar a desvinculação do Tribunal de Contas do Poder Legislativo e sua conseqüente agregação ao Ministério Público, haja vista a função primordial deste novo poder, fiscalizar; a próxima mudança residiria na forma de escolha dos titulares das esferas superiores deste órgão, pois, a escolha por parte do chefe do Poder Executivo deveria ser substituída por uma espécie de eleição dentre os membros de carreira.

Ainda neste diapasão, o conceito de atribuição das funções estatais deveria ser revisto, dessa forma, o Poder Legislativo perderia a sua função fiscalizadora, que seria exclusividade do Poder Fiscalizador – Ministério Público, e o Poder Executivo também deixaria de exercer suas funções legislativas com as Medidas Provisórias, assim, ganharia o Legislativo novos modos de produção normativa, mais céleres e menos burocratizadas, com as medidas de caráter relevante e urgente teriam prioridade total sobre os demais feitos das casas.

Ademais, as Comissões Parlamentares continuariam a existir, salvo as Comissões Parlamentares de Inquérito que seriam mais uma atribuição deste novo Poder. Por fim, não existiriam mais as súmulas vinculantes, pois, a produção

normativa seria de melhor qualidade, haja vista, neste passo, competir apenas a função de legislar ao Poder Legislativo, ou seja, os problemas com a real intenção do legislador seriam apaziguados dando maior âmbito de atuação aos exegetas.

Sábias neste momento são as lições de Lyra (1989, p.15):

O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que *legisla*, ao que *executa*, ao que *julga*, um outro órgão acrescentaria ele — o que *defende* a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.

Isso posto, vislumbra-se a cabal possibilidade do reconhecimento do Ministério Público em consonância com o Tribunal de Contas como a quarta instância das funções estatais, um ente dotado de competência fiscalizadora dos demais Poderes e, ainda, incumbido de zelar pelo ordenamento jurídico e pelos interesses individuais, coletivos e difusos.

Cumprido, ao final desta pesquisa, a importante menção do papel do Ministério Público enquanto instituição, o qual, por intermédio do exercício de seus membros, agentes de um órgão independente, sujeitos aos mesmos princípios gerais em todas as unidades da Federação, realçaram a importância na busca das benesses sociais que sua atuação dinâmica, séria e absolutamente independente trouxeram à sociedade brasileira.

O Ministério Público pugna pela defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, destacando-se o combate à improbidade dos administradores e agentes políticos brasileiros. Conseguiu demonstrar ao longo dos anos sua independência, que é um órgão do Estado e não do Governo, muito menos do Executivo, dotado de especiais garantias, com funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, para a defesa do interesse da coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou em toda a sua extensão analisar a Teoria da Tripartição das Funções Estatais, desde os seus princípios até as modernas teorias que serviram como sustentáculo para sua introdução em todos os Estados Democráticos de Direito, chegando a uma proposta para o reconhecimento da Tetrapartição das Funções Estatais com o Ministério Público figurando como uma quarta instância na repartição das funções estatais.

O ensaio mostrou-se necessário face às visíveis mutações de uma sociedade que anseia por mudanças estruturais em um ordenamento jurídico deveras vasto e complexo, além de um Estado maculado por graves crises institucionais e marcado por altos índices de corrupção.

A Teoria da Tripartição das Funções Estatais foi esboçada por Aristóteles em tempos remotos, o qual, firmou como marco inicial a necessidade do governante, seja esse uma pessoa ou um grupo delas, dividir as atividades próprias do Estado em determinados órgãos para uma melhor consecução do bem comum, haja visto a imensa gama de deveres e a vastidão dos territórios.

O passo seguinte dado por John Locke começa a impor traços sociológicos na separação das funções estatais, assim, o indivíduo é caracterizado como ser possuidor de valor para participação nas decisões estatais. Neste momento a sociedade feudal inicia o processo de inclusão no Estado. Os chamados Poderes estatais estão mais delimitados, com funções mais precisas, todavia, ainda não há a idéia de controle recíproco entre eles.

Surge Montesquieu, e sua doutrina traz um paradigma na Tripartição dos Poderes, os quais, aparecem como Executivo, Legislativo e Judiciário, e tem como pedra de toque o princípio de que para um Poder não se sobrepor ao próximo eles devem controlar-se mutuamente, afinal, só um Poder pode frear um outro Poder, é a denominada Teoria dos Freios e Contrapesos.

Por fim, a última grande revolução no esteio da tripartição das funções estatais vem de Jean-Jacques Rousseau, ao incluir o pensamento de que a divisão feita não é do poderes como queria Montesquieu e sim das funções de um Estado,

pois, o Governo é um corpo submisso à autoridade soberana, o Povo, o qual se expressa por meio das leis, elaboradas diretamente ou por meio de representantes.

A primeira Constituição da República Federativa do Brasil datada do ano de 1891, consagrou a adoção da Teoria da Tripartição dos Poderes, extinguindo o quarto poder, denominado de Poder Moderador, exercido pelo Imperador na Constituição anterior.

Ao longo dos tempos, as Constituições que sucederam na história brasileira a "Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891" alteraram substancialmente as competências atribuídas à estes entes estatais, criaram-se as funções típicas e atípicas de cada Poder.

Ao passo que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário trouxeram para si novas atividades, as chamadas funções típicas e atípicas foram gradualmente desvirtuadas e o que deveria ser o controle fruto da Teoria dos Freios e Contrapesos, tornou-se uma verdadeira invasão de competências de um Poder sobre o outro.

Entrementes, parte da doutrina pátria começa a reconhecer o Ministério Público como um ente vital para os Estados Democráticos de Direito, além de uma possível solução para a problemática da Teoria dos Freios e Contrapesos, a qual, ficou demonstrada ao longo desse trabalho, ser de difícil concretização no universo dos três poderes.

A Constituição da República Federativa de 1988 atribui ao Órgão Ministerial características de instituição permanente, essencial à função do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Benjamim Constant, ao final do Século XIX, elabora a Teoria da Tetrapartição dos Poderes, a qual, entre outros países, é adotada na Inglaterra, todavia, o quarto poder é dividido na esfera executiva entre o Chefe de Estado, atualmente a Rainha, e o Chefe de Governo, na figura do Primeiro Ministro.

O último passo deste estudo diz respeito justamente à adequação da teoria de Benjamim Constant com os anseios da sociedade, ou seja, levando o tema à debate e com o firme propósito de criar uma boa celeuma doutrinária, buscou-se demonstrar a possibilidade do reconhecimento do Ministério Público como o quarto poder, atribuindo-lhe eminentemente a função de fiscalizar os demais poderes, além

de funcionar como ente zelador do ordenamento jurídico pátrio e guardião dos interesses individuais, coletivos e difusos.

Isto posto, fica latente a necessidade de aperfeiçoamento da Teoria dos Freios e Contrapesos, a qual, em um Estado amparado em três instâncias de Poder, encontrará sérias dificuldades de ordem organizacional face à complexa rede de atividades estatais para consecução do bem comum.

O Ministério Público, enquanto quarta instância dotada de Poder, representará um avanço no controle entre as demais esferas, viabilizando, de forma mais precisa, a execução por parte do Executivo, Legislativo e do Judiciário de suas funções típicas.

REFERÊNCIAS

AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica: O tratado da lei* (art. 4, questão 94) – Primeira seção da segunda parte.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. *Ética e Nicômacos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ARRUDA, José Jobson de A. *Toda a história – História Geral e História do Brasil*. 11 ed. São Paulo: Ática, 2001.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 18 ed. Porto Alegre: Globo, 1979.

BARSA, Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda. Rio de Janeiro – São Paulo, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL, Ato Institucional nº.01. Disponível em:
<http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Ato Institucional nº.02. Disponível em:
<http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_3.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Ato Institucional nº.03. Disponível em:
<http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_4.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Ato Institucional nº.04. Disponível em:
<http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_5.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Ato Institucional nº.05. Disponível em:
<http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2008

_____. Decreto nº.19.398/30. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=37246>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Emenda Constitucional nº. 01 de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Presidência da República. Quadro Geral de Medidas Provisórias. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Geral.htm>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. "Mandado de Segurança nº. 21.239". Relator. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2008.

COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da Costa. *A Superação da Tripartição de Poderes*. 2008. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós – graduação "lato sensu" em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/11428>, acessado em 15/07/2008>. Acesso em: 15 jul. 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em: 10 nov. 2008.

DE PAULA, Modolo. *A Constituição petrificada*. *Revista Jurídica Consulex*. Ed. Consulex, Ano XI – nº 248. 15 de maio de 2007

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 27 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

LOCKE, Jonh. *O Segundo tratado do Governo Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva 1992.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense 2004.

NÓBREGA, J. Flóscolo. *Introdução ao Direito*. 5 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Martin Claret: São Paulo, 2001

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da Política*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.