

**HENRIQUE RABELO MADUREIRA**

**SEPARAÇÃO DOS PODERES: AS FUNÇÕES ESTATAIS NA  
ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**JOÃO PESSOA**

**2006.2**

**HENRIQUE RABELO MADUREIRA**

**SEPARAÇÃO DOS PODERES: AS FUNÇÕES ESTATAIS NA  
ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**JOÃO PESSOA**

**2006.2**

*Dedico este trabalho a todos os operadores do direito que travam uma luta diária contra as pessoas que insistem em desrespeitar as leis, promovendo a injustiça.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por estar sempre me guiando pelos caminhos certos e por me dar forças nos dissabores das decisões errôneas na minha vida.

Aos meus pais, por todo o esforço em meu favor.

Aos meus verdadeiros amigos e amigas.

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o poder como fenômeno sociocultural e a evolução de seu conceito a poder político ou estatal, desde sua formação até os dias atuais. Esse poder foi dividido, de modo que exercesse as funções de legislar, executar e julgar, como são conhecidos hoje os três poderes do Estado. Não se pode esquecer nesse aspecto, as outras funções desempenhadas pelo Ministério Público, essenciais para a sociedade, conferidas pela Constituição Federal de 1988. Estudando as constituições brasileiras, mesmo naquelas em que era garantida a separação dos poderes, verificou-se a fragilidade do preceito constitucional da independência e harmonia dos poderes. Na prática, esse princípio ganha contornos bem mais flexíveis, tendo em vista os constantes atos de interferência na condução das atribuições específicas de cada um deles. Essa interferência vem gerando uma prejudicial instabilidade no processo democrático. Analisou-se, primeiramente, a reorganização e a reformulação das funções políticas, com a participação da sociedade. Trata-se de elemento fundamental para a coalizão das forças políticas, como solução para a harmonia das instituições e para a garantia e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. Buscou-se também analisar os meios para uma possível reorganização dos Estados da Federação, tendo por objetivo o reequilíbrio entre os poderes.

**Palavras-chave:** Separação dos Poderes, harmonia entre os poderes, reorganização dos poderes, Estado Democrático de Direito.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I O PODER.....</b>	<b>10</b>
1.1 Considerações iniciais.....	10
1.2 Conceito.....	12
1.3 Participação popular como expressão do poder político.....	14
<b>CAPÍTULO II SEPARAÇÃO DOS PODERES.....</b>	<b>17</b>
2.1 Evolução histórica.....	17
2.2 Análise da matéria nas constituições brasileiras.....	21
<b>CAPÍTULO III DESEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES.....</b>	<b>27</b>
3.1 Considerações iniciais.....	27
3.2 Sistema de controle entre os Poderes.....	28
3.2.1 Controle exercido pelo Poder Executivo.....	30
3.2.2 Controle exercido pelo Poder Legislativo.....	31
3.2.3 Controle exercido Pelo Poder Judiciário.....	33
3.3 Atribuições do Ministério Público conferidas pela CF/88.....	34
3.3.1 Autonomia administrativa e financeira.....	35
3.3.2 Composição do Ministério Público.....	35
3.3.3 O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.....	36
<b>CAPÍTULO IV REEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES.....</b>	<b>38</b>
4.1 Considerações gerais.....	38
4.2 O pacto federativo.....	39

---

4.3 O federalismo regional.....	41
4.4 O executivo dualista.....	43
4.5 Um novo executivo federal.....	44
4.6 A busca do reequilíbrio entre os poderes.....	46
<b>CAPÍTULO V A CONSTITUCIONALIDADE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>50</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho foi abordar a separação dos poderes no Brasil. A análise abrange a origem do poder, a evolução histórica e a forma como foi concebida pelas Constituições do Brasil, desde a Constituição do Império até a Constituição vigente. Traz ao debate temas polêmicos e idéias de diversos doutrinadores consagrados sobre a necessidade reorganização estatal, visando ao reequilíbrio entre os poderes. O estudo aborda ainda o Ministério Público e suas novas funções estabelecidas na Constituição Federal.

O poder, conforme enfatizam vários estudiosos, é uma necessidade. O binômio “comando x submissão” é inerente à condição humana. A liderança, antes, tinha natureza apenas psicológica. Depois, com base nas normas sociais e posteriormente jurídicas, passou a ser dotada de coercibilidade, enfeixando uma irresistível realidade.

Nessa última fase foi qualificada como poder estatal, diante de um processo social em que a autoridade se investe de legitimidade, em um Estado de Direito. Como resultado, não existe um poder político, mas vários poderes políticos.

Desde Montesquieu, o Estado de Direito, principalmente na região ocidental, convive com a tríplice repartição de poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Tais poderes devem ser harmônicos e independentes entre si. Porém, de acordo com o consagrado preceito constitucional, compete a cada um, uma parcela de participação da sociedade na sua realização.

Embora o tema ligado a separação de poderes já tenha sido objeto de consideração de vários estudiosos, seu enfoque é atual e polêmico, refletindo a atuação dos poderes políticos ao longo dos anos. Nesse sentido, nunca se deixou de lançar um olhar crítico sobre a disposição atual dos poderes.

Nesse contexto, destaca-se o desequilíbrio entre os poderes. Analisa-se a independência e a harmonia entre os poderes, numa comparação entre o conceito de lei e como ela se desenvolve na prática. A partir de algumas constatações fáticas, observa-se a necessidade de equacionalização dos poderes. Essa exigência impõe-se diante das mudanças e da necessidade de adaptação a uma nova postura, em consequência das reformas estruturais, necessárias e esperadas pela sociedade



brasileira. A nova realidade social, exige que se instalem mecanismos garantidores de harmonia entre as instituições, garantindo-se a governabilidade.

Para a realização do trabalho, fez uma leitura bibliográfica pertinente, em livros, artigos e na internet. Buscou-se com isso, obter um maior conhecimento e aprofundamento da matéria.

# CAPÍTULO I

## O PODER

### 1.1 Considerações Iniciais

É comum se pensar, após rápida análise, que o poder teve seu surgimento exatamente da forma como é conhecido hoje. Teria decorrido de um Estado em que prevalecesse o equilíbrio entre os poderes ou mesmo de um Estado cujo poder se concentrasse nas mãos de uma única pessoa. No entanto, seu surgimento se deu nas primeiras sociedades, mesmo nas mais primitivas. Para coordenar aquelas primeiras organizações, mostrou-se inevitável a necessidade de uma figura hierarquicamente superior, cujo papel era evitar o caos, e tornar possível a vida em sociedade.

As sociedades tenderam a concentrar o poder na figura de um chefe, caracterizado por ser o principal responsável pela condução do seu povo. Ele reunia as características de liderança, coragem e inteligência. Portanto, dele emanava o poder para punir crimes, solucionar litígios, bem como para dispor dos bens comuns.

Em consequência da expansão populacional e também do território, surgiu a impossibilidade física desse chefe exercer seu poder isoladamente. Houve, então, uma repartição de funções, de modo que o poder passou para as mãos de vários organismos.

Com o avanço da civilização e também dos problemas, essa formação já não satisfazia os grupos que desejavam uma regular continuidade na gestão de interesses coletivos. Essa continuidade deveria ocorrer imune de rivalidades e lutas que acompanhavam a mudança das pessoas dos dirigentes. Passou-se, então, a necessitar de um órgão de comando para a organização da sociedade, originando dessa concentração o poder a que Hermann Heller<sup>1</sup> denomina “monismo do poder”.

---

<sup>1</sup> Apud LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*, São Paulo: Saraiva, 1983.

É nesse contexto que emerge o Estado soberano, capaz de impor uma disciplina de vida social.

É notório que a luta pelo poder está na essência da natureza humana. A origem do poder, portanto, está na origem do homem, conformando-se as duas com a origem do direito. Para Ives Gandra Martins<sup>2</sup>, sem direito, ainda que arbitrário, não há poder, mesmo que o direito seja o poder arbitrário. A anatomia do poder é a anatomia da vida em sociedade.

Vale salientar que somente o poder consentido pode ser institucionalizado. Atua no poder um poderoso elemento, de base psicológica ou espiritual, que está na atitude do grupo, em face do chefe, no sentimento dos governados em face dos governantes. Esse sentimento encontra-se nos próprios fundamentos do Estado. Sem sua presença, o poder é apenas uma força de dominação inteiramente material, que poderá ser eficaz por longo tempo, mas em nenhum caso se institucionalizará.

Diante disso, a força, que é o elemento com que conta o governo para exercer sua função protetora, só pode ser posta em exercício na sua verdadeira essência jurídico-política. Só se mantém quando apoiada no consentimento, eis que da fusão entre força e consentimento é que surge propriamente o poder.

Analisando o poder, Ives Gandra Martins<sup>3</sup> destaca três estágios de particular relevância para a compreensão da evolução da humanidade: o primeiro ocorreu quando as comunidades eram pequenas e todos os indivíduos influenciavam no exercício do poder; o segundo surgiu quando as comunidades começaram a crescer e passaram a sofrer o impacto do distanciamento do poder, influenciando pouco a produção do direito; e o terceiro estágio é o atual, em que o conceito de democracia evolui, fazendo com que a comunidade volte a exercer certa pressão e ter forças para produzir o direito, junto com os detentores do poder.

Em relação ao poder estatal, Pontes de Miranda<sup>4</sup> enfatiza que um dos pontos principais para a compreensão do Estado e do direito constitucional, em qualquer exposição científica, é a caracterização da fonte desse poder estatal. Significa o poder de construir e reconstruir o Estado. Pergunta-se: Com quem está e de quem nasce esse poder? Está com Deus e nasce de Deus, respondem as teocracias.

---

<sup>2</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 23.

<sup>3</sup> Ibid, p.33.

<sup>4</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946, Tomo I*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1960, p.13

Está com o soberano, diziam as autocracias do período monárquico. Está com o povo e pertence ao povo, respondem as democracias. Está apenas com os operários, insistem os marxistas. Está com o próprio Estado, sustenta o facismo.

Com rigor mais científico, afirma-se que, sociologicamente, o poder estatal pertence ao povo: Assim, apenas nas dimensões política e jurídica é que se estabelece a divergência em relação aos demais estão acima citados. Segundo Pontes de Miranda, se o príncipe domina o povo e é portador ou fonte do poder estatal, ainda é o povo que o tolera, pois dele nasce o poder estatal. Se o povo crê que o poder estatal está com Deus, é como se acreditasse que está com o príncipe. Há sempre alguém que faz as vezes de Deus. Hoje, como outrora ocorria nas tribos primitivas, o que importa é a fonte primeira: o grupo humano do que o poder se irradia.

## 1.2. CONCEITO

No direito, as palavras são dotadas de diferentes significados, dependendo do ponto de vista como são analisadas. O termo “poder” não constitui exceção a esta regra, uma vez que contém vários significados, de acordo com os seus diferentes usos, tais como poder como função, poder como soberania, poder como órgão estatal etc. Reconhecidamente, o poder é um fenômeno sócio-cultural, atrelado à vida em sociedade. Para que essa vivência seja possível, são impostas a todos certas normas de conduta para a harmonia da convivência, exigindo-se sacrifícios e limitando as atividades de cada membro do grupo social.

Não há Estado sem poder, por ser ele uma emanção da soberania. É de sua atuação que surgem as normas organizadoras do Estado, com base nos preceitos imperativos da vida em sociedade. Portanto, pode-se concluir que o poder surge como corolário da organização normativa estatal. De acordo com Lowenstein<sup>5</sup>, o poder caracteriza-se como um dos três incentivos fundamentais que dominam a vida do homem em sociedade e regem a totalidade das relações humanas, ao lado da fé e do amor.

---

<sup>5</sup> *Apud* MIRANDA, Pontes. Op. cit., p. 14.

O poder social é, pois, um fenômeno presente nas mais variadas modalidades de relacionamento humano. Nessa amplitude, tanto é poder o exercido pelo pai ao dar ordens aos filhos, quanto o exercido pelo governo ao comandar os cidadãos.

O poder do Estado é superior a todos os outros poderes sociais. Seu objetivo é reger as relações entre os indivíduos, para que se obtenham a ordem, o progresso e o bem comum. Esta superioridade do poder estatal é o que caracteriza a soberania, tanto no que diz respeito a outros poderes externos quanto aos organismos internos. A soberania externa representa sua independência enquanto a soberania interna expressa sua supremacia.

Para os constitucionalistas, o poder do Estado tem por objetivo definir e gerir os interesses gerais. No magistério do Carlos Ayres Britto<sup>6</sup>, cuida-se de “autoridade da coletividade sobre cada um dos seus membros, traduzida pela imposição de um Direito comum a que todos, quer queiram ou não, têm de se submeter”.

Ao analisar as concepções sociológicas do Estado, Hans Kelsen<sup>7</sup>, menciona a teoria de que o Estado é uma “sociedade politicamente organizada”. O Estado é uma organização, por ser uma ordem que regula e monopoliza o uso da força. Com isto, descreve-se o Estado como o poder por detrás do direito, que o impõe. A existência de tal poder é a demonstração de eficácia do próprio direito, na medida em que as decisões são tomadas com base nos ditames das normas jurídicas.

O poder individual é manifestado pela capacidade de um indivíduo em induzir as condutas que lhe são desejadas de outros indivíduos. Mas, para que essa conduta possa ser revestida do caráter social, é necessária a sua estruturação dentro de uma ordem normativa regulando a vida em sociedade. Isso resulta, conseqüentemente, numa autoridade e numa relação de superior e de inferior.

Nessa linha, o poder social só é possível dentro da organização social. Logo, o poder do Estado é o poder organizado pelo direito positivo, ante a força de sua eficácia. Ao se falar em poder do Estado, não se devem considerar apenas os instrumentos materiais de sua atuação (armas, prisões, etc.). Tais objetos são apenas instrumentos que servem para a concretização material dos comandos jurídicos. O fenômeno do poder político, conforme esclarece Hans Kelsen<sup>8</sup>, é

---

<sup>6</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre Controle social do poder e participação popular*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 85

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p.273-274.

<sup>8</sup> Op. cit., p.274-275.

manifestado no fato de as normas que regulam o uso desses instrumentos se tornarem eficazes. Por conseguinte, o poder político é a eficácia da ordem jurídica.

A unidade do poder é característica essencial, tal qual a unidade dos outros elementos (povo e território). Não obstante, é possível distinguir três diferentes esferas de poder do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A unidade dos outros elementos (povo e território) resulta do poder do Estado, que nada mais é do que a validade e a eficácia da norma jurídica. Assim, quando se fala três poderes do Estado, o poder é compreendido como função, sendo distinguidas três funções do Estado.<sup>9</sup>

A função legislativa tem como atividade típica a edição de regras gerais abstratas, impessoais, conhecidas como leis. A função executiva visa a executar, administrar e conduzir a correta execução do que está disposto nas leis, desenvolvendo a atividade estatal. Já a função jurisdicional tem por escopo solucionar os conflitos surgidos da aplicação dessas leis, buscando obter a pacificação social. Sua função é solucionar os litígios, através da prestação da tutela jurisdicional.

### **1.3. Participação popular como poder político**

Paralelamente ao poder político, reconhece-se, inevitavelmente, a participação popular como sua legítima expressão, na medida em que ela influi constitutivamente na formação da vontade normativa do Estado. Segundo as teorias básicas, o Estado forma-se pela aglutinação natural de um determinado povo em um dado território, sob o comando de um governo, com a finalidade de se obter o bem-estar da população.

Em oposição ao Estado-Polícia, surge o Estado-Direito. No seu nascimento, este baseava-se em idéias e conceitos tipicamente liberais, que pretendiam assegurar a observância do princípio da legalidade e da generalidade da lei. Daí,

---

<sup>9</sup> Op. cit., p.364-365.

vieram várias definições, todas elas assentadas em diferentes premissas, mas tendo em comum o sustentáculo da juridicidade estatal.

Por sua vez, a democracia traz em seu âmago a idéia de uma efetiva participação popular através do controle da atividade estatal, Traduz-se em sua essência na idéia do povo como verdadeiro titular do poder, devendo seus representantes se submeter à vontade popular. A expressão “Estado Democrático de Direito” decorre não só da união desses conceitos, mas, principalmente, daquilo que os supera. Nessa espécie de Estado, se almeja um país governado por legítimos representantes do povo, submissos à lei e obedientes aos princípios democráticos fundamentais.

Porém, o Estado Democrático de Direito somente se aperfeiçoa na medida em que o povo dele justifica ativamente e seus representantes expressem em seus atos verdadeiros anseios populares. A cidadania foi erigida na luta de construir uma sociedade, justa e solidária. É um objetivo a ser alcançado pelo Estado Democrático. Mas somente esses valores não seriam suficientes, se não tivessem sido também incorporadas algumas instituições fundamentais à sua realização. Em todas elas, o ponto fulcral é sempre a participação popular.

Antes, a participação do povo consistia no exercício de determinados serviços públicos, mediante a delegação do poder público. Portanto, expressava-se na simples colaboração dos cidadãos no exercício das funções administrativas. Com a evolução do Estado democrático, ela dá-se mediante a atuação direta do povo diretamente na gestão e no controle da Administração Pública.

Para tanto, existem vários mecanismos de participação, seja através da democracia representativa (sufrágio universal), seja através da democracia participativa (plebiscito, referendo, iniciativa popular, participação popular em órgãos de consulta ou órgãos de decisão, participação por meio de ouvidorias e por via do Judiciário). A participação popular é uma característica essencial do Estado Democrático, porque ela aproxima mais o povo da Administração Pública, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.

De um lado, há de ressaltar-se a existência de grupos na sociedade que procuram se relacionar com o Estado, buscando influenciar em especial, as decisões da Administração Pública. É o caso dos partidos políticos, dos sindicatos, dos grupos empresariais, muitos deles atuando como “grupos de pressão”. De outro, há a possibilidade de participação do próprio cidadão, individualmente considerado.

Ressalta Carlos Ayres Britto, que o poder político não sai das mãos do Estado e vai às mãos do povo. A interferência deste nos negócios políticos do Estado não altera o fato de que o gozo do direito subjetivo é tão-somente uma aplicação da Constituição. Portanto, não se trata de uma aplicação que se segue de uma nova regra estatal, com a participação obrigatória do setor privado. O controle é direto, mas não é exercício poder. E, fora do exercício do poder, não há como o setor privado controlar as ações governamentais.<sup>10</sup> A esse respeito esclarece o autor:

“A participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução ‘Estado’.”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Op. cit., p.75-77.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 86



## CAPÍTULO II

### SEPARAÇÃO DOS PODERES

#### 2.1 Evolução histórica

O primeiro modelo de Estado foi a monarquia absoluta, onde a personificação das funções e órgãos estatais impulsionava o monarca a declarar que o Estado era ele próprio: “L'état c'est moi”. A edição do direito passou a ser um monopólio do Estado, fosse ele expedido por decisões legislativas, executivas ou jurisdicionais. Quem cria as leis, quem as aplica e quem decide as controvérsias é sempre a figura do Estado.

Na época das monarquias absolutistas, o poder estava concentrado na mão de uma única pessoa, embora essa pessoa pudesse exercer em momentos distintos, funções também distintas. Esse fenômeno de concentração do poder – e as suas conseqüências, que levaram a arbitrariedades, e ao exercício absoluto do poder, sem respeito aos direitos dos cidadãos – fez despertar a sociedade para o surgimento de um outro Estado. Passou a conceber um novo modelo de Estado, mais consentâneo com as necessidades da época, em que não tivesse como centro o rei, mas a lei: “L'état c'est la loi”. Buscou-se modelo que permitisse a existência de estados mais democráticos, com separação das funções estatais.

A teoria da separação dos poderes políticos já havia sido sistematizada num primeiro momento por Aristóteles. Em sua obra “*Política*”, o consagrado filósofo grego lançou o alicerce, a pedra fundamental do que iria ser a base do funcionamento do Estado Democrático de Direito da atualidade, especialmente quanto à separação dos poderes. Na concepção aristotélica, o governo dividia-se em três partes: a que deliberava acerca dos negócios públicos; a que exercia a magistratura (uma espécie de função executiva) e a que administrava a justiça.

Essa teoria foi retomada e aperfeiçoada por concebida por filósofos como John Locke, Kant, Rousseau e Bolingbroke. Em seguida, a ser timidamente institucionalizada nas relações entre os nobres ingleses e os seus reis. O principal

exemplo está na criação da Magna Carta da Inglaterra de 1215. Nesse documento, os barões e os homens livres impuseram ao rei João Sem Terra uma limitação ao poder real, com o advento do parlamento, as pressões contra o poder real se fortaleceram, culminando com a revolução de 1688. Com isso as relações entre o parlamento e o monarca passaram a ser equilibradas. Como resultados foram firmados os seguintes pactos: *Petition of rights*, imposta ao rei Carlos I, em 1628; - *Agreement of the People*, apresentado pelo exército de Cromwell, em 1653; *Habeas Corpus Act* aprovado pelo parlamento, em 1679; e o *Bill of rights*, editado em 1689. Todos esses institutos consagravam a superioridade da lei à vontade do rei.

Mas, só posteriormente, com Charles-Louis Secondat, Barão de Montesquieu<sup>13</sup>, em sua obra “De l’esprit des lois” (1748), foi que a teoria ganhou real destaque. Em sua obra, Montesquieu afirmava que era necessário estabelecer o princípio das espécies dos poderes, em defesa da liberdade, definindo-os como Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder de julgar.

Asseverava que a liberdade política do cidadão está na tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para chegar a essa liberdade, segundo esclarecia, era preciso que o impedisse que um cidadão temesse outro.<sup>14</sup> Nesse sentido enfatizava:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo 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 Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.<sup>15</sup>

Em sua tese, Montesquieu expôs os motivos da separação dos poderes. Apesar da evolução no tempo, seus argumentos se mantêm atualizados. Essa atualidade ocorre, principalmente no que tange aos limites no exercício do poder, acrescentando-se também que os poderes devem ser harmonicamente equilibrados e cuidadosamente delimitados. Nunca é demais lembrar os ensinamentos do

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, Charles Secondat. *O espírito das leis*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1994 p.165

<sup>14</sup> *Ibidem.*, p.165

<sup>15</sup> *Ibidem.*, p.166

consagrado filósofo francês, quando ressaltava que livraria o arbítrio se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou de nobres, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as leis e o de julgar os crimes ou as demandas particulares.<sup>16</sup>

Diversas constituições adotaram o modelo da separação dos poderes, mesmo que algumas não o tenham adotado em sua plenitude. Várias fizeram uso da separação das funções estatais: a executiva, a legislativa e a judiciária. Pode-se citar, como exemplo, a própria Constituição inglesa – que evoluiu, segundo os seus costumes e tradições, as suas leis constitucionais e decisões judiciárias. Outros exemplos são: a Constituição americana (1787), a Constituição brasileira (1891) a primeira Constituição republicana de Portugal (1911) e a Constituição Francesa (1958).

A partir da Revolução Francesa, o princípio da separação dos poderes tornou-se um dogma constitucional. Nesse sentido o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclama que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes. Existe a compreensão de que o princípio da separação dos poderes constituiu (e ainda constitui) técnica de extrema relevância para a garantia dos direitos do homem.

A Constituição dos Estados Unidos da América foi a primeira a adotar um modelo separação dos poderes de modo mais forte, mais rígido. Adotou um sistema político baseado no princípio da supremacia da Constituição, estabelecendo que a ela deviam subordinar-se todos os outros poderes. Nela, os poderes tiveram seus limites definidos. Por outro lado, A Constituição firmou o postulado da independência do Poder Judiciário, com prerrogativa de proceder à revisão judicial das leis e dos atos normativos, anulando-os quando incompatíveis com o texto constitucional..

Comentado a Constituição norte-americana, Édouard Laboulle<sup>17</sup>, afirmou que foram os norte-americanos os primeiros “a fazer do Poder Judiciário um verdadeiro poder político; os primeiros a compreender o papel da justiça num país livre; os primeiros a encontrar esta nova verdade, até pouco tempo conhecida na Europa.”. Adiante, observa: “Estabeleceu-se ali um Poder Judiciário independente, um Poder

---

<sup>16</sup> Op. cit., p.167.

<sup>17</sup> Apud L. NEQUET, *O Poder Judiciário e a Constituição*, In: *Ajuris* n° V1997, p.13-14.

que, colocado entre as leis do Congresso e a Constituição, tem o direito de afirmar: “Esta lei é contrária à Constituição e, conseqüentemente, é nula”<sup>18</sup>...

Com base nesse sistema, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional – serão exercidas por órgãos distintos e independentes, mas harmônicos entre si. Essa harmonia é obtida na medida em que se pratica a doutrina que os norte-americanos denominam de *checks and balances* (freios e contrapesos). Tal doutrina institui uma certa colaboração entre os poderes, mas também uma fiscalização mútua, com o objetivo de realizar aquilo que Montesquieu propugnava: a limitação do poder pelo poder.

Essas interferências, que visam ao estabelecimento do sistema de freios e contrapesos, buscam o equilíbrio necessário entre os poderes. Objetivam traçar limites indispensáveis para evitar que um poder se sobreponha arbitrariamente ao outro. Constituem-se, portanto, verdadeiras garantias constitucionais. Dalmo Dallari<sup>19</sup> afirma que o sistema de freios e contrapesos é uma engenhosa invenção doutrinária.

Acrescenta que os atos praticados pelo Estado podem ser de duas espécies: gerais ou especiais. O Poder Legislativo pratica atos gerais, age abstratamente, não podendo atuar concretamente na vida social. Já o poder Executivo pratica atos especiais, podendo agir concretamente. Porém encontra-se impossibilitado de atuar discricionariamente, pois seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo Legislativo. Assim se, houver exorbitância de um desses dois poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

Na verdade o poder político é uno e indivisível. Segundo Valmir Pontes Filho<sup>20</sup> o que ocorre na realidade é que o organismo estatal, toda vez que manifesta a sua vontade, o faz, necessariamente, através de três espécies de atos: a lei, a sentença e o ato administrativo. O poder é um só: manifestando-se através de órgãos que exercem funções.

Com a evolução, consagrou-se do direito constitucional, a idéia de que nenhum dos poderes pode ser soberano.

---

<sup>18</sup> Ibidem., p. 15

<sup>19</sup> DALLARI, Dalmo. *Teoria geral do Estado*. 25ed São Paulo: Saraiva, 2005, p.117-119.

<sup>20</sup> PONTES FILHO, Valmir. *Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p.235.

O Poder Legislativo é o que edita as leis, mas essas regras estão vinculadas a um sistema jurídico anterior. Tanto o Poder Executivo quanto o Judiciário podem enquadrar-se nesse sistema jurídico. O primeiro administra e executa as leis, enquanto o Poder Judiciário aplica as leis. Um e outro, por sua vinculação com o Estado de Direito, está submetido ao sistema jurídico.

Para Celso Ribeiro Bastos<sup>21</sup>, o primeiro ponto a ser ressaltado é o da “perda gradativa da pureza de cada uma das funções do Estado”. Segundo esclarece, não se pode afirmar que a função legislativa é a única do Poder Legislativo. A também cabe a função jurisdicional, quando julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Também exerce a função executiva, ao dispor sobre sua organização provendo cargos, concedendo férias etc.

O Poder Executivo também não se limita ao exercício de função administrativa, pois legisla através de medida provisória, ou julga analisando defesas e recursos administrativos. O Judiciário por fim, exerce a função legislativa quando elabora o regimento interno de seus tribunais e a função executiva quando administra os tribunais.

## 2.2 Análise da matéria nas Constituições Brasileiras

### A Constituição de 1824

A Constituição de 1824 já reconhecia a divisão e a harmonia dos poderes, conforme estabeleciam os seus artigos 9º e 10:

Art. 9º. A divisão, e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece.

Art. 10. Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: O Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Embora a Constituição Imperial, proclamasse a separação dos poderes, ela não era tão rígida assim. Por exemplo, Poder Judiciário se limitava a dirimir controvérsias de direito privado e a aplicar a lei penal. Assim, fugiam da sua competência os atos da Administração Pública e o controle de constitucionalidade

---

<sup>21</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1998.

das leis, os quais cabiam ao Poder Executivo, no primeiro caso, e aos Poderes Moderador e Legislativo, no segundo. José Néri da Silveira<sup>22</sup>, comentando sobre a independência do Poder Judiciário e dos magistrados, anota:

“O controle de constitucionalidade das leis cabia ao Poder Moderador e ao Poder Legislativo, a este último incumbia velar na guarda da Constituição, interpretar as leis e suspendê-las (Cf de 1824, art. 15, itens 8 e 9). A independência do Judiciário havia de ser, desse modo, entendida, apenas, como independência da autoridade judicial, do magistrado...”.

## A Constituição de 1891

Foi com o advento da República que a separação dos poderes ganhou contornos mais evidentes. Com base no sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário passou a controlar os atos dos poderes Legislativo e Executivo. Os tre poderes passaram a ser órgãos harmônicos e independentes entre si, nos termos do art. 15 da Constituição de 1891: “São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes entre si.”

A Lei Federal nº221, de 20-11-1894, estabelecia, de forma categórica, em seu art. 13, parágrafo 10, que os juízes e os tribunais federais processariam e julgariam as causas fundadas em lesão de direitos individuais, por ato ou decisão das autoridades administrativas da União. Apreciariam também a validade das leis e regulamentos. Por outro lado, deixariam de aplicar, aos casos concretos, as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição.

A reforma de 1926 explicitou melhor a competência do Poder Judiciário, dando nova redação ao parágrafo 1º do artigo 60, que passou a dispor:

Art. 60. (...)

§1º Das sentenças das justiças dos estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) (...)

---

<sup>22</sup> SILVEIRA, José Nery. *A independência do Poder Judiciário e dos Magistrados*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n 05, out/dez. 1993, p.199.

- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos estados em face da Constituição , ou das leis federais, e a decisão do tribunal do estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas

## A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 no art. 3º, 1º e 2º, reproduziu os texto da Constituição anterior, ao estabelecer:

Art. 3º. São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

§1º É vedado aos poderes constitucionais delegar as suas atribuições.

§2º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

A supremacia do Poder Judiciário foi mantida. Mas, temendo o conservadorismo dos Ministros da Suprema Corte, dispunha o art. 179 que a declaração de inconstitucionalidade das leis somente poderia ser feita por maioria absoluta de votos.

Como inovação, provocada igualmente pelo temor ao conservadorismo do Supremo Tribunal Federal, mascarada pela teoria dos “pesos e contrapesos”, estabeleceu-se a regra que dava ao Senado a atribuição de velar pela constituição e de colaborar na feitura de aplicação das leis, supervisionando “com sua experiência” os poderes da República (art. 88).

No rastro dessa inovação, o item III do citado artigo conferia ao Senado a prerrogativa de “propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação dos atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder”.

Outra grande inovação estava, em seu art. 91, item IV, ao atribuir ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, criando, assim, um problema para a harmonia entre os poderes do Estado.

## **A Constituição de 1937**

A Constituição de 1937, por seu caráter ditatorial, foi a única que não garantiu a separação dos poderes. Na prática havia apenas um poder, o do Presidente da República, autoridade suprema do Estado, consoante estabelecia o seu art 73:

Art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país.

Embora tenha suprimido a Justiça Federal de primeira instância, a Constituição manteve a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade das leis. Porém, o art. 96, parágrafo único, prescrevia que, caso a lei fosse declarada inconstitucional, considerada de relevante interesse para o “bem-estar do povo” ou para a “defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia o Chefe do Executivo submetê-la ao exame confirmatório do Congresso Nacional.

A Constituição de 1937 proibia, ainda, ao Poder Judiciário conhecer de questões “exclusivamente políticas” (art. 94). Tratava-se de uma expressão vaga, ambígua, de conteúdo jurídico indefinido, em que pese existir esta questão desde os primórdios da teoria da tripartição dos poderes.

## **A Constituição de 1946**

Sob a Constituição de 1946, voltaram os poderes a ser independentes e harmônicos, nos termos seguintes:

Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.



§1º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição

§2º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

No que dizia respeito à estrutura e ao funcionamento dos poderes, praticamente nada se inovou, mantendo-se substancialmente as regras da Constituição de 1981. O constituinte revogou as prerrogativas do Senado, no que dizia respeito às decisões declaratórias de inconstitucionalidade da Suprema Corte, mas manteve a competência do Senado para suspender, no todo ou em parte, as leis declaradas inconstitucionais, restaurando, ainda, a Justiça Federal de 1ª instância.

#### **f) A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº01/69**

A Constituição de 1967 e a EC nº 01/69 não provocaram grandes transformações, pelo menos na teoria, na separação dos poderes. Seu art. 6º prescrevia:

Art. 6º São poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedada a qualquer dos poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

A competência do Poder Judiciário, particularmente a do Supremo Tribunal Federal, foi mantida, para declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos em termos semelhantes aos da Constituição de 1946. Na dinâmica do poder, o Executivo se hipertrofiava, notadamente pela subtração da iniciativa do processo legislativo ao Congresso em todas as matérias achasse relevantes.

## A Constituição de 1988

Na Constituição em vigor, o princípio da separação dos poderes encontra fundamento nos seguintes artigos:

*Art 1º(...)*

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

*Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário.*

No artigo 60, §4, III, a nova Carta Política proíbe a deliberação sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos poderes. Eleva, assim, ao status de cláusula pétrea, portanto inatingível, o princípio da separação dos poderes.

## CAPÍTULO III

### DESEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

#### 3.1. Considerações iniciais

Embora a independência e a harmonia entre os poderes tenham sido elevadas à categoria de princípio constitucional, é de fácil percepção a fragilidade desse preceito. Na prática, esse princípio ganha contornos mais flexíveis, quando se verificam os constantes episódios de interferência nas atribuições específicas de cada um dos poderes. Algumas vezes, essas interferências ocorreram sob o pálio do sistema de freios e contrapesos, propiciando certa instabilidade no processo democrático. Tal problema verifica-se em um processo contínuo, impulsionado já na formação dos poderes e culminando, por gerar crises no exercício desses poderes

Os Poderes têm funções preponderantes, mas que não exclusivas. Por exemplo, quem legisla é Poder Legislativo, existindo, entretanto, funções normativas no âmbito das competências dos Poderes Judiciário e Executivo. De igual modo, a função jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, porém são conferidas atribuições jurisdicionais a órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo. Mas, como se sabe, o contencioso administrativo, não faz coisa julgada material, pois a Constituição Federal impõe que toda lesão ou ameaça a Direito seja apreciada pelo Poder Judiciário (Art. 5 inciso XXXV).

Todavia, existem sistemas jurídicos, como o francês, nos quais o contencioso administrativo faz coisa julgada material diante de tribunais administrativos. Significa dizer que sobre a decisão administrativa não há possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário. No Brasil, existe a faculdade de recorrer-se primeiramente à instância administrativa, mas suas decisões não possuem caráter definitivo, pois somente as decisões jurisdicionais operam coisa julgada.

Com a evolução do Estado moderno, o modelo tradicional de tripartição do poder tornou-se insuficiente em vista das necessidades de controle democrático do exercício do poder. Com isso é necessário superar a idéia clássica de divisão de três

poderes, para se chegar a uma organização de órgãos autônomos, mas que exerçam outras funções além das três originais. Esta idéia vem se afirmando em uma prática rotineira nos órgãos de fiscalização, essenciais à democracia, como ocorre com os Tribunais de Conta e o Ministério Público. Ora, por mais esforço que os teóricos tenham feito, o encaixe desses órgãos autônomos em um dos três poderes é artificial e inadequado.

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público uma autonomia especial, que lhe permite fiscalizar o cumprimento das leis e da Constituição. Cabendo-lhe, portanto, proteger os direitos fundamentais da pessoa, o patrimônio público e histórico, o meio ambiente, o respeito aos direitos humanos etc. Para exercer, de forma adequada as suas funções constitucionais, o Ministério Público não pode estar vinculado a nenhum dos poderes tradicionais. Isso porque sua função preponderante é proteger a democracia e os direitos

Embora o constituinte de 1988 não tenha sido expresso, no sentido de considerar o Ministério Público como um quarto poder, o texto constitucional assim o caracteriza, uma vez que lhe concede autonomia funcional de. Qualquer tentativa de subordinar a função de fiscalização típica do Ministério Público outro poder, seria uma medida buscando reduzir os mecanismos de controle democrático e da própria Constituição.

### **3.2 Sistema de controle entre os poderes**

Nas linhas anteriores, fez-se a análise da divisão do poder e da individualização dos seus órgãos. Observou-se também que está superada a idéia de prevalência de um sobre o outro. Enfatizou-se, entretanto, a necessidade de um equilíbrio e harmonia entre eles, embora admitindo-se a possibilidade de se estabelecer interferência recíproca. Após essas observações, passa-se a discorrer sobre a idéia de controle e vigilância de um poder sobre o outro, relativamente aos deveres constitucionais de cada um. Portanto, é nessa nova concepção que se encontram presentes os elementos essenciais caracterizadores do moderno conceito do princípio da separação dos poderes.

Advém daí a idéia de controle, que pode ser definido como o exercício e também o resultado de funções específicas que se destinam a conter o poder no Estado, seja qual for a sua manifestação dentro do quadro constitucional que lhe for adstrito.<sup>23</sup> Tomando-se por base o critério objetivo, o sistema de controle pode ser dividido em quatro modalidades básicas: controle de cooperação, controle de consentimento, controle de fiscalização e controle de correção.

O controle de cooperação é o que se efetiva pela co-participação obrigatória de um poder no exercício de outro. Pela cooperação, o poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo, no desempenho de uma função típica do poder interferido. Essa interferência ocorre com a finalidade tanto de garantir a legalidade quanto a legitimidade pertinente aos dois.

O controle de consentimento se realiza através do desempenho de funções atributivas de eficácia ou exequibilidade a atos de outro poder. É pelo consentimento que o poder interferente, aquele que executa a função atípica, satisfaz uma condição constitucional de eficácia ou de funções próprias, mas que também executa funções atípicas. Todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal. Assim, é compreensível que pretenda exercer, na sua própria esfera, as três funções mencionadas (executiva, legislativa e judiciária) em sentido material.<sup>24</sup>

O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um poder por outro. É pela fiscalização que o poder interferente desenvolve essa função atípica. Tem, nesse caso, a obrigação definida na Constituição de tomar o conhecimento da prática funcional do poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.

Por fim, o controle de correção é aquele se concretiza pelo desempenho de funções atribuídas a um poder, no sentido de sustar ou desfazer atos praticados por um outro. Através desse contraste, realiza-se a mais vigorosa das modalidades de controle, atribuindo-se ao poder interferente a ampla competência constitucional de

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p.78-79.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.80.

desfazer ou suspender atos do poder interferido que venham a ser considerados viciados por falta de legalidade ou de legitimidade.

### **3.2.1 Controle exercido pelo Poder Executivo**

No Estado hodierno, é atribuída ao Poder Executivo a responsabilidade pela condução administrativa. No exercício dessa função, deve executar as leis, atuando positivamente no plano da criação e da distribuição da riqueza. Inquestionavelmente, essa é a função preponderante do Poder Executivo. O que se critica e combate é o sistema de pressão exercido pelo chefe do Poder Executivo sobre deputados e senadores para obter a maioria do Congresso Nacional, na votação de matérias de seu interesse. Nesse jogo de pressão, estabelece-se um mecanismo de contrapartida e compensações, algumas lícitas, outras ilícitas. Somem-se a isso o jogo de interesses e o tráfico de influência.

Há, além disso, a ampla distribuição de cargos segundo “critérios políticos”. Nesse jogo, são atingidos até mesmo os cargos de Ministros de Estado, sem nenhum critério de competência. O principal objetivo é “satisfazer” os integrantes de alguns partidos tornando-os obedientes.

Outro ponto bastante polêmico, que vem sendo criticado pela doutrina e operadores do direito é a edição excessiva de medidas provisórias. Sua produção em série constitui abuso de poder, por afrontar a função típica do Congresso Nacional, previstas no processo legislativo. Com isso, o Poder Executivo tenta refazer a ordem jurídica, fugindo aos parâmetros constitucionais. Configura-se, destarte, usurpação de competência do Legislativo, com violação dos princípios da independência e harmonia dos Poderes (art. 2º), do Estado Democrático de Direito (art. 1º).

Alem de invadir a área reservada ao Legislativo, o Executivo, por vezes, também o faz em relação à competência do Judiciário. Foi o caso, por exemplo, das Medidas Provisórias nºs 182/90 e 1.570/97, esta convertida na Lei n.º 9.494/97. A primeira proibia juízes e tribunais de julgarem, liminarmente, atos do Executivo

relacionados com o denominado Plano Collor, no prazo de trinta meses, a contar da edição da referida MP; a segunda condicionou a execução de liminares concessivas de aumento salarial e em ações de reclassificação ou equiparação de servidores públicos à prestação de garantia real ou fidejussória. Como se vê, são normas que estabeleceram uma restrição abusiva à atividade do Judiciário na tutela preventiva dos direitos e interesses postos sob sua guarda.

O Executivo opera também na área de competência do Poder Judiciário, embora não se caracterize como uma violação constitucional no exercício da faculdade de conceder indultos e comutar penas. A sanção criminal é função típica do Judiciário. No entanto nesse caso, o Executivo pode interferir, suprimindo ou modificando a execução da sentença judiciária, passada em julgado. Como se sabe o indulto é o perdão total da pena, concedido em caráter individual, enquanto comutação é a substituição de uma pena por outra menos grave.

Ao indultar ou comutar pena, o Poder Executivo assume uma das mais importantes funções jurisdicionais. Entre as características do indulto e da comutação, destaca-se o fato de que tais medidas envolvem qualquer tipo de crime e também o fato de fazerem rescindir a sentença de condenação passada em julgado. Por fim, o Poder Executivo exerce controle sobre o Poder Judiciário na livre nomeação dos Ministros do STF e do STJ, órgãos de máximos da Justiça nacional.

### **3.2.2 Controle exercido pelo Poder Legislativo**

Os membros do Poder Legislativo, logo após serem eleitos, abandonam aquelas idéias ou pretensões defendidas na campanha eleitoral e passam a prestigiar as forças políticas e econômicas que os ajudaram a vencer as eleições, salvo casos cada vez mais raros. Gastaram muito, comprometeram-se financeiramente e, para retribuírem a ajuda, se lançam à manipulação da *res publica* e aos favores administrativos. Nesse aspecto, não se deve esquecer a ligação entre

eleição e democracia, observada por Montesquieu. Destaque-se também a advertência de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>24</sup> sobre o tema:

“Assim, quando o Espírito das Leis vincula a escolha dos representantes à sua eleição pelo povo, está, ipso facto, presumindo a seleção dos “melhores”, dos mais capazes”.

Portanto, a democracia representativa seria o governo das mais capazes escolhidos por todos.

A experiência, todavia, mostra que não raro a eleição seleciona os piores, ou, melhor dizendo, os menos capazes. Por que?

A razão principal disso é, sem dúvida, o eventual baixo nível de cultura política do eleitorado. Isto só se corrige a longo prazo e o mais das vezes pela experimentação do erro – trial and error, como diriam os americanos. Mas há um fator mais próximo e fácil de equacionar.

Realmente, o erro na escolha deriva frequentemente do fato que esta se faz entre desconhecidos. Montesquieu supunha que ela se passasse entre conhecidos, de convívio, em pequenas comunidades – grupos primários, diria o sociólogo. Mas ela se faz no Brasil – pensa-se no Legislativo – em nível estadual. Forçosamente entre desconhecidos, ou mal conhecidos, o que é pior. Com efeito, a fonte desse mau conhecimento é a propaganda que pode “vender” qualquer coisa... Não é surpreendente, por isso, que o eleitor adquira gato por lebre...”

No Brasil, percebe-se que os integrantes do Poder Legislativo não possuem os conhecimentos técnicos exigidos para o adequado e pleno exercício da função legislativa. E, quando conhecem determinados assuntos, geralmente não os utilizam em favor dos que os elegem: o povo.

Some-se a isso o fato de que o Legislativo também invade a área do Judiciário, quando obsta, por exemplo, a atividade normal no processamento e julgamento dos crimes, pela concessão da anistia. Trata-se de ato legislativo em que o Estado abre mão do *jus puniendi*, ou seja, retira as conseqüências de alguns crimes promovendo seu esquecimento jurídico.

---

<sup>24</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reforma do Estado*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n.201, p.1-10,



### 3.2.3 O controle exercido pelo Poder Judiciário

Mesmo com a evolução das garantias estabelecidas em todas as constituições brasileiras, exceto a de 1937 e de 1967, a dependência do Poder Judiciário residia no fato de que ele não fazia o seu orçamento. Sequer podia dispor sobre as suas taxas judiciárias e emolumentos, que eram destinados às receitas gerais do erário público. Esta última limitação persiste nos dias atuais, em face das normas orçamentárias.

Atualmente, a alegada autonomia financeira consiste, apenas, na elaboração, pelos tribunais, de suas propostas orçamentárias, dentro dos limites estipulados juntamente com os demais poderes. Suas diretrizes orçamentárias, são encaminhadas ao Legislativo, que as aprovará ou não, conforme acerto com o Executivo. Nesse aspecto, não dispõe o Judiciário de qualquer força para influir no percentual orçamentário estipulado, tornando-se dependente dos repasses do governo.

Outro fator de dependência do Judiciário faz-se notar na a escolha, pelo chefe do Poder Executivo, dos integrantes dos tribunais superiores e do quinto constitucional dos tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Para essas escolhas, na maioria das vezes, ocorrem movimentações políticas, pedidos e trocas de favores.

Cabe, então, a observação de que o Judiciário é desprovido de intenções políticas, na medida em que não controla nem influencia o Executivo ou o Legislativo. Porém, muitos dos seus membros, pelos interesses que representam, possuem uma vontade constante e insaciável de assumir o controle total do poder.

### **3.3 Atribuições do Ministério Público conferidas pela CF/88**

O Estado necessita de um sistema mais sofisticado para garantir o exercício de funções, na busca pelo aperfeiçoamento do processo democrático, O constituinte de 1988 realmente percebeu a necessidade de criar um órgão que efetuassem essa função de fiscalização. Embora não tenha criado expressamente um quarto poder, na prática, o constituinte criou um órgão autônomo essencial para a democracia e a garantia do cumprimento das leis da Constituição. Na verdade, não criou um novo órgão, mas reforçou um já existente.

O Ministério Público ficou encarregado desta função. E, para exercê-la de maneira eficaz necessita de efetiva autonomia em relação aos outros órgãos ou poderes. O mesmo ocorre com os Tribunais de Conta que, embora vinculados formalmente ao Poder Legislativo, não dependem de nenhum dos poderes tradicionais para exercer com eficiência sua função fiscalizadora.

O Ministério Público foi incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, individuais e indisponíveis. O art. 127 da Constituição Federal enumera os seus princípios institucionais a saber: unidade, indivisibilidade e independência funcional.

O princípio da unidade enuncia que o Ministério Público é uno, constitui um único órgão, com todos os seus membros administrativamente coordenados por um único Procurador-Geral. Esse princípio deve ser entendido como aplicável internamente, no âmbito de cada um dos ramos do Ministério Público. Já o princípio da indivisibilidade estabelece que toda atuação do Ministério Público é imputada ao respectivo órgão, e não aos seus membros. O princípio da independência funcional enuncia que os membros do Ministério Público, no desempenho de suas atribuições, não se subordinam funcionalmente a nenhum órgão. Existem outros princípios, mas os acima citados dão mostra de que o Ministério Público, de fato, hoje, constitui uma espécie de quarto poder.

### **3.4.1 Autonomia financeira e administrativa do Ministério Público**

A Emenda Constitucional nº45/2004 trouxe diversas inovações acerca da autonomia financeira do Ministério Público. Em atenção à complexa sistemática de elaboração de proposta orçamentária anual pelo Ministério Público e repasse ao Poder Executivo para consolidação, verificação de compatibilização com a lei de diretrizes orçamentárias e ulterior envio ao Poder Legislativo, o legislador constituinte derivado ao promulgar a Emenda em tela, introduziu tre importantes regras:

- a) Caso o Ministério público não encaminhe a proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta financeira atual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias.
- b) Sempre que a proposta orçamentária do Ministério Público for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias, fica o Poder Executivo autorizado a proceder aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.
- c) Durante a execução orçamentária do exercício, é vedado ao Ministério Público realizar despesas ou assumir obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares.

### **3.4.2 Composição do Ministério Público**

Dispõe a Constituição Federal que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados.

O Ministério Público da União é dividido em quatro diferentes ramos a saber: o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

O Ministério Público da União é chefiado pelo Procurador-Geral da República. Este é nomeado pelo Presidente da República, desde que seu nome seja aprovado pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos permitida a recondução. O Procurador-Geral da República poderá ser destituído do mandato desde que haja iniciativa do Presidente da República e autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

O chefe do Ministério Público do Estado é o Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo Governador. Porém, o Procurador-Geral do Distrito Federal e Territórios é nomeado pelo Presidente da República. Sua destituição também se dará por maioria absoluta do Senado Federal.

As funções institucionais do Ministério Público estão enumeradas nos incisos do art.129 da Constituição Federal: promover privativamente a ação penal pública, zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. É importante ressaltar que a enumeração constitucional do Ministério Público não é exaustiva, podendo ele exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

### **3.4.3 O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas**

Estabelece a Constituição Federal que aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições constitucionais pertinentes a garantias, vedações e forma de investidura dos membros do Ministério Público. O Ministério Público atuará junto aos Tribunais de Contas com funções específicas, desempenhadas no âmbito das atribuições das respectivas Cortes de Contas.

A Constituição Federal pouco dispôs a respeito da estrutura desse Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, estabelece, tão-somente, que seus membros

terão os mesmos direitos, vedações e forma de investidura dos membros do Ministério Público comum.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os membros do Ministério Público que atuavam junto aos Tribunais de Contas integram a respectiva Corte de Contas, e não o Ministério Público comum. A partir desse entendimento, surgem outras duas orientações do Supremo Tribunal Federal a respeito desse Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas: sua organização é veiculada por meio de lei ordinária e a iniciativa dessa lei pertence à respectiva Corte de Contas.

## CAPÍTULO IV

### REEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

#### 4.1 Considerações gerais

Na a última década, a discussão em torno da reforma do Estado tornou-se um tema central na vida das sociedades modernas. Fenômenos como a globalização e a liberalização de mercados, que se consolidam como fortes tendências mundiais, acentuaram sobremaneira a crise do Estado brasileiro e a necessidade de reformas para adequá-lo à nova ordem social e econômica.

O processo de reengenharia do Estado, iniciando com o amplo programa de privatização de serviços públicos e de empresas estatais, além de profundas alterações no campo administrativo, cresce e atinge a própria estrutura e o funcionamento do Estado. O mundo vem se transformando em um processo natural.

O Estado precisa acompanhar essas transformações, adequar-se a elas, não podendo a tudo assistir passivamente. Deve retomar o seu papel original, hoje com muito mais responsabilidade, diante dos desafios da nova ordem mundial, sob pena de perder a confiança da sociedade e deixar de cumprir seus principais objetivos. Destarte, é imprescindível a reorganização e reformulação dos Poderes, visando à harmonia e à consolidação das instituições.

## 4.2 O Pacto Federativo

Para se estabelecer um maior equilíbrio na distribuição do poder, tanto em nível central como regional, é preciso retomar a idéia de subsidiariedade. De acordo com esse princípio, o poder deve aproximar-se mais dos cidadãos, ou seja, das instâncias menores, na busca de soluções dos problemas sociais. A subsidiariedade permite verificar que poderes podem ser delegados pelo Estado. Além disso, permite, identificar qual o modo adequado de exercício do poder estatal no sentido de haver um maior controle popular.

Para Michel Temer<sup>25</sup> a horizontalidade permite a separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, enquanto que a verticalidade propicia a distribuição de competências entre os membros da Federação. Nesse aspecto, é necessário fixar a noção de poder estatal como um sistema central e descentralizado, de maneira estruturante e não simplesmente funcional. Daí a importância do pacto federativo. José Renato Nalim<sup>26</sup> o define como a forma utilizada para a distribuição de poder entre os integrantes da Federação. Assim, o pacto federativo se dá através da distribuição das competências estabelecidas na Constituição Federal.

Embora a idéia de pacto federativo não esteja presente na cultura política brasileira, as constituições anteriores tiveram o papel, inicialmente de elaborar o pacto fundador da federação, e posteriormente, de ratificar os pactos federativos. Todavia, no Brasil, os pactos federativos não passaram de uma ficção constitucional. Na realidade, seria mais correto afirmar que, no período de 1889 até 1930, existiram pactos políticos entre as oligarquias. E, mais tarde, a partir dos anos 30, foram firmados pactos políticos entre as elites políticas e econômicas, durante o processo de edificação do Estado nacional.

Desse modo, segundo Paulo Vargas Groff<sup>27</sup>, os denominados pactos federativos são em realidade alianças, na maioria das vezes pouco explícitas, constituídas normalmente em torno de determinados seguimentos sociais. Para o

---

<sup>25</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 81-82.

<sup>26</sup> NALINI, José Renato. *Lições de uma pesquisa*. In: Revista da Escola Paulista de Magistratura, ano 1, n°3, p. 175, maio/out. 1997

<sup>27</sup> GROFF, Paulo Vargas. *A organização dos poderes políticos no Estado brasileiro*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n°71/72, agosto de 1989/ janeiro de 1990, pp.77-89.

citado autor, é preciso que haja um pacto político da totalidade do povo brasileiro, através de seus constituintes. Esse pacto também pode ser ratificado através de referendo nacional pelas delegações populares em, pelo menos, dois terços dos Estados. É o que se denomina de democracia consorciativa. Um pacto dessa natureza pode assegurar uma democracia, ao mesmo tempo, majoritária e respeitosa das minorias territoriais.

Sendo o Brasil um Estado federal, o poder é distribuído entre a União e as coletividades territoriais (regionais, estaduais e municipais). A União deve ser a representação de todas as coletividades (os grupos de indivíduos). A distribuição do poder deve obedecer ao princípio de subsidiariedade. Significa que a União deve ter apenas os poderes necessários para assegurar a unidade nacional. Assim, o essencial em um pacto federativo é a tomada de consciência das autoridades centrais a respeito da obediência ao princípio de subsidiariedade.

Para se manter um pacto federativo é necessário criar organismos encarregados da sua coordenação permanente. Tais organismos devem ter legitimidade para estabelecer o equilíbrio entre os representantes do governo central e dos governos regionais, bem como entre os governos regionais. Essa coordenação deve ser feita a partir de uma relação igualitária e de respeito e não de subordinação. Segundo Luís Roberto Barroso<sup>29</sup> a procura de consenso deve guiar as relações entre os organismos centrais e regionais, na manutenção do pacto federativo.

Reconstruir o pacto político é uma transição necessária para a reorganização do Estado brasileiro. Isso porque, dentro do contexto atual, ele não assegura nem a unidade nem a diversidade territorial. O pacto deve vir da base, de modo que o povo se sinta parte integrante e fundamental na construção de um novo Estado. O Estado deve reassumir seu papel principal, deve ser um instrumento da sociedade. Em consequência, deve estar a seu serviço e sob o seu controle permanente.

---

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.



### 4.3 O federalismo regional

A região é caracterizada como um espaço político, econômico, social, cultural, geográfico e histórico. É portadora de uma certa homogeneidade, surgindo para ocupar as lacunas entre as coletividades. Diversos autores compartilham a idéia de que o Estado federal é irreal. Portanto, as regiões poderiam estabelecer o equilíbrio do poder no sentido vertical e conferir legitimidade às coletividades, reduzindo a distância entre o Estado e os cidadãos. As regiões são formadas por Estados relativamente homogêneos no que se refere aos aspectos econômicos, históricos, políticos e culturais.

A Constituição atual não fez relevante progresso a respeito da questão regional. Trata apenas das políticas regionais ou das ajudas financeiras às regiões menos desenvolvidas. Apesar dessa lacuna, e pela primeira vez, uma constituição brasileira deu um estatuto constitucional às regiões. Além disso, a Constituição Federal de 1988 reservou uma seção especial, para tratar da ação administrativa da União em nível regional.

A distribuição geográfica do Brasil consolidaria cinco regiões, como sendo a base do federalismo regional: o Norte, o Nordeste, o Sudeste, Centro-Oeste e o Centro-Sul, como existem hoje. Assim, haveria o Estado regional, o Estado-Membro e o Estado federal. Esta nova divisão deixaria de concentrar sua atenção sobre os Estados, e menos ainda sobre os Municípios. Paulo Bonavides<sup>30</sup> sugere a criação de um estatuto de autonomia das regiões. Inicialmente só uma região seria criada, a região Nordeste, porque constituiria a experiência mais sólida de regionalização que existe no Brasil.

Uma reorganização regional do Brasil deveria conservar mais ou menos a divisão regional existente na atualidade, segundo entendimento de uma grande parte dos doutrinadores. Contudo, os Estados da região Centro-Oeste poderiam integrar outras regiões. Por exemplo, o Mato Grosso integraria a região Norte; o Mato Grosso do Sul pertenceria a região Sul, e Goiás iria para a região Centro.

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo, *A Constituição aberta – temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das Regiões*, São Paulo, Malheiros editores, 1996, p.338.

Nesta reorganização, o referido autor<sup>31</sup> propõe a criação das regiões Norte, Nordeste, Centro, Centro-Sul e Sul, em substituição às regiões administrativas existentes hoje. Segundo ele, essas novas regiões seriam homogêneas tanto nos aspectos histórico, cultural e geográfico, como do ponto de vista econômico, social e político.

A distribuição das competências surge como um elemento central em qualquer sistema político. É a divisão das competências que deve determinar se um Estado é centralizado ou descentralizado. Karl Loewenstein<sup>32</sup>, por exemplo, qualifica a distribuição das competências como "a chave da estrutura do poder central"; ou como "o elemento essencial da construção federal". As competências de todas as instâncias de poder devem estar previstas na Constituição. Conseqüentemente, a região pode ter o seu próprio estatuto, elaborado pela Assembléia Regional e sujeito ao Conselho Regional.

As competências das regiões poderiam expressar-se em diversas matérias, como a educação, a saúde, a cultura, a segurança interna, o processo administrativo, o direito eleitoral, agrário e penitenciário, o meio ambiente, a agricultura, o comércio regional, o transporte, e outras que pertencem hoje às competências privativas da União e às competências concorrentes da União e dos Estados-membros. No que diz respeito à participação dos Estados-membros no Congresso Nacional, ter-se-ia que definir, de forma bastante clara, os seus contornos para diferenciá-la das outras formas de Estado. Por exemplo, cada região seria representada no Senado Federal por cinco senadores. Desse modo, as Regiões teriam uma representação de vinte e cinco senadores.

O federalismo regional seria uma tentativa de reestruturar o Estado federal, estabelecendo um maior equilíbrio entre os entes federativos. De acordo com Paulo Vargas Groff<sup>33</sup>, as regiões iriam assumir papéis que hoje são da União. Com isso, teriam uma atuação mais de acordo com as peculiaridades regionais, em um país continental como é o Brasil. Portanto, com criação do modelo federativo regional, haveria quatro entes: União, Regiões, Estados e Municípios. As Regiões contribuiriam para fortalecer os Estados e Municípios e não o contrário.

---

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2002, p. 339

<sup>32</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p.114

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p.27-28.

#### 4.4 Executivo dualista

No relacionamento entre os três Poderes, ressalta-se a importância do Poder Executivo, em razão dos aspectos políticos e principalmente financeiros. Isso lhe permite ter uma grande dimensão em todo o território nacional. A concentração de poderes no Executivo atribui-lhe superioridade, tanto em relação aos demais Poderes da União, como aos demais membros da Federação. Essa concentração de poderes é responsável pelo desequilíbrio do poder estatal, devido ao modelo existente no Brasil. A relação entre o presidente da República e os governadores dos Estados tem sido geralmente de superioridade. O Presidente trata os governadores como se fossem seus subordinados.

Historicamente, o Congresso Nacional sempre garantiu maioria ao presidente da República, e isto retirou parte de sua independência. Além disso, os instrumentos utilizados pelo presidente da República para assegurar a maioria no Poder Legislativo geralmente envolvem troca de favores e relações de clientelismo. Em consequência o Senado federal não representa fielmente os Estados-membros; a Câmara dos Deputados também não representa devidamente o povo.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal raramente cumpre o seu papel de árbitro entre a União e os Estados federados e entre a presidência da República e o Congresso Nacional. Isso acontece, em parte, porque os contenciosos constitucionais de grande importância não chegam a ser analisados pela Suprema Corte. E, quando chegam, grande parte das suas decisões vai no sentido de reforçar o poder do presidente da República.

A dicotomia entre o presidencialismo majoritário e excludente, de um lado, e o federalismo consensual e integrador, de outro, faz parte da realidade brasileira. O federalismo, com a descentralização do poder, apareceu como uma alternativa possível à transição democrática na América Latina nos anos 80. No entanto, no entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>34</sup> “o presidencialismo constitui um obstáculo ao federalismo, porque o poder é centralizado excessivamente na figura presidencial, tanto no que se refere à distribuição horizontal como vertical do poder”.

---

<sup>34</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1987, p.68

No Brasil sempre houve um Estado muito forte, porque foi implantado antes da nação Para Paulo Bonavides<sup>35</sup>, a existência de um Poder Executivo forte vem reforçar a tese de que o Brasil nunca teve um federalismo autêntico e original, nem na distribuição de competências, nem nas instituições. Esclarece o autor que a medida provisória, a tecnocracia, a planificação autoritária e o presidencialismo centralizador são os fatores mais antifederativos no Brasil.

Na vigência da Constituição de 1967, o presidente da República tinha o poder de legislar através do decreto-lei. Com o advento da Constituição de 1988, esse instituto foi substituído pela medida provisória, que se transformou em instrumento autoritário nas mãos do Presidente da República. O grande problema da medida provisória era a sua sucessiva reedição, sem que o Congresso Nacional pudesse apreciar a matéria. Em setembro de 2001, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 32, que fez algumas alterações no instituto, inclusive proibindo a possibilidade de reedição.

#### **4.5 Um novo executivo federal**

O modelo de concentração do poder na figura do presidente da República torna muito difícil a administração do Estado. Como se sabe, no sistema presidencialista, o presidente da República acumula as atribuições de chefe de Estado e de chefe do Governo. No Brasil, essa situação ainda é agravada pelo fato de o país ter uma dimensão continental.

No referendo constitucional de 21 de abril de 1993, sobre a natureza do regime, o presidencialismo foi amplamente vitorioso, apesar da abstenção de 25,7% dos eleitores. O debate sobre a forma de governo no Brasil é também o reflexo de um sentimento generalizado de descontentamento em relação à personalização do poder.

O parlamentarismo é frequentemente apresentado por alguns doutrinadores como capaz de favorecer a consolidação democrática. Outros doutrinadores

---

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo, *Política e constituição. Os caminhos da democracia*, Rio de Janeiro:Forense, 1985, p.113.

entendem que, apesar dos problemas do presidencialismo, o parlamentarismo não seria o regime mais adequado. Os defensores do parlamentarismo alegam que esse modelo teve um grande êxito na Europa, contudo admitem que sua adoção encontraria dificuldades no Brasil. Nesse aspecto, dois obstáculos principais saltam aos olhos numa primeira análise: a escolha dos parlamentares e o regionalismo.

O Brasil é um dos países com maior desequilíbrio social do mundo, tendo em vista que minoria concentra a maior parte das riquezas. Historicamente, os partidos de direita e centro-direita têm sempre a maioria no Parlamento, porque a eleição depende em grande parte, de recursos financeiros. Além disso, a maioria dos eleitores tem um baixo nível de escolaridade, acrescentando-se a ausência de uma cultura democrática no Brasil.

Por sua vez, o regionalismo oferece inicialmente um problema de sub-representação de alguns Estados na Câmara dos Deputados. Há uma distribuição de vagas favorável às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (as regiões menos desenvolvidas) e desfavorável às regiões Sudeste e Sul (as regiões mais desenvolvidas). Esse modelo de representação assegura uma maioria parlamentar às regiões que são menos povoadas. Segundo Loureiro Júnior<sup>37</sup>, essas regiões poderiam sustentar, de maneira duradoura, o chefe de governo, porque os fatos demonstram que elas se reúnem quando os seus interesses estão em jogo.

O citado autor apresenta propostas de um modelo que, no seu entender, seria mais adequado à realidade brasileira. O Poder Executivo poderia dividir-se em dois: um chefe de Estado e um chefe do Governo. O chefe de Estado poderia ser eleito diretamente pelo povo, enquanto o Primeiro-Ministro seria designado e destituído pelo presidente da República. No entanto, poderia ser destituído pela maioria do Parlamento após o primeiro ano de governo, ou a qualquer momento por crime de responsabilidade. Após um ano do segundo governo, poderia haver a destituição do primeiro-ministro pela maioria do Parlamento.

No caso de uma segunda destituição, o presidente da República teria a seguinte escolha: ou aceitava que o Parlamento designasse o novo primeiro-ministro, ou dissolveria o Parlamento e convocaria novas eleições legislativas. Caso

---

<sup>37</sup> LOUREIRO, José Jr. *Parlamentarismo e presidencialismo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1962.

o presidente da República não obtivesse a maioria no Parlamento, convocar-se-ia uma nova eleição presidencial.<sup>38</sup>

Para garantir a governabilidade, a metade dos deputados seria eleita segundo a proporção de votos obtidos pelos partidos ou coligações na eleição presidencial. Isso evitaria que o presidente da república fosse eleito e tivesse uma minoria considerável, o que iria afetar o equilíbrio governamental. Neste caso, os candidatos à presidência da República que não fossem eleitos estariam legitimados para assumir cadeiras no Parlamento, sob a condição de que seus partidos ou coligações obtivessem o percentual mínimo de votos necessários.

Um modelo de Poder Executivo dualista poderia tornar a Administração Pública mais racional e eficaz. Ao mesmo tempo, possibilitaria uma maior responsabilidade política do Executivo frente ao Parlamento. Esse dualismo não seria igual àquele adotado no parlamentarismo. Nele, o governo seria conduzido pelo presidente da República, através de um primeiro-ministro de sua livre escolha, mas este teria uma grande parcela de responsabilidade junto ao Parlamento. Esse modelo de separação no Poder Executivo poderia estabelecer um equilíbrio de forças entre o presidente da República e o Parlamento. O sistema resultaria num presidente com alta legitimidade popular, sem, no entanto, governar de maneira isolada e sem concentrar demasiadamente o poder em suas mãos.

#### **4.5 A busca do reequilíbrio entre os poderes**

É imperativo que o Poder Executivo tenha a legítima atribuição de conduzir o país, dirigindo a nação e liderando a sociedade. O presidente da República deve ter o natural poder de governo, podendo atuar decisoriamente na solução dos problemas do país, quando necessário.

---

<sup>38</sup> Op. cit., p.78

Contudo, o exercício desse poder precisa de limites. Pela experiência das várias civilizações, o homem que tem poder é levado a abusar dele. O Executivo não pode abusar do poder, para que não seja violado o princípio fundamental da democracia.

Segundo esse princípio, todo o poder emana do povo. Há ainda o perigo de os cidadãos, em suas relações recíprocas, tenderem a seguir o exemplo do Executivo passando a não mais obedecer às leis existentes. A respeito desse princípio, Álvaro Rodrigues Bereijo<sup>40</sup>, do Tribunal Constitucional da Espanha, adverte:

A idéia do controle, em sentido jurídico-político, é consubstancial ao Estado Democrático de Direito. A ele responde o princípio da separação dos poderes com seu sistema de freios e contapesos (não é bom outorgar demasiado poder a um só) e o princípio geral dos sentimentos dos cidadãos e de todos os poderes públicos da Constitucional e de todo o ordenamento jurídico<sup>24</sup>.

A solução mais eficaz para prevenir o abuso no exercício do poder seria a transformação do Executivo, no sentido de que partilhasse o poder com um gabinete ou um ministério, que tivesse independência, não importando a caracterização do tipo de regime.

Por outro lado, a dependência entre os poderes seria atenuada se os cargos públicos considerados de confiança fossem estruturados a partir de um quadro permanente de funcionários efetivos. As nomeações seriam condicionadas à competência e à qualificação profissional do servidor, independentemente das mudanças ocorridas no governo. É esse o critério adotado nos Estados Unidos e nas democracias parlamentares européias. Mudam-se os gabinetes, porém permanece a estrutura dos servidores do Estado.

Outra idéia é alterar a fórmula da escolha dos parlamentares. Uma das propostas seria a realização de eleições num círculo relativamente reduzido, onde

---

<sup>40</sup> BEREIJO, Alvaro Rodrigues. *Los fundamentos constitucionales del control interno de actividad financiera del Estado*. Conferência Inaugural da "X Jornada de Control Interno em el Sector Público. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 05.

pudesse haver um contato direto entre candidato e eleitor, ou seja, uma forma de eleição distrital. Esse modelo de escolha contribuiria para a redução de erros e para uma maior vigilância sobre o eleito. Funcionaria ainda como um desestímulo à compra de votos e, por conseguinte, melhoraria o trabalho dos parlamentares.

Seria também importante que houvesse escolas de formação dos futuros aspirantes aos cargos de parlamentares e de governantes. Seriam verdadeiras “faculdades” onde a política, a história, os problemas de administração, a economia, o direito, a tecnologia e uma série de outras temáticas pudessem ser discutidas.. Nessas escolas, seriam avaliadas a capacidade de liderança e a idoneidade dos candidatos aos cargos públicos. Eles seriam habilitados à postulação de cargos e à seleção natural que todo o profissional, em qualquer setor, enfrenta na profissão escolhida<sup>41</sup>.

O problema do Poder Judiciário é o mais delicado e não menos importante. A Constituição em vigor propiciou um modelo de modo que, decisões políticas são postas sob o crivo do Poder Judiciário. Em consequência, esse poder fica sobrecarregado de processos, afetando todos os indivíduos. Essa sobrecarga resulta de mandados de injunção, de ações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, de ações civis públicas, de ações populares, de ações de impugnação de mandato etc.

Uma solução viável seria criar uma justiça constitucional, nos moldes europeus e também, uma justiça de contas, ambas especializadas. Com isto, as questões de ampla repercussão na opinião pública seriam analisadas por pessoas preparadas e especializadas na matéria.

Os critérios de acesso aos tribunais, é também outra questão que deve ser imediatamente enfrentada. Segundo Antonio Escostesguy Castro<sup>42</sup>, a sistemática atual de formação de listas plúrimas pelos próprios tribunais, com a escolha final pelo Poder Executivo, gera um processo que acaba por limitar a magistratura superior, terminando por submeter as cortes à vontade política das elites dominantes.

O fortalecimento do Poder Judiciário passa, necessariamente, pela discussão de novas formas de participação da sociedade na sua composição. Sendo o

---

<sup>41</sup> MARTINS, Ives Gandra. *O estado de Direito e o direito do Estado*, São Paulo: Bushatsky, 1977, p.146

<sup>42</sup> CASTRO, Antonio Escostesguy. *A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário*, In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, n 05, p.157-161, vol XIX, 1991.



---

Judiciário um poder do Estado, não há justificativa lógica, filosófica ou política, para que não se submeta a mecanismos de controle social. Portanto, cabe à sociedade estabelecer as formas de controle adequadas a cada tipo de função exercida pelos poderes públicos. E esse controle social deve também ser exercido sobre o Judiciário.

O esforço conjunto do Executivo, do Legislativo e do Judiciário certamente contribuirá para a efetividade da prestação jurisdicional. Quanto melhores e mais constitucionais forem as leis e os atos administrativos, menores serão os litígios judiciais e mais harmônicos serão os poderes.

A verdadeira independência e harmonia entre os poderes é a base da solução para boa parte dos problemas brasileiros. Porém, essa medida só se tornará realidade com o exercício, pelo povo, do direito público da fiscalização constitucional das ações governamentais: “controle popular” ou “controle social do poder”<sup>43</sup>. Deve haver uma participação mais efetiva da população, influenciando na formação da vontade normativa do Estado, obrigando-o a elaborar as normas que atendam as aspirações sociais, como verdadeira expressão de poder que detém, em face do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>43</sup> Op. cit., p.158.

## CAPÍTULO V

### A CONSTITUCIONALIDADE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1967 previa, em sua redação, a criação do Conselho Nacional da Magistratura como órgão do Poder Judiciário. Tal órgão seria composto por sete ministros, sendo que sua atribuição era de natureza eminentemente correcional, ou seja, tinha por função retificar os atos dos magistrados. A atual Constituição desconheceu essa previsão. Ademais garantiu aos tribunais o autogoverno, assegurando a competência privativa para processar seus magistrados em todos os casos de infrações disciplinares.

A emenda Constitucional nº45 implantou o sistema de controle externo da magistratura, instituindo o Conselho Nacional de Justiça. Esse órgão é composto por quinze membros, com mandato de dois anos, admitida uma recondução. Sobre essa inovação no texto constitucional, entende Alexandre de Moraes<sup>43</sup>

A criação de um órgão autônomo e externo ao Poder Judiciário, com a missão de fiscalizá-lo e controlá-lo, acabaria por desprestigiar flagrantemente os arts. 2º e 60 da Constituição Federal, configurando-se, em uma intervenção dos demais poderes na magistratura, que ficaria submetida hierárquica e politicamente a um órgão político, composto por integrantes pertencentes aos demais poderes ou instituições estatais, e em consequência, haveria o grave risco de comprometimento da imparcialidade dos magistrados

---

<sup>43</sup> MORAES, Alexandre. *Direitos humano fundamentais: teoria geral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005 p.65-75.

Tal entendimento também é esposado por outros doutrinadores, dentre eles Michel Temer<sup>44</sup>. Após analisar a imprescindibilidade de independência do Judiciário, assinala:

O Conselho Nacional de Justiça será um outro poder, independente dos demais. Será composto, inafastavelmente, por membros de correntes partidárias ou funcionais que farão nascer, se não diretamente, pelo menos indiretamente, nefasta influência na decisão judicial. Não desejo dizer, com isso, que o juiz será intimidado pelo Conselho. Haverá, porém, nítida preocupação do juiz com o Conselho, de composição heterogênea, com membros nem sempre conhecedores da arte jurisdicional. Se as constituições primaram sempre por evitar até mesmo a injunção interna do poder decisório, como admitir que um órgão externo ao Judiciário venha a fazê-lo?

Compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. No entanto, resta saber se o órgão é realmente constitucional, tomando por base os julgamentos recentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Em vários julgados, o STF já havia se manifestado pela impossibilidade de se fazer o controle externo da magistratura, em âmbito estadual, sob pena de restar configurada violação à norma contida no art. 2º da Constituição Federal. Esse dispositivo estabelece a separação dos poderes.

O Supremo Tribunal Federal não admite a criação de mecanismos de controle externo do Poder Judiciário que não tenham sido previstos pelo legislador constituinte, sob pena de violação à cláusula pétrea que consagra o princípio da separação dos poderes. No caso do Poder Judiciário, são corolários dessa separação o autogoverno dos Tribunais, bem como sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária.

---

<sup>44</sup> Op. cit. p. 77-78

É o que se depreende do julgamento da ADIN 135/PB, cujo relator foi o Min. Octavio Gallotti. Julgada em 21 de novembro de 1996, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o artigo da Constituição do Estado da Paraíba que estabelecia a criação do Conselho Estadual de Justiça. Seria um órgão que exerceria função precípua seria o controle da atividade administrativa do Poder Judiciário, avaliando o desempenho dos deveres funcionais dos seus membros.

Esse entendimento da Suprema Corte deu origem a vários debates acerca da inconstitucionalidade de dispositivos que tivessem normas semelhantes. Além disso, serviu como paradigma para vários outros julgamentos no mesmo sentido. Idêntica decisão foi tomada em relação aos Estados do Pará e do Mato Grosso, que instituíram, no âmbito estadual, o controle externo do Poder Judiciário. Tais atos foram declarados inconstitucionais. Transcreve-se abaixo o teor do julgado:

O princípio da separação e independência dos poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa. Por isso, quando erigido no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados – membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. (...) Poder Judiciário: controle externo por colegiado de formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros Poderes: inconstitucionalidade de sua instituição na Constituição do Estado-membro. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário – além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária – reputa-se corolário da Independência do poder (ADIn 135 – Pb, Gallotti, 21-11-96). Viola-se, pois, a instituição de órgão chamado controle externo, com a participação de agentes e representantes dos outros poderes do Estado. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes. Lá, os conselhos superiores de magistratura representaram um avanço significativo no sentido de independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder para administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da

magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo. A mesma instituição, contudo, traduzia retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a idéia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos tribunais.<sup>44</sup>

Como resultado desse entendimento, o STF editou a Súmula 649, com o seguinte teor: “É inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades.”

Portanto, o STF rejeitou qualquer tipo de interferência ou controle de outras entidades ou poderes no controle de Judiciário. Rejeitou, também, qualquer outra forma de ação que acabe, mesmo que indiretamente, violar a autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário. Tais garantias são conseqüências diretas do art. 2º da Constituição Federal que consagra o princípio da separação dos poderes. Álias, convém lembrar que esse princípio foi erigido à categoria de cláusula pétrea. A esse respeito afirma Pedro Lenza<sup>45</sup>

Assim, malgrado os referidos pronunciamentos tenham sido fixados em apreciação do trabalho do poder constituinte derivado decorrente( o poder que os Estados-membros têm de elaborar as suas próprias constituições – art 25 da CF, c/c o art. 11 do ADCT) pela análise dos referidos votos, parece que o mesmo entendimento poderá ser proferido em sede de efetiva manifestação do poder constituinte derivado reformador materializada na EC n. 45/2004, estando, se assim for, fadada à declaração de inconstitucionalidade, que já em certa medida a regra proposta atribui a um órgão externo o controle da atuação administrativa e financeira, bem como deveres funcionais dos magistrados, podendo, inclusive, como visto e para se ter um exemplo, determinar a remoção, a disponibilidade ou a

---

<sup>44</sup> STF – Pleno – Adin n°98-5/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, seção I, 31 out. 1997, p. 55.539.

<sup>45</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9 ed. São Paulo: Ed. Método, 2005, p.429.

---

aposentadoria dos magistrados, além da aplicação de outras sanções administrativas.<sup>4</sup>

No entanto, é importante salientar que devem ser preservadas todas as garantias de autogoverno, autonomia financeira e administrativa e orçamentária do Poder Judiciário. Se tais direitos forem violados, estaria se configurando grave afronta à Constituição Federal, mais especificamente em relação uma de suas cláusulas pétreas: a separação dos poderes.

Contudo, ao que parece, o STF reviu seu entendimento sobre a matéria. No dia 9 de dezembro de 2004, foi ajuizada uma ADIn pela – Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Nessa ação, a entidade questiona a constitucionalidade do CNJ por afronta aos art. 2º e 18 da CF, alegando-se também seu vício formal.

Analisando a matéria, no dia 13 de abril de 2005, o STF afastou o vício formal de inconstitucionalidade, como também não conheceu dos fundamentos presentes no parágrafo 8º do art. 125 da CF. No que concerne ao mérito, acabou por julgar totalmente improcedente a ação, considerando constitucional o Conselho Nacional de Justiça.

---

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a independência e a harmonia entre os poderes, consagrada na Constituição, não é plenamente exercitada na prática.

No sistema político brasileiro, os poderes Executivo e Legislativo são os que mais buscam o poder político, e, em consequência, são os mais dependentes entre si. Um das causas dessa dependência está também no atual processo eleitoral e no sistema partidário, que tornam os dois poderes reféns um do outro. Portanto, é imprescindível uma profunda alteração nesse modelo, além da separação entre as funções políticas de cada poder para que exista liberdade.

A estruturação do poder deveria adotar uma nova sistemática de “separação dos poderes”. Deveria, além disso, fazer-se uma reorganização dos Estados da Federação, para que houvesse um ajustamento do papel do Estado no mundo contemporâneo. Exige-se um modelo de executivo capaz de governar, um Parlamento, dedicado ao controle público e Judiciário com procedimentos simplificados, para aceleração da prestação jurisdicional.

É inegável que os poderes devem ser independentes. Entretanto, não há como negar a necessidade do controle mútuo, para um melhor desempenho de prerrogativas constitucionais. As leis complementares e ordinárias, emanadas dos anseios da sociedade também, têm importante função para o equilíbrio entre os poderes. Por isso, é preciso desenvolver a consciência nos cidadãos. É preciso estimular a população para a constante e reiterada participação na realização das atividades estatais e na constante vigilância na aplicação dos recursos públicos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: 2 ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1988.

BEREJO, Álvaro Rodrigues. *Los fundamentos constitucionales del control interno de actividad financiera del Estado*. Conferência inaugural das “X Jornadas de Control Interno em Sector Publico”. In: Revista Trimestra Ide Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, n.06, p.05, abr/jun. 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta – temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*, São Paulo, Malheiros editores, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição. Os caminhos da democracia*, São Paulo, Malheiros Editores, 1985.

BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre controle social do poder e participação popular*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, 1991.



---

CASTRO, Antônio Escostesguy. *A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário*. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, n05, vol XIX, 1991.

DALLARI, Dalmo. *Teoria geral do Estado*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reforma do Estado*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 201.

FILHO, Valmir Pontes. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROFF, Paulo Vargas. *A organização dos poderes políticos no Estado brasileiro*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n°71/72, agosto de 1989/ janeiro de 1990.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9 ed. São Paulo: Ed. Método, 2005.

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

LOUREIRO, José Jr. *Parlamentarismo e presidencialismo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1962.

MARTINS, Ives Gandra. *O Estado do direito e o direito do Estado*. Coleção Jurídica. São Paulo: Bushatsky, 1977.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946, Tomo I*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEQUET, L. *Poder Judiciário e constituição*. In: *Ajuris*, n. 04, 1977.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Vol. V, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965.

SILVEIRA, José Nery da. *A independência do Poder Judiciário e dos magistrados*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n.04, out/dez, 1993.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo. Malheiros, 2005.