

Guilherme Newton do Monte Pinto

A RESERVA DE JURISDIÇÃO

São Paulo

2009

Guilherme Newton do Monte Pinto

A RESERVA DE JURISDIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito para a outorga do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio

São Paulo

2009

P659r Pinto, Guilherme Newton do Monte.

A Reserva de Jurisdição/Guilherme Newton do Monte Pinto –
São Paulo, 2009.
306 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

Bibliografia: f. 295 – 306.

1. Teoria do Estado. 2. Reserva de Jurisdição. 3. Poder Judiciário.
4. Separação de Poderes. 5. Função Jurisdicional. I Título.

SP/Biblioteca

CDD: 341.4651

Guilherme Newton do Monte Pinto

A RESERVA DE JURISDIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito para a outorga do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. André Ramos Tavares
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Sidnei Agostinho Beneti
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - SP

À minha esposa Flávia, pela constante e decisiva presença; aos meus filhos Lucas e Thaís, pela compreensão da ausência; e ao meu pai Newton Pinto, que na presença ou na ausência foi sempre o manancial de minha formação jurídica e pessoal.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Nair, em primeiro, absoluto e indisputável lugar, que nesta como em todas as outras jornadas de minha vida sempre soube conciliar saudade e incentivo.

A meu filho Luis Guilherme, que foi gerado, veio ao mundo e foi se desenvolvendo junto com este trabalho, contrapondo, com sua contagiante alegria, os inevitáveis momentos de angústia e tensão.

Ao professor Gianpaolo Smanio, meu orientador e incentivador, acadêmico nato, dedicado e competente, sempre seguro e tranquilo na condução dos rumos deste trabalho.

Ao professor André Ramos Tavares, pelos ensinamentos profundos e seguros e pela reflexão constitucional sempre perspicaz e inovadora e ao Ministro Sidnei Agostinho Beneti, que mais uma vez, repetindo o que se verifica há quase dez anos, manifesta a sua amizade e o seu desprendimento, demonstrando que é possível unir conhecimento, experiência e sucesso profissional com serenidade e humildade.

Aos professores Jacintho Arruda Câmara, conterrâneo e amigo, referência profissional e acadêmica para os jovens talentos potiguares que se aventuram por São Paulo, e Pedro Demercian, jurista de sempre novas perspectivas, que muito contribuíram e incentivaram, fazendo de minha banca de qualificação um momento de profunda reflexão jurídica.

Aos meus professores do Mackenzie, que abriram novos horizontes em meu pensamento jurídico, em particular Hércio Ribeiro, Alysson Mascaro, José Carlos Francisco, Siqueira Neto, Gilberto Bercovici e Ari Solon e, com particular carinho, à professora Mônica Herman Caggiano e ao professor Claudio Lembo.

Ao Desembargador Heraldo Silva, amigo antigo, constante e fiel, pelo apoio de todas as horas e pela amizade inabalável e incondicional, que sempre me acolheu e me integrou na magistratura paulista.

Aos poucos e bons amigos que faziam das tardes de sábado o lado profano desta tarefa quase religiosa que é escrever uma dissertação de mestrado, em especial a Juliano Barbosa, jovem e promissor advogado e embaixador potiguar nas terras paulistanas.

Ao Poder Judiciário do Rio Grande do Norte, através do Tribunal de Justiça, pela visão institucional que tem permitido o aperfeiçoamento dos seus magistrados e aos colegas que dele me mandaram notícias, particularmente Sulamita Pacheco, Gustavo Bezerra e Francisco Pinto, e em especial a Sérgio Maia e Raimundo Carlyle, que vieram trazê-las pessoalmente.

Aos que, na minha ausência, conduziram com zelo e eficiência a 6ª Vara Criminal, destacadamente a Dra. Tálita Maranhão, e aos meus incansáveis servidores, capitaneados por Neo Neto e Larissa Nóbrega.

RESUMO. A Separação de Poderes, em sua concepção histórica, deve ser vislumbrada em suas múltiplas dimensões – social, jurídica, política e orgânico-funcional – e se é certo que atualmente não mais se contemplam as dimensões social e política, tem ela, no atual estágio do Estado Constitucional contemporâneo, o exato significado da conciliação, do equilíbrio e da harmonia entre as suas dimensões política e orgânico-funcional, tendo em vista que busca atribuir a cada órgão constituído determinadas funções que permitam, dentro de um sistema de *checks and balances*, de harmonia, de coordenação, de interdependência, de cooperação, se chegar ao equilíbrio político mais pleno que se possa alcançar e, ao mesmo tempo, objetiva, na medida do possível, e sem prejudicar o equilíbrio perseguido, atribuir as funções de acordo com a constituição, a capacidade, a formação, a composição, enfim, o perfil, a vocação e a habilidade específica de cada órgão, o que implica dizer que, não obstante não possa haver uma atribuição com ares de exclusividade, se deve dar a cada órgão uma função preponderante. A Reserva de Jurisdição, por sua vez, estando ao mesmo tempo a serviço da adequação orgânica e eficiência funcional, no momento em que preserva, para os órgãos jurisdicionais, o pleno exercício da função que, por critérios de adequação e eficiência, lhe é constitucionalmente atribuída, bem como, também, do equilíbrio político, visto que, focando-se apenas em um núcleo essencial mínimo da função tipicamente jurisdicional, afasta e repudia a correlação absoluta entre órgão e função e a exclusividade funcional típica de uma Separação rígida que, como visto, conduziria invariavelmente à supremacia de um Poder e, portanto, ao desequilíbrio político, nada mais faz do que reproduzir a ideia e os fins contidos no que se denominou de dimensões orgânico-funcional e política da Separação de Poderes, pelo que se pode afirmar que constitui atualmente a mais incisiva e fiel manifestação da Separação de Poderes, tal qual esta se apresenta no Estado Constitucional contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE. Reserva de Jurisdição. Poder Judiciário. Separação de Poderes. Função Jurisdicional.

ABSTRACT. The separation of powers, in its historic design, should be glimpsed in its multiple dimensions – social, legal, political and organic-functional – and if it's certain that currently it's not taken into account its social and political dimensions, it has, in the current stage of contemporary constitutional State, the exact meaning of conciliation, equilibrium and harmony between its political and organic-functional dimensions, once it seeks to assign to each established organ certain functions that allow, within a system of checks and balances, harmony, coordination, interdependence, cooperation, to reach a more complete political balance as possible and aiming, at the same time, as far as possible and without harming the pursued balance, to assign functions in accordance to the Constitution, the capability, training, composition, in short, the profile, the vocation and the specific ability of each body, which means that, despite the impossibility of an exclusive attribution, each organ must have a preponderant function. The reservation of jurisdiction, in turn, while available at the same time to organic arrangements and functional efficiency, at the moment that preserves, to the courts, the full exercise of the function that, based on adequacy and efficiency standards, it is constitutionally assigned, as well as the political balance, since focused only on a minimum essential nucleus of typically jurisdictional function, deviates and repudiates the absolute correlation between organ and function and the typical functional exclusivity of a rigid separation that, as seen, would invariably conduct to the supremacy of only one power and, therefore, to a political imbalance, does nothing more than reproduce the idea and the purposes contained in what we call organic-functional and political dimensions of the separation of powers, so we can say that it's currently the most incisive and faithful expression of separation of powers, as it stands in contemporary constitutional State.

KEY-WORDS. Reservation of Jurisdiction. The Judiciary. Separation of Powers. Jurisdictional Function.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

PARTE I

A SEPARAÇÃO DE PODERES:

Pressuposto Teórico e Constitucional da Reserva de Jurisdição

Notas Preambulares	26
--------------------------	----

CAPÍTULO 1

A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IDEIA E SUA QUADRIDIMENSIONALIDADE HISTÓRICA	31
--	----

1.1 Dimensão Social da Separação de Poderes: a Constituição Mista e a Separação de Poderes como Forma de Equilíbrio Social	32
1.2 Dimensão Política da Separação de Poderes: a Balança dos Poderes e a Separação de Poderes como Forma de Equilíbrio Político.....	38
1.3 Dimensão Jurídica da Separação de Poderes: o <i>Rule of Law</i> e a Separação de Poderes como Garantia das Liberdades Individuais ...	42
1.4 Dimensão Orgânico-funcional da Separação de Poderes: a Distinção Material das Funções do Estado e a Busca de Adequação Orgânica e Eficiência Funcional	46

CAPÍTULO 2

A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO DOCTRINA	50
2.1 O Pensamento Antecessor de Locke	50
2.2 A Doutrina Quadridimensional de Montesquieu	58
2.3 Concepções Subsequentes	74
2.3.1 Rousseau e a Separação de Poderes no Contexto da Supremacia do Legislativo	75
2.3.2 A Proposta Alternativa de Benjamin Constant	85
2.3.3 A Crítica Consistente de Carré de Malberg	89
2.3.4 A Nova Tripartição de Karl Loewenstein	98

CAPÍTULO 3

A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	107
3.1 Dois Debates Fundamentais	107
3.1.1 A Assembleia Nacional de 1789 e o Debate Francês	108
3.1.2 O Debate em Torno da Constituição Norte-americana e dos <i>Checks and balances</i> e a Contribuição dos Federalistas	114
3.2 A Separação de Poderes como Elemento do Estado Constitucional	119
3.3 A Separação de Poderes na Evolução do Estado Constitucional: do Estado de Direito Liberal ao Estado Democrático de Direito	122
3.4 As Dimensões da Separação de Poderes no Estado Constitucional Contemporâneo	132
3.5 A Separação de Poderes no Constitucionalismo Brasileiro	143

CONCLUSÃO DA PARTE I

O Significado Atual da Separação de Poderes	153
---	-----

PARTE II O PODER JUDICIÁRIO E A RESERVA DE JURISDIÇÃO

CAPÍTULO 4

O PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	161
4.1 O Poder, os Poderes e os “poderes”	161
4.2 Poder, Função, Atribuição e Competência	165
4.3 O Poder Judiciário	178
4.4 A Função Jurisdicional	184
4.5 Atribuições Judiciárias	199
4.6 A Prestação Jurisdicional em uma Visão Panorâmica: do Apogeu Institucional do Judiciário à Crise Funcional e Política	208
4.6.1 O Apogeu Institucional do Judiciário	208
4.6.2 A Crise Funcional e Política e a Necessidade do Reequilíbrio Político e da Readequação Funcional	212

CAPÍTULO 5

A RESERVA DE JURISDIÇÃO.....	224
5.1 Uma Primeira Noção de Reserva de Jurisdição	224
5.2 A Visão da Doutrina Brasileira e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Reserva de Jurisdição	228
5.3 Reserva Jurisdicional na Doutrina Constitucional Portuguesa	236
5.3.1 Canotilho: Monopólio Jurisdicional; <i>Crítério das Duas Palavras</i> ; <i>Reserva de Juiz e Reserva de Tribunal</i>	237
5.3.2 Paulo Rangel: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial	244
5.4 Elementos para uma Classificação de Reserva de Jurisdição Conceitualmente Adequada e Adaptada ao Direito Brasileiro	254
5.4.1 Duplo Sentido da Reserva de Jurisdição: Reserva da Jurisdição e Reserva para a Jurisdição	255
5.4.2 Reserva Absoluta e Reserva Relativa de Jurisdição	257
5.4.3 Reserva de Jurisdição Excludente e Não Excludente	259
5.4.4 Reserva Geral e Reservas Específicas de Jurisdição	260
5.4.5 Uma Última Palavra sobre a classificação da Reserva de Jurisdição	263
5.5 Uma Definição Mínima de Reserva Geral de Jurisdição	264
5.6 A Delimitação Jurisprudencial da Reserva Geral de Jurisdição	269
5.6.1 A Necessidade de uma Delimitação Jurisprudencial	269
5.6.2 A Delimitação Jurisprudencial como Forma de Clareamento dos Limites entre as Funções do Estado e de Preservação da Plenitude da Função Jurisdicional	271

CONCLUSÃO DA PARTE II

A Reserva de Jurisdição como Manifestação Contemporânea da Separação de Poderes	281
---	-----

CONCLUSÃO FINAL	284
------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	295
---------------------------	-----

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por tema **A RESERVA DE JURISDIÇÃO**, aqui entendida em sua concepção mais larga e abrangente, cujo significado engloba uma multiplicidade de sentidos e denominações, ultrapassando o conceito preponderantemente restrito que lhe é comumente imposto.

Acentua-se, inicialmente, que o que aqui se denomina Reserva de Jurisdição não se confunde com o que a doutrina brasileira chama de princípio da “inafastabilidade da função jurisdicional”, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ainda que tal princípio seja pressuposto da mesma. Também não se restringe às reservas específicas constitucionalmente atribuídas ao juiz, como é o caso da decretação de prisão (art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal) ou da restrição de alguns direitos fundamentais (art. 5º, inciso XII, do mesmo diploma legal).

A temática exige uma abordagem própria e ampla do que aqui se denomina Reserva de Jurisdição e confere à mesma conotação que não se confunde com a conceituação normalmente restrita da doutrina tradicional, sendo necessário, para que se chegue a tanto, que se desvendem as diversas acepções da expressão.

Canotilho, por exemplo, sob o título de Reserva Jurisdicional e à luz do que se costuma chamar de *critério das duas palavras*, distingue *Reserva de Tribunal* ou, ainda, *Reserva da Via Judiciária* – entendida como o direito de acesso aos tribunais – da chamada *Reserva de Juiz*, que consiste em uma reserva total da função jurisdicional para a decisão de certas questões. No primeiro caso – *Reserva de Tribunal* –, ainda que legítima a intervenção inicial de outros órgãos, pessoas ou autoridades, reserva-se ao Judiciário a última palavra sobre a questão, ou seja, preserva-se sempre o direito de acesso à Justiça, o que ocorre normalmente quando se trata de litígios comuns da vida privada ou mesmo de violação de direitos de particulares pelo Estado. No segundo caso – *Reserva de Juiz* –, verifica-se que em certos litígios compete ao juiz não só a última e decisiva palavra como também a

primeira palavra, caso em que há Reserva Absoluta de Jurisdição, como, por exemplo, na decretação de uma prisão¹.

Ao estabelecer explicitamente a Reserva de Jurisdição, seja na forma absoluta prescrita para certas questões (Reserva de Juiz), seja de forma relativa, decorrente da inafastabilidade da função jurisdicional (Reserva de Tribunal), o mestre de Coimbra apenas apresenta uma distinção quanto ao exercício desta Reserva, estabelecendo ser da competência do órgão jurisdicional tratar da matéria desde o início da questão, excluindo-se sua apreciação por outros órgãos, ou somente como instância final qualificada, para a qual se recorre quando o conflito não se soluciona em vias não jurisdicionais.

Não se deixa de perceber, entretanto, a partir dos próprios ensinamentos do autor, um conteúdo material da função jurisdicional, decorrente do postulado da Separação de Poderes e da necessária independência do Poder, a que se atribui, preponderantemente e de forma diferenciada de outras funções estatais, a função de julgar e que adentra no campo da própria substância dessa função, ensejando, assim, uma Reserva também material dessa função estatal.

É neste sentido que Canotilho afirma que “a independência judicial postula o reconhecimento de uma reserva de jurisdição entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional” e acrescenta que “esta reserva de jurisdição actua simultaneamente como limite de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional”².

É aí que se pretende buscar o sentido geral do que aqui se chama de Reserva de Jurisdição, sem deixar, de considerar, entender, comparar e até classificar as diversas acepções comumente atribuídas ao termo, iniciando-se a tarefa – árdua, no mais das vezes –, de encontrar seu exato sentido, sua origem, seu embasamento teórico, sua fonte constitucional, trazendo parâmetros para a sua definição e para o estabelecimento do seu alcance.

O pressuposto teórico e constitucional da Reserva Material de Jurisdição, como já referido, é a Separação de Poderes, o que exige, em um primeiro momento, seu exame aprofundado.

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 668-669.

² *Ibidem*, p. 664.

Salienta-se, por necessário, que não se ignora a amenização feita pela doutrina mais moderna e autorizada à rigidez outrora gozada pela Separação de Poderes – um dos pilares da ideia central do presente trabalho –, a qual não se dá desarrazoadamente – frisa-se –, mas embasada em análise empírica, questão que, aliás, se pretende enfrentar a partir do exame crítico de sua evolução na história até o atual estágio de nosso constitucionalismo.

Tal exame necessariamente deve passar pela compreensão – menos superficial do que a habitual – do real significado da Separação de Poderes. É preciso compreendê-la em sua integralidade, seja como ideia, como doutrina ou como princípio constitucional, para que se possa entender o motivo pelo qual, utilizando a expressão de Piçarra, a Separação de Poderes “tem sido tomada em múltiplas acepções, algumas incompatíveis entre si, o que a torna um dos mais confusos termos do vocabulário do pensamento político e constitucional”, justificando o fato de “o princípio da separação de poderes ter gerado, ao longo de seus dois séculos de existência constitucional, a maior controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à apologética”³.

A sua exata compreensão, aliada à percepção das diversas ideias que compuseram a sua construção teórica, permitirá vislumbrá-la em um patamar acima das diversificadas – porém costumeiramente parciais – visões sobre o seu atual estágio e mesmo sobre sua persistência real como princípio constitucional, o que tem gerado manifestações muitas vezes equivocadas a respeito. Só então poder-se-á formar uma opinião mais nítida e segura sobre o seu verdadeiro alcance e significado no constitucionalismo atual.

Assim, faz-se necessário examinar a Separação de Poderes desde o momento em que ela ainda constituía ideia não totalmente autônoma, inserida no contexto da Constituição mista e de sua busca por equilíbrio social, ou da *Rule of Law* e sua concepção como garantia das liberdades individuais e até mesmo no contexto da balança dos Poderes, em sua original concepção inglesa, de equilíbrio político, sem se esquecer da concepção a partir da distinção material das funções estatais, com a finalidade de busca da adequação orgânica e da eficiência funcional. Daí aflorar a Separação de Poderes em quatro dimensões distintas e historicamente concebidas, a saber: social, jurídica, política e orgânico-funcional.

³ PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e como Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 11-12.

Também se impõe o exame da Separação de Poderes como doutrina sistematicamente elaborada, donde se torna imprescindível adentrar na concepção e no verdadeiro significado da contribuição de Montesquieu, principalmente pela centralidade que esse pensador ocupa no mundo das idéias políticas, analisando-se desde o pensamento que o antecede, de autoria de Locke, até a divergência com o pensamento de Rousseau e as concepções subsequentes, em especial aquelas que, embora críticas, contribuíram para formatar a ideia atual que se tem da Separação de Poderes, pelo que se focará, ainda que brevemente, as construções teóricas de Benjamin Constant, Carré de Malberg e Karl Loewenstein.

Por fim, enfatizar-se-á também a Separação de Poderes como princípio constitucional que se caracteriza como elemento de determinado tipo de Estado, desde a sua concepção liberal até a sua configuração contemporânea, donde surge a atual concepção de Separação de Poderes. Neste particular, de suma importância será avançar sobre o exame de dois debates fundamentais que, no momento da passagem da Separação de Poderes de doutrina para princípio, nortearam o processo de institucionalização, quais sejam: o debate que surgiu na Assembleia Nacional Francesa de 1789 e o que se deu em torno da Constituição norte-americana de 1787, fomentado pelos Federalistas, com seus *checks and balances*.

O ponto de chegada dessa análise será a identificação do atual significado que a Separação de Poderes apresenta para o Estado Constitucional contemporâneo, o que exige uma prévia reflexão sobre todos os perfis que tal tipo de Estado assumiu, desde sua feição liberal, passando por sua manifestação predominantemente social, até sua conotação contemporânea – na qual assimila e incorpora, em essência, os valores do Estado de Direito e do Estado Democrático.

Pretende-se concluir que a Separação de Poderes, à medida que persiste na missão de alcançar o equilíbrio político entre os órgãos que exercem o Poder Político do Estado e, ao mesmo tempo, a adequação orgânica e a eficiência funcional, a partir da distinção material das funções estatais, tem, atualmente, o exato significado da conciliação, do equilíbrio e da harmonia entre as suas dimensões política e orgânico-funcional.

Feita essa incursão pela compreensão da Separação de Poderes, acentua-se que, para se chegar ao verdadeiro conteúdo da Reserva de Jurisdição que aqui se apregoa, o princípio separativo em si, vinculado apenas a ideias, doutrinas ou mesmo à sua própria literalidade, de onde a Reserva decorre e onde busca seu

sentido e sua razão de ser, é, entretanto, absolutamente insuficiente, já que tal princípio não permite que se irradie mais do que a certeza da existência de um núcleo material essencial e típico da função jurisdicional, sem permitir avançar concretamente sobre o seu alcance e limites.

Por esta razão, há de se buscar, no texto constitucional do qual se pretende extrair o princípio – no caso brasileiro, a Constituição de 1988 – as normas que, em conjunto, fazem exsurgir um sistema em que as funções dos três Poderes estatais normalmente instituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário – se explicitam, se integram e se harmonizam, formando um todo que, se por um lado se entrelaça em adequada harmonia, por outro preserva a independência de cada uma das estruturas de Poder.

A partir dessas normas consideradas em seu todo e, ao mesmo tempo, em sua significação individual, acreditamos ser possível extrair-se um conteúdo, se não exato e preciso, pelo menos mínimo daquela função, parcela do Poder Estatal como um todo que se pode identificar materialmente como função jurisdicional e que é constitucionalmente atribuída à estrutura de Poder identificada como Judiciário.

Acentua-se que o formato identificado no atual estágio da Separação de Poderes, do qual emana um panorama de entrelaçamento e harmonia entre os Poderes mais acentuado que outrora, a ponto de se falar em “cooperação de Poderes” – em substituição ao termo “separação” –, não é suficiente para afastar a identificação de um conteúdo mínimo inerente e exclusivo à função jurisdicional e ao órgão do Poder Judiciário. Ao contrário, tal formato acentua os contornos que protegem o núcleo essencial dessa função, tornando-o imune à penetração das funções atribuídas aos demais Poderes, sob pena de se desfigurar o ainda imprescindível – tanto que presente em praticamente todos os sistemas constitucionais modernos⁴ – princípio da Separação de Poderes.

Em outras palavras, a crescente interpenetração das funções atribuídas a cada um dos Poderes – realidade constatada pelos mais respeitáveis teóricos do tema – em vez de desautorizar a ideia de uma Reserva de Função que se possa atribuir a cada um dos Poderes – neste caso, especificamente, ao Judiciário –, evidencia a necessidade e a existência de tal Reserva e torna certo que, sob pena

⁴ Observa Piçarra, invocando Di Ruffia e Kägi, que “só no Estado da Cidade do Vaticano, o princípio não é explicitamente acolhido”. PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e como Princípio Constitucional*, p. 11.

de ser considerada inócua a instituição de Poderes autônomos, independentes e diferentes, a Constituição quis e concebeu um sistema de Separação de Poderes em que, a despeito da harmonia das respectivas estruturas e mesmo do entrelaçamento das funções atribuídas a cada um deles, se preserva para cada um e em particular para o Judiciário um conteúdo material funcional típico, ou seja, um núcleo essencial de função jurisdicional.

Chegamos, pois, ao conteúdo geral da Reserva de Jurisdição.

De posse da noção de um conteúdo geral da Reserva de Jurisdição, avançará o trabalho em busca de uma sistematização de suas diversas concepções – a esta altura, já conduzindo e direcionando o foco de observação, por necessário, para um ordenamento constitucional específico, no caso, o brasileiro –, mas não sem antes fazer um exame e uma análise da visão que atualmente tem a doutrina e a jurisprudência brasileiras sobre o tema, bem como da percepção proveniente da doutrina constitucional portuguesa, particularmente das concepções de Canotilho e de Paulo Rangel, incluindo-se a abordagem jurisprudencial deste.

A partir dessa abordagem de visões doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras e lusitanas, considerar-se-ão os diversos sentidos que se pode extrair da expressão “Reserva de Jurisdição”, para que se possa chegar à pretendida sistematização.

Canotilho, por exemplo, conforme já citado, faz distinção entre *Reserva de Tribunal* e *Reserva de Juiz*. Paulo Rangel, por sua vez, examinando a Reserva de Jurisdição em seus sentidos dogmático e jurisprudencial e percebendo que sua manifestação não ocorre com a mesma intensidade, reconhece diferentes *níveis* ou *graus* de Reserva de Jurisdição, pelo que avança sobre uma proposta de classificação desses níveis, contemplando o que denomina *Reserva Absoluta de Jurisdição*, que distingue entre especificada ou não, e *Reserva Relativa de Jurisdição*, que entende poder ser integral ou parcial.

Pode-se falar também em Reserva Geral de Jurisdição e em Reservas Específicas, em Reservas Excludentes e Não Excludentes, e, ainda, é possível perceberem-se sentidos diversos que se podem expressar como Reserva da Jurisdição e Reserva para a Jurisdição, entre outras nomenclaturas que necessitam de uma melhor compreensão, a que se tentará chegar no presente trabalho. De qualquer forma, são múltiplas as significações e diversas as nomenclaturas

utilizadas, de modo a dificultar inegavelmente o entendimento e a sistematização do tema tais como se pretendem.

Buscar-se-á – não obstante as dificuldades provenientes da multiplicidade de visões, sentidos e denominações e da inafastável influência decorrente da passagem pela *visão lusitana* – uma classificação de Reserva de Jurisdição ou, pelo menos, uma referência classificatória adequada aos parâmetros constitucionais atuais e adaptada ao direito brasileiro, razão pela qual se partirá de uma distinção inicial – até certo ponto já presente, ainda que implicitamente, na doutrina e jurisprudência brasileiras – entre Reservas Específicas de Jurisdição e Reserva Geral de Jurisdição.

As primeiras, já expressas e especificadas constitucionalmente, não carecem de maiores construções teóricas, senão aquela que adequadamente as interprete e aplique, ao passo que a Reserva Geral de Jurisdição, exatamente por ser, além de implícita, genérica, exige a definição e a delimitação de seu conteúdo e alcance.

Tentar-se-á chegar, portanto, a uma definição mínima de Reserva Geral de Jurisdição e fornecer elementos para que se possa proceder à delimitação do seu conteúdo e alcance, uma vez que se entende que somente o exame jurisprudencial seria seguramente capaz de constatar, em casos específicos e por meio do exame da afronta ao núcleo essencial da função de julgar, os limites da Reserva Geral de Jurisdição, podendo a via doutrinária apenas fornecer elementos de referência ou, no máximo, interagir com a jurisprudência nessa construção teórica.

Procurar-se-á, por fim, demonstrar que a delimitação do alcance e conteúdo da Reserva Geral de Jurisdição a ser feita preponderantemente pela via jurisprudencial, principalmente em face do exame de alegações de avanço da atividade administrativa e da hipertrofia legislativa sobre a função jurisdicional, tem o condão de clarear os limites entre esta e as demais funções do Estado e, em consequência, de preservar a plenitude e a integralidade da função jurisdicional.

É esta, portanto, a abrangência do tema que será desenvolvido.

O tema proposto é de inegável e umbilical correlação com a Cidadania. Neste particular, deve-se observar que a plenitude da função jurisdicional que decorre do clareamento dos limites entre as funções do Estado, a despeito da existência de outros efeitos que, em última análise, decorrem sempre da adequação da função judicante à sistemática constitucional referente ao cumprimento amplo,

integral e abrangente dessa função, já demonstra, por si só, o quanto essa função, à luz do princípio, poderá contribuir para a ampliação e fortalecimento da Cidadania.

Neste ponto, adverte-se, há de se compreender a Cidadania não no contexto restrito que, por agora, caminha para ser apenas histórico, mas numa concepção alargada, até mais ampla do que aquela que a doutrina tradicional de Marshall desdobra em “direitos civis, políticos e sociais”⁵, muito bem analisada no contexto brasileiro por Carvalho⁶, e à qual Dallari se refere como “um conceito útil, ligado às ideias de liberdade e igualdade dos seres humanos e de plenitude na aquisição e no gozo dos direitos, sobretudo daqueles que interessam à coletividade”⁷. Na verdade, trata-se de uma compreensão de Cidadania que, como pretende Smanio, supere “a dimensão vertical do liberalismo, restrita à relação do cidadão com o Estado”, para alcançar a sua dimensão horizontal, que se traduz em “condição objetiva de acesso a direitos”⁸.

Neste particular, é sabido que há um visível distanciamento, tanto no Brasil quanto em outros países, entre os resultados obtidos pela atividade judicante e os anseios inerentes aos valores que se possam compreender do conceito amplo de Cidadania.

Muitas vezes, tais anseios parecem inatingíveis por estarem efetivamente divorciadas as promessas formais, insculpidas nos textos legais ou constitucionais, da realidade material possível, proveniente do mundo real. Neste caso, a delimitação da Reserva de Jurisdição, embora preserve a plenitude da função judicante, não teria o condão de alterar a realidade dos fatos, pouco podendo contribuir para a solução do problema.

Há casos, entretanto, em que os valores acima enunciados são obstaculizados, em um plano formal, em decorrência do avanço indevido das funções do Legislativo e do Executivo sobre matéria que se insere na atribuição típica e reservada ao Judiciário, tolhendo a possibilidade deste Poder de exercê-la

⁵ MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 63.

⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Cidadania. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Coord.). *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁸ SMANIO, G. P. et al. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 337.

em sua devida abrangência. Neste caso, a aplicação do postulado, ao devolver a plenitude da função judicante por afastar o obstáculo legal ou administrativo, permite o alargamento das vias que levam ao alcance de tais valores.

De maneira mais simples, direta e exemplificativa, uma lei que, a pretexto de consubstanciar função tipicamente legislativa, aborde aspecto que se afasta da emissão de regra geral, abstrata e impessoal e, portanto, avance sobre casuísmo que inegavelmente se situa em campo jurisdicional, evidentemente tolheria, em uma visão material, a função reservada a este Poder, prejudicando os valores cuja função de julgar, reservada ao Judiciário, iria perseguir. A partir do entendimento e da delimitação da Reserva Geral de Jurisdição e do afastamento de interferências indevidas, restaria restaurada a plenitude jurisdicional e aberto o caminho para que se alcançassem, por meio de uma aplicação concreta e adequada do direito, os valores buscados.

É de se lembrar que uma maior conformação do direito ao fato, cuja obtenção não se pode pretender senão por meio da plenitude da função jurisdicional, é pressuposto para que os direitos inerentes à Cidadania possam ser alcançados. A obtenção mais ampla da “Justiça” penal, com julgamentos mais conformados à realidade social e, portanto, mais justos – o que muitas vezes é tangenciado pela casuística legal indesejável e, conforme se pretende demonstrar, inconstitucional –, é a transmudação da mesma ideia para a esfera penal e, portanto, igualmente pressuposto para o alcance da Cidadania neste âmbito. Por fim, uma maior concretização dos direitos constitucionais talvez possa constituir a síntese das duas abordagens anteriores.

Aqui, vale lembrar Neves quando afirma que

a cidadania exige, portanto, a concretização das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais. Ausente tal concretização, permanece o texto, sem o seu significado normativo generalizado. Só quando a Constituição é um reflexo da esfera pública, existe e desenvolve-se a cidadania. Havendo bloqueio do processo de concretização constitucional por fatores políticos, econômicos e culturais, a reprodução autônoma do Direito não se realiza e, portanto, a cidadania permanece no texto constitucional como bela fachada de uma construção interiormente em ruínas⁹.

⁹ NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 37, n. 2, p. 260.

O tema proposto também se correlaciona com a Cidadania quanto à sua capacidade de modelar o Estado.

Primeiramente, parece óbvio que o alargamento do conceito de Cidadania – verificado com mais ênfase no Brasil a partir da redemocratização iniciada nos anos 1980 – e, principalmente, que seu exercício de maneira mais ativa, com influência direta sobre a modelagem do Estado e de suas instituições no sentido de adequá-los às exigências decorrentes desse novo contexto, não poderiam deixar de exercer influência decisiva também na configuração real do Judiciário.

Passou a Cidadania, em seus novos contornos, a implicar um mais constante e sempre crescente acionamento da estrutura judiciária, verificando-se inevitável demanda por provimentos jurisdicionais mais afinados com os princípios constitucionais, o que impôs ao Judiciário a sua adaptação a esse novo contexto, que exige nada mais do que o cumprimento, com inteireza, da sua função constitucional, a qual corresponde, em última análise e neste particular, à efetividade dos direitos inerentes à Cidadania.

Foi este o fator determinante que impôs a necessidade de compreensão da Reserva de Jurisdição, de forma a possibilitar o exercício pleno da jurisdição pelo Poder Judiciário e, assim, o cumprimento de sua missão como garante da Cidadania.

Por outro lado, o estudo aprofundado do postulado, com a sua adequada compreensão e a conseqüente delimitação de seu alcance e abrangência, à medida que inibe a hipertrofia dos demais Poderes, conferindo ao Judiciário a possibilidade de cumprir adequadamente sua função constitucional, é fator imprescindível na busca, ampliação e fortalecimento da Cidadania.

Correlaciona-se o tema com a Cidadania nos dois sentidos: no momento em que se identifica a Reserva de Jurisdição como um desenvolvimento necessário impulsionado pelo próprio alargamento do conceito de Cidadania e de sua influência, a partir da esfera pública, sobre a modelagem das instituições e, também, quando esse postulado, impulsionado que foi pela Cidadania e já inserido no contexto institucional do Poder do Estado, devolve a esta seu próprio influxo, como contribuição à sua ampliação e fortalecimento.

Talvez seja neste sentido que Neves afirma que “a cidadania flui da esfera pública para os sistemas jurídico e político, e reflui destes para aquela”¹⁰.

De qualquer forma, não se pode negar a dupla relação acima acentuada, nem a constatação de que se a aplicação da Reserva de Jurisdição amplia e fortalece a Cidadania, é simplesmente por refluxo de ter sido a sua elaboração teórica uma consequência da própria Cidadania que, impondo a sua necessidade, modela o exercício da função jurisdicional a partir dos preceitos extraídos da Constituição.

Acentua-se a relevância acadêmico-científica desta pesquisa, por pretender afastar a nebulosidade das conceituações hoje existentes sobre a chamada Reserva de Jurisdição, já que se observa a ausência de uma percepção nítida a respeito do tema, bem como uma consideração doutrinária quase exclusivamente voltada para seu aspecto formal – inafastabilidade da jurisdição e Reservas Específicas –, o que acaba por relegar a segundo plano, ou mesmo ao esquecimento, a reserva material decorrente da própria separação e independência dos Poderes.

Neste particular, é interessante observar que, em um exame rápido da jurisprudência brasileira, se podem notar casos de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma determinada lei em virtude de sua conotação inclinadamente casuística, invocando-se afronta a dispositivos constitucionais que somente são afetados indiretamente quando flagrante a inobservância direta ao que aqui chamamos de Reserva de Jurisdição – caso em que esta é completamente ignorada –, ou seja, intui-se a inconstitucionalidade pelo avanço da lei sobre o que seria terreno da atividade jurisdicional e se fundamenta tal inconstitucionalidade em dispositivo constitucional afrontado apenas indiretamente, o qual parece servir tão somente para justificá-la. Quase uma “inconstitucionalidade por intuição”, o que poderia ser evitado por uma compreensão adequada do postulado em foco.

O simples fato de se desenvolver, em um segundo momento, uma construção teórica e sistematizada da chamada Reserva Geral de Jurisdição, aspecto normalmente não enfrentado pela doutrina nacional, já é suficiente para se acentuar a sua importância acadêmico-científica.

Deve-se observar, quanto a este aspecto, a insuficiência da doutrina, que normalmente não enfrenta o tema e, quando o faz, não o aborda sob esse prisma,

¹⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 185.

mas como simplesmente inserido na Separação de Poderes que, como se viu na apresentação do tema, não basta para definir e delimitar o seu conteúdo e, quando muito, serve para evidenciar a sua existência.

Salienta-se, ainda, que o exame do atual estágio da Separação de Poderes, questão que se não se situa no centro da pesquisa proposta, é de abordagem imprescindível, tendo em vista ser o marco inicial a partir do qual se desenvolverá toda a linha argumentativa da existência da Reserva de Jurisdição e que constitui, inclusive, pressuposto teórico e constitucional do tema, determinando seu absoluto interesse acadêmico-científico.

Com efeito, não são poucos os doutrinadores que, como Bonavides, apregoam que o princípio da Separação de Poderes “quando erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda”, no que têm absoluta razão. Esse é motivo pelo qual, no entender do autor citado, o princípio “expirou como dogma da ciência”, ainda que admita que “convertido em uma técnica substancialmente jurídica, o princípio não ficaria definitivamente posposto”¹¹.

Verdade é que muitas dessas posições foram tomadas a partir do exame do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo, máxime à luz do sistema parlamentarista de governo, tangenciando-se a questão em relação ao Judiciário, o que não anula seus argumentos nem os equipara aos que enfrentam a questão a partir da superficialidade da observação, estes sim, absolutamente desprovidos de razão, enxergam na prática de atos por um Poder, que se assemelham, na forma, aos atos típicos de outro Poder, o atestado de óbito do princípio da Separação.

Neste contexto, o enfrentamento adequado do tema, a partir do exame desde o seu nascedouro histórico, como se propõe, poderia contribuir, acadêmica e cientificamente, para uma compreensão adequada do problema.

Vislumbra-se, igualmente, relevância social em decorrência da adequada aplicação da Reserva de Jurisdição a partir da sua correta compreensão e sistematização teórica.

A primeira consequência da aplicação do postulado – de inegável relevância social – se refere à questão do relacionamento entre a função jurisdicional e as demais funções do Estado, bem como ao clareamento dos limites entre as mesmas, a partir da compreensão da Reserva de Jurisdição.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 158-159.

Não são poucos os atritos institucionais que decorrem precisamente desta zona de interseção – ou quase isto –, compreendida entre as funções do Judiciário e as demais, e que poderiam ser evitados a partir do adequado entendimento do postulado. Há, inclusive, casos na literatura política brasileira em que se tentou suprir o aparente conflito neste campo com a superposição legislativa a uma decisão judiciária pontual, de modo a colocar a função legislativa em uma instância superior à função jurisdicional.

Outro efeito visível da aplicação do princípio, não menos relevante sob o ponto de vista social, é a inegável possibilidade daí advinda, para o Judiciário, de poder cumprir de forma ampla, integral e abrangente sua função constitucional, contribuindo, assim, para a ampliação e fortalecimento da Cidadania.

Neste particular aspecto, não se pode negar que o engessamento da função jurisdicional – aliado à impossibilidade que se verificou por longo tempo e que até hoje, de certa forma, se pode observar no que diz respeito ao cumprimento adequado de sua função, muitas vezes obstaculizada por barreiras formalmente legais, as quais poderiam ser tidas como extrapolação funcional se examinadas sob o ângulo de perspectiva que a presente pesquisa sugere – terminou por produzir um persistente anseio, por parte da sociedade, traduzido no pleito por “menos Direito” e “mais Justiça”.

Tal contexto produziu em setores do Judiciário uma reação angustiada – insensata e inadmissível para muitos – que correspondeu a uma espécie de “radicalização da alternatividade”, pela qual se procurava decidir pleitos judiciais à margem da lei e em nome de um direito dito “alternativo” que, se pode ter produzido alguns efeitos tópicos de alívio sintomático, em um plano macro, por falta de satisfatório amparo teórico, muito mais gerou preocupação, em virtude dos danos que sua generalização poderia ocasionar aos valores inerentes ao próprio Estado de Direito constitucionalmente proclamado.

Se não se podem, e não se devem, transpor os limites do Estado de Direito em nome de uma “Justiça” que alguns supunham equivocadamente estar no exercício singular das razões individuais dos juízes, parece que não se pode negar ao Judiciário o exercício pleno das funções constitucionalmente atribuídas, afastando-se obstáculos que, apesar de se abrigarem sob uma pseudolegalidade, em última análise afrontam a sistemática constitucional.

É neste sentido que a construção teórica que a pesquisa se propõe a elaborar – sobre a Reserva de Jurisdição – não se coloca como “alternativa à alternatividade”, até porque é bem distinta em sua concepção e fundamento, mas se caracteriza como instrumento que afasta a própria necessidade desta no momento em que devolve ao aplicador do Direito a amplitude e a abrangência de sua função, que a Constituição quis e lhe outorgou, e que enseja a ampliação e o fortalecimento da Cidadania .

Apresenta-se, assim, de forma acentuada e mais uma vez, a relevância social da pesquisa proposta.

Passar-se-á, pois, ao desenvolvimento da temática proposta – Reserva de Jurisdição –, de real importância acadêmico-científica e social, tomando-se como pano de fundo a Cidadania e sua capacidade modeladora do Estado.

PARTE I

A SEPARAÇÃO DE PODERES:

Pressuposto Teórico e Constitucional da Reserva de Jurisdição

NOTAS PREAMBULARES

Nesta primeira parte do trabalho, procurar-se-á adentrar no exame da Separação de Poderes – como pressuposto teórico e constitucional da Reserva de Jurisdição, tema central do presente trabalho – com o objetivo de delinear, ao final, o seu verdadeiro significado no atual estágio do constitucionalismo.

Não resta dúvida de que se trata de tema dos mais instigantes e desafiadores, envolto em ambiente de absoluta incompreensão e contradição.

Com efeito, ao mesmo tempo em que se multiplicam os brados que decretam o fim do postulado da Separação de Poderes, este se faz cada vez mais presente nos textos constitucionais, tanto que expressamente declarado em praticamente todas as Constituições contemporâneas. Quanto mais se procura conceituar ou unificar conceitos em torno da Separação de Poderes, mais conceituações diferentes e divergentes passam a povoar o já vasto leque existente nos tratados de Teoria do Estado. E quanto mais se criticam as ideias contempladas na obra de Montesquieu – o maior sistematizador do conceito –, mais se tem este autor como referência de novos pensamentos e menos se parece possível a contemplação de um cenário em que o pensador de *O Espírito das Leis* esteja relegado e condenado ao esquecimento, como é comum e até mesmo natural que aconteça com tantos bons e importantes doutrinadores do passado, cujas obras tenham se focado em determinado e já ultrapassado momento histórico.

Pretende-se, portanto, focar o tema e procurar trazer a lume uma compreensão mais exata e adequada, que traduza o que existe de atual na noção ou no conceito que guardamos de Separação de Poderes e seja capaz de decifrar o motivo de tanta contradição, divergência e incompreensão que tornam o princípio, ao mesmo tempo, um dogma e um tabu.

Para tanto, faz-se necessário o exame da Separação de Poderes como ideia, como doutrina e como princípio constitucional, o que implica dizer que se fará uma abordagem que abranja desde as primeiras ideias, que a contemplavam ainda que indiretamente, até as suas concepções mais elaboradas, chegando-se ao momento em que foi alçada ao *status* de princípio inserido em praticamente todos os textos constitucionais, sempre com o objetivo final e específico de se permitirem a compreensão do estágio em que se encontra a Separação de Poderes no

constitucionalismo moderno e, mais particularmente, o significado do princípio na atual realidade institucional brasileira.

Observa-se que à já consagrada distinção da Separação de Poderes enquanto doutrina e enquanto princípio constitucional, que se pode extrair da obra de Piçarra¹², se acrescentou sua contemplação como ideia. Não se pode dizer que na doutrina ou no princípio constitucional não se insira uma ideia, mas é importante destacar que antes mesmo de a Separação de Poderes assumir esta postura de doutrina política e de se institucionalizar nos textos constitucionais, ela já se apresentava para o mundo das ideias, na maioria das vezes de forma indireta, dispersa no contexto de outras elaborações teóricas ou de práticas institucionais sem, portanto, guardar os contornos de uma construção autônoma e abrangente, motivo pelo qual não ousamos classificá-la, ainda, como doutrina.

De qualquer forma, entretanto, é inegável que os pensadores dos séculos XVII e XVIII não doutrinaram a Separação de Poderes a partir de uma concepção própria e original, sendo certo que buscaram no desenvolvimento histórico dessa “ideia” a inspiração para a elaboração de suas teorias, encontrando um farto material histórico.

Verdade é que muitas vezes não puderam – ou não souberam – captar as diferentes concepções que se abrigavam sob o mesmo e largo teto da noção que, posteriormente, se consagrou com o nome Separação de Poderes. Daí decorre certa confusão de sentidos na elaboração dos primeiros teóricos e, mais ainda, de seus intérpretes. Justifica-se aqui, portanto, a necessidade de um exame das diversas ideias que, por guardarem algumas constantes, podem ser tidas genericamente como *Separação de Poderes*, tendo se manifestado sob aspectos e fins diversos e peculiares, aos quais denominamos *dimensões*.

Procurar-se-á extrair de práticas e institutos tão distintos, como a Constituição mista de Aristóteles ou de Políbio, o *Rule of Law*, a Balança dos Poderes – em sua original concepção inglesa – ou a noção vinculada a uma distinção material das funções do Estado, o que identificamos como as quatro dimensões que afloraram do desenvolvimento histórico da ideia de Separação de Poderes: social, jurídica, política e orgânico-funcional.

¹² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, passim.

A partir daí é que se procurará, de forma mais segura, avançar sobre a Separação de Poderes como doutrina já elaborada e sistematizada, ou seja, quando passou a figurar no rol das grandes elaborações teóricas e como princípio constitucional, melhor dizendo, quando passou a figurar entre os arranjos institucionais que se desenharam a reboque das ideias norteadoras do constitucionalismo moderno.

Como doutrina, é imprescindível a compreensão do alcance e verdadeiro significado do pensamento insculpido por Montesquieu em seu *O Espírito das Leis*, principalmente em virtude do posicionamento central que sua doutrina ocupou, o que se percebe pelo simples fato de que, a rigor, toda a discussão que se seguiu à sua construção teórica gravitou ao redor dela e gerou muitas incompreensões, o que exige uma análise profunda do que efetivamente leciona em *O Espírito das Leis*, evitando-se o que Zaffaroni chamou de “confusões que pretendem provir de Montesquieu”¹³.

Como princípio, impõe-se a necessidade de se examinar a adoção política da teoria em diferentes contextos políticos nos quais afloram diferentes manifestações do Estado Constitucional, que vão de sua feição liberal, passando por sua acentuada tendência social, até seus contornos contemporâneos, inclusive no que tange ao constitucionalismo brasileiro, analisando-se desde as primeiras Constituições até se chegar à de 1988.

Procurar-se-á situar a Separação de Poderes no contexto atual, máxime em face das visíveis transformações, decorrentes das peculiaridades da atual conjuntura e das complexidades da vida moderna, pelas quais passou o seu entendimento – com o entrelaçamento cada vez maior das funções atribuídas aos órgãos estatais –, bem como seu inevitável reflexo sobre as instituições políticas.

Isto significa enfrentar todo o pensamento atual a respeito, com as mais divergentes tendências, dos que, como Dallari, ainda vislumbram que “a separação de poderes é um dogma, aliado à ideia de democracia”¹⁴ aos que, como Bonavides, proclamam que “a separação de poderes expirou desde muito como dogma da

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 82-83.

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 186.

ciência”¹⁵, passando por doutrinadores com pontos de vista diferentes, ainda que não necessariamente opostos.

Há os que percebem a Separação de Poderes apenas em sua feição orgânico-funcional, segundo a qual ela é identificada com uma distinção e separação no exercício e na realização das funções estatais, pelo que estaria ultrapassado o pensamento de Montesquieu, conforme afirma Loewenstein ao dizer que “la separación de los *poderes* estatales es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado”, pelo que proclama “su superación y alejamiento de la realidad en el siglo XX”¹⁶.

Outros, como Zaffaroni, entendem que “as deformações compartimentalizadas não são da pena de Montesquieu, o qual nem sequer parece haver falado de divisão dos poderes, mas de simples separação” e que, portanto, “em seu sentido sociológico e político, as palavras de Montesquieu conservam toda sua vigência”¹⁷.

Em outra linha de raciocínio, Neves observa, na complexidade da própria sociedade, fator determinante para a permanência do postulado, ensinando que

a introdução de procedimentos funcionalmente diferenciados (legislativo, judiciário e político-administrativo), mediante a institucionalização da divisão de poderes, aumenta a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder às exigências do seu respectivo ambiente, repleta de expectativas as mais diversas e entre si contraditórias (...) a ausência ou deformação do princípio da divisão de poderes leva à desdiferenciação das esferas de vida (politização abrangente) e tem-se demonstrado incompatível com a complexidade da sociedade¹⁸.

Já para Hesse, a “Divisão de Poderes é, em primeiro lugar, constituição de Poderes diferentes”¹⁹, o que conduz a enxergar, muito mais do que Separação ou Divisão de Poderes, uma Diferenciação de Poderes.

São muitas as concepções. Inúmeras as divergências. Os mais variados pensamentos que refletem incontáveis percepções. Ao centro, uma ideia – a Separação de Poderes – que, na sua elaboração doutrinária e concretização

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 158.

¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 55.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*, p. 82-83.

¹⁸ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 81.

¹⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

constitucional, recebeu tratamentos díspares, que transitam entre o cortês e o hostil. Da absoluta consagração ao completo desprezo.

Assiste razão a Tavares quando afirma que “a tão elevado dogma não corresponde uma precisão terminológica e material que seria de supor existisse” e quando constata que “isso tem levado às mais diversas concepções, da mesma forma como tem gerado as mais incômodas e inconvenientes questões aos práticos e teóricos que se ocupam do tema”²⁰.

Há de haver uma razão palpável, uma explicação razoável – que não apenas a abrangência do pensamento acadêmico – para tão divergentes posições e, para tão diferentes concepções, que tanto angustiam os que buscam na doutrina e na observação dos teóricos apenas uma explicação lógica, simples e satisfatória.

É na esteira desta angústia e na inquietação que transborda do tema, partindo das mais remotas ideias e avançando sobre os mais abalizados pensamentos sobre a Separação de Poderes, por mais antagônicos que pareçam, que se ousará entender, à luz da realidade, o que há de verdade em toda essa variedade de pensamentos para que se possa, ao final, formular posicionamento acerca do atual e exato significado da Separação de Poderes em nossa realidade institucional e, por fim, já na segunda parte do trabalho, se possa vislumbrar e compreender a Reserva de Jurisdição que dela decorre, nela se fundamenta e a tem como pressuposto teórico e constitucional.

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1021.

1 A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IDEIA E SUA QUADRIDIMENSIONALIDADE HISTÓRICA

1.1 Dimensão Social da Separação de Poderes: a Constituição Mista e a Separação de Poderes como Forma de Equilíbrio Social. 1.2 Dimensão Política da Separação de Poderes: a Balança dos Poderes e a Separação de Poderes como Forma de Equilíbrio Político. 1.3 Dimensão Jurídica da Separação de Poderes: o *Rule of Law* e a Separação de Poderes como Garantia das Liberdades Individuais. 1.4 Dimensão Orgânico-Funcional da Separação de Poderes: a Distinção Material das Funções do Estado e a Busca de Adequação Orgânica e Eficiência Funcional.

A Separação de Poderes, antes de se fazer presente na doutrina ricamente elaborada e decorrente do pensamento de grandes teóricos dos séculos XVII e XVIII, como Locke, Rousseau e Montesquieu, já povoava o mundo das grandes ideias políticas, ainda que de forma não autônoma e inserida no contexto de outras concepções mais abrangentes, que, efetivamente, tiveram uma repercussão mais notável²¹.

Verdade é que muitas vezes as noções de Separação de Poderes não guardavam um significado uníssono, ou seja, não correspondiam, com exatidão, à mesma linha de raciocínio, não se inseriam na mesma fórmula e não se prestavam ao mesmo fim.

Não se pode dizer, entretanto, que não estivesse implícito o mesmo sentimento de necessidade de desconcentração do exercício do Poder Político, ainda que tal desconcentração se prestasse a fins variados.

Tratar-se-á de forma preambular, neste tópico, desta grande constante que a evolução das ideias políticas teimou em nos legar com a nomenclatura, ainda que não raramente criticada, mas tão constante quanto o eixo central do pensamento que a norteia, “Separação de Poderes”, a qual, invariavelmente, corresponde à ideia

²¹ Salienta-se, desde já, que por uma razão didática tratar-se-á da Separação de Poderes, neste momento, apenas como ideia, ora decorrente de embates políticos, ora inserida em teorias mais amplas, ora objeto de elaborações teóricas menos abrangentes, mas que, por carecer, ainda, de uma construção teórica mais elaborada e específica, será contemplada apenas como ideia, guardando-se sua apreciação, a título de doutrina, para o momento do exame do pensamento dos teóricos que, de forma mais elaborada e específica, enfrentaram o tema e sobre ele teorizaram.

de desconcentração do exercício do Poder Político com a distribuição das funções inerentes a esse Poder.

Procurar-se-á vislumbrar nessa sua evolução histórica os diversos fins a que a ideia de desconcentração do exercício do Poder Político se prestava, identificando, em um primeiro momento e sem prejuízo de outras percepções mais aguçadas, quatro finalidades específicas, que correspondem às quatro dimensões nas quais se contemplará a ideia da Separação de Poderes e que mais adiante serão examinadas, a saber: a dimensão social, a política, a jurídica e a orgânico-funcional.

Cada uma dessas dimensões isoladamente consideradas se faz presente, posteriormente, no pensamento dos grandes doutrinadores do tema da Separação de Poderes. Algumas destas doutrinas são, muitas vezes, multifacetadas, contemplando uma, algumas ou mesmo todas essas dimensões, sendo que, talvez, isso constitua o fator mais acentuado para as incompreensões e críticas que seus autores têm sofrido no decorrer do tempo, principalmente quando da transformação dessas doutrinas em princípios constitucionais positivados nas Constituições modernas e atuais, o que se verá mais adiante.

Por ora, examinar-se-á cada uma destas dimensões que podem ser captadas na evolução da ideia da Separação de Poderes, abrangendo-se período anterior ao da transformação desta na elaborada doutrina produzida a partir dos séculos XVII e XVIII.

1.1 DIMENSÃO SOCIAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES: A CONSTITUIÇÃO MISTA E A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO FORMA DE EQUILÍBRIO SOCIAL

A primeira conotação conferida à ideia de Separação de Poderes foi inegavelmente social e consistia na desconcentração do Poder Político com o fim de obtenção do equilíbrio social, por meio do que se chamou de Constituição mista, seja na doutrina de Aristóteles, seja na concepção posterior de Políbio, conforme se verá adiante.

Costuma-se atribuir a Aristóteles a autoria da mais antiga doutrina sobre o que se pode denominar Separação de Poderes, sendo ele apresentado como precursor mais remoto da teoria insculpida posteriormente pelo Barão de

Montesquieu em seu *O Espírito das Leis*, que se transformou na mais referendada obra a respeito do tema.

Com efeito, não se pode negar a influência que possa ter tido o pensamento de Aristóteles, máxime os ensinamentos contidos em sua obra *Política*, sobre a rica elaboração doutrinária do pensador francês, tanto que Aron, em sua sociologia segura e sempre reflexiva, observa que “na tradição clássica, a *Política* de Aristóteles era considerada a obra essencial. Assim, não se pode duvidar de que Montesquieu tenha escrito os primeiros livros tendo ao lado a *Política*”, para acrescentar, analisando os oito primeiros livros de *O espírito das leis*, uma vez que “em quase todas as páginas, podem-se encontrar referências a Aristóteles, sob a forma de alusões ou críticas”²².

Não contemplamos, é verdade, nas passagens de Aristóteles interligadas ao tema, uma doutrina específica e autônoma, senão algumas ideias invariavelmente vinculadas ao que se chama de Constituição mista e que conduzem ao que somente muito mais tarde ganhou ares de cientificidade, cuja mais formal concepção pode ser tida como a doutrina da Separação de Poderes.

A ideia da Separação ou, mais apropriadamente falando, Divisão de Poderes, entretanto, está presente na obra de Aristóteles como fator determinante do equilíbrio social, o qual decorre, na visão aristotélica, do exercício do Poder Político pelas várias classes ou grupos sociais e não por apenas um ou outro grupo, ou seja, reside na própria ideia de Constituição mista.

Como é sabido, Aristóteles, juntamente com seus alunos do Liceu, analisou mais de cem Constituições de seu tempo, o que serviu de embasamento para, em *Política*, classificar as formas de governo, tomando por base o número dos que governavam e o modo como se exercia o Poder, chegando a três formas corretas – monarquia, aristocracia e politeia – e seus três respectivos desvios – tirania, oligarquia e democracia²³ –, em que se poderiam enquadrar todas as formas de governo.

²² ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Trad. Sergio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 9.

²³ Esclarece Bobbio que “à classificação com respeito ao número Aristóteles se acrescenta a classificação com respeito ao diverso modo de governar, ou pelo bem comum ou para o próprio bem de quem governa, donde deriva a distinção não menos célebre entre formas boas e formas más. O termo ‘democracia’ é reservado por Aristóteles à forma má, enquanto a forma boa é denominada com o termo genérico que significa constituição (ou politeia)”. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 137.

Aristóteles, para usar a expressão de Villey, “pondo em prática sua filosofia de justiça, procura descobrir quais podem ser as melhores constituições, adaptadas à essência do homem e às condições variáveis da vida social”²⁴, chegando à conclusão – o que não poderia ser diferente diante de todo o peso de sua ideia de justiça ligada ao equilíbrio na *polis*²⁵ – que o regime mais apropriado seria um meio-termo entre as formas puras de governo que efetiva e necessariamente contemplasse o equilíbrio social.

Neste particular, não se pode esquecer que a observação de Aristóteles tem como pano de fundo uma sociedade estratificada, na qual as classes sociais apresentam uma distinção bem nítida – principalmente entre pobres e ricos –, de tal maneira que, em cada forma de governo por ele contemplada, muito mais importante do que o número dos que participavam do governo era a consideração sobre o grupo ou a classe social que exercia o Poder.

Tanto é que, pela própria observação de Aristóteles – observação esta raramente considerada e invocada –, “é acidental que poucos ou muitos governem nas oligarquias ou nas democracias, porque, em toda parte, o número de ricos é menor e o de pobres, maior”, de tal forma que “a verdadeira diferença entre democracia e oligarquia é a pobreza e a riqueza” e não necessariamente o maior ou o menor número dos que governam, já que “em toda parte que os homens governem em razão de sua riqueza, sejam muitos ou poucos, há ali uma oligarquia, e em todo lugar em que os pobres governem, ali existe uma democracia”²⁶.

Ao propor uma Constituição mista, portanto, na qual regimes distintos se conjugassem, Aristóteles sugeriu, na verdade, a divisão do exercício do Poder Político entre diversas classes sociais, em particular entre ricos e pobres, de forma que tal Poder não fosse exercido exclusivamente por uma das classes ou grupos sociais, o que decorreria da aplicação pura e simplesmente de uma das formas puras de governo por ele identificadas.

²⁴ VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39.

²⁵ VILLEY acentua que, para Aristóteles, “o *justo* é antes o equilíbrio realizado, numa *polis*, entre os diversos cidadãos que nela se reúnem, se associam. A *polis* é formada de homens livres, com interesses distintos, disputando entre si honrarias e bens: entre eles funciona o justo político (*dikaion politikón*), principal tipo de justo”. Ibidem, p. 44.

²⁶ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 125-126.

É neste sentido que Piçarra conceitua Constituição mista:

Neste sentido, constituição mista já será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político²⁷.

A ideia da Separação de Poderes aparece, pois, embrionariamente na concepção de Constituição mista de Aristóteles, porém com um caráter muito mais de Divisão do Poder entre as classes ou grupos sociais e como forma de obtenção do equilíbrio entre as mesmas no exercício do Poder Político.

Por esta razão, Zippelius, ao examinar a obra de Aristóteles, observa que “em primeiro plano, não estava para ele a organização formal do Estado, mas sim o equilíbrio social”²⁸.

É verdade que Aristóteles também contemplava uma distinção funcional do Poder Político a ser exercido, conforme se extrai de suas palavras:

Toda cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem umas das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instruída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se como deve ser o poder judiciário²⁹.

A despeito da notória antecipação, nessa passagem, do que viria a ser uma dimensão orgânico-funcional da Separação de Poderes, tema que será retomado mais adiante, o certo é que Aristóteles vislumbra funções distintas a serem exercidas pelos cidadãos da *polis*. Porém, é na distribuição – e não no desenvolvimento destas funções – entre as diversas classes ou grupos sociais que se encontra o germe da ideia de Divisão de Poder do filósofo estagirita, o qual está sempre focado na busca do equilíbrio social.

Se a ideia geral de mistura das diversas Constituições puras conduz à ideia, também geral, de que o exercício do Poder deve estar dividido entre as classes

²⁷ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 33.

²⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

²⁹ ARISTÓTELES. *Política*, p. 170.

sociais, é, entretanto, na especificação de funções distintas identificadas como “elementos da cidade” – e que Aristóteles, até certo ponto minuciosamente, contempla como possíveis de serem entregues a integrantes das diversas classes ou grupos – que se vislumbra, com maior nitidez, a sua finalidade, qual seja, a de manter o equilíbrio social.

É neste sentido que Aristóteles, ao examinar os meios de preservação das Constituições, evitando destruição das mesmas, afirma que “o remédio apropriado para esse mal é dar sempre a administração dos negócios da Cidade a elementos opostos”, exemplificando que “o oposto do virtuoso é a maioria, e do rico o pobre” e acrescentando que “outro meio é combinar ricos e pobres em um só corpo ou aumentar a classe média”³⁰.

Em outra passagem, reafirma que “nenhuma forma de governo pode existir ou continuar a existir sem que pobres e ricos estejam nela incluídos” para sentenciar que “destruindo os ricos ou o povo por meio de leis levadas ao exagero, destrói-se a Cidade”³¹.

Portanto, mesmo na distribuição de funções distintas entre componentes de classes diferentes, o que se percebe aqui não chega a conter uma concepção desenvolvida de equilíbrio orgânico-funcional, mas se configura numa concretização da ideia geral de Divisão do Poder inserida na concepção aristotélica de Constituição mista, sempre com o fim específico de obtenção do equilíbrio social.

A respeito, exata e magistral é a conclusão de Piçarra:

Encontra-se no modelo aristotélico de constituição mista apenas uma ideia que virá a andar associada à doutrina da separação dos poderes, numa fase já adiantada de sua evolução: a do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional³².

A concepção aristotélica de Constituição mista e, com ela, a ideia embrionária da Separação de Poderes, a partir desta dimensão social e desta busca do equilíbrio social através da distribuição do exercício do Poder Político, romperam a barreira do mundo helênico para se abrigarem nas instituições romanas, aproximadamente na época ciceroniana, quando, na observação de Villey, “a

³⁰ ARISTÓTELES. *Política*, p. 197.

³¹ *Ibidem*, p. 200.

³² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 36.

influência de Aristóteles era forte” e “Políbio transmitiu as grandes teses de sua *Política*”³³.

Com efeito, é ainda a noção de Constituição mista de Aristóteles que norteia o pensamento de Políbio, que teoriza, em suas *Histórias*, um regime político fundado no equilíbrio social, a partir da distribuição do Poder Político entre os diversos segmentos sociais, mesclando princípios provenientes da monarquia, da aristocracia e da democracia.

É com esta visão que Goyard-Fabre acentua que Políbio

preconiza um regime político que, mantendo ‘o equilíbrio pelo jogo das forças contrárias’, combina em sua Constituição a exigência democrática dos direitos dos povos, a competência aristocrática de um Senado e o poder quase real dos cônsules³⁴.

De forma singular, constata a professora Caggiano, após observar ser Políbio discípulo de Aristóteles, que

sem abandonar a ótica do mestre, preocupa-se com a integração das classes sociais do Estado; buscava, portanto, a receita apropriada a oferecer espaço a que cada categoria pudesse ser representada por um organismo estatal³⁵.

O que há de diferente em Políbio em relação ao modelo aristotélico de Constituição mista é a ausência de uma dispersão dos membros das diversas classes sociais no exercício do Poder Político, antes se verificando uma concentração de cada segmento social em um determinado órgão constitucional. Assim, enquanto no Senado, por exemplo, se concentrava a aristocracia, nos chamados “comícios tribunícios” se estabelecia a plebe. Já os cônsules, com seu Poder “quase real”, de inspiração monárquica, completavam a tríade social exercendo o Poder Político³⁶.

³³ VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, p. 70.

³⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?* Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 35.

³⁵ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política: Propostas para uma Rearquitetura da Democracia*. São Paulo: Angelotti, 1995. p. 28-29.

³⁶ No mesmo sentido, acentua Acquaviva que “a Constituição da República Romana, adverte Políbio, reúne as três formas de governo: monarquia, aristocracia e democracia. Em relação aos cônsules (magistrados eleitos anualmente que, em dupla, exerciam a administração pública em substituição ao rei) o regime se assemelha ao monárquico; o Senado, por sua vez, traz consigo a feição aristocrática da República romana e, no que tange aos comícios populares e tribunos da plebe, o elemento democrático. Ora, tal sistema misto, perfeitamente equilibrado, só pode trazer bons resultados, e foi durante sua vigência que Roma conquistou Cartago e estendeu seu império pelo Mediterrâneo”. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 115.

É novamente Piçarra quem bem observa a diferença essencial entre o modelo de Constituição mista de Aristóteles e o modelo preconizado por Políbio:

enquanto o modelo aristotélico de constituição mista é interno – todas as classes têm acesso a todos os órgãos constitucionais, misturando-se em todos eles – o modelo polibiano é separador – cada classe apenas tem acesso ao órgão constitucional que lhe está destinado³⁷.

De qualquer forma, a ideia polibiana de Constituição mista não se afasta da noção de equilíbrio dos diversos segmentos sociais no exercício do Poder Político; apenas vai mais além, realçando, de forma bastante acentuada, a Separação ou Divisão que se opera no exercício deste Poder, já que gera um equilíbrio não apenas na distribuição das funções, realçando a dimensão social aqui analisada, mas também entre os próprios órgãos que integram o Poder Político, antecipando, até certo ponto, a dimensão também política da Separação de Poderes.

A Constituição mista, portanto, seja no modelo aristotélico, seja no modelo polibiano, traz como constante a ideia do equilíbrio de forças sociais no exercício do Poder Político, por meio da distribuição desse exercício pelos diversos segmentos sociais. Neste conceito reside, ainda que embrionariamente e de forma mais acentuada na versão polibiana, a ideia da Divisão de Poderes, aqui tomada em sua dimensão social.

1.2 DIMENSÃO POLÍTICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES: A BALANÇA DOS PODERES E A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO FORMA DE EQUILÍBRIO POLÍTICO

A Separação de Poderes apresenta-se, também, enquanto ideia, em uma dimensão política, o que se observa, com certa nitidez, ao se adentrar no exame das primeiras manifestações da chamada Teoria da Balança dos Poderes, que Piçarra considera ter sido “a teoria constitucional inglesa típica do século XVIII”³⁸, quando ainda não se tinha configurado, em todas as suas linhas, o que atualmente chamamos de Teoria dos Freios e Contrapesos (*checks and balances*), mas que já

³⁷ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional* p. 40.

³⁸ *Ibidem*, p. 60.

trazia implícita a Separação de Poderes com o fim de manter o equilíbrio político entre os órgãos investidos do Poder Político do Estado³⁹.

Ao que parece, esta dimensão política se constitui muito mais uma evolução da dimensão social e sua conformação a uma nova realidade. Com efeito, se o que se pode compreender como dimensão social da Separação de Poderes é a distribuição do Poder Político do Estado entre os diversos segmentos que formam a sociedade, com o fim de manter o seu equilíbrio, não se pode deixar de verificar que a ideia de equilíbrio entre os órgãos que exercem o Poder Político do Estado se constituiu em decorrência natural da transformação destes segmentos sociais em forças políticas.

Em Políbio já era possível antever essa evolução, mas é no esquema da monarquia mista inglesa, tida como desenvolvimento e adaptação da antiga noção de Constituição mista, que se contempla com maior nitidez o início de tal transformação. Na Constituição mista, havia equilíbrio entre as diversas classes sociais no exercício do Poder Político. Na monarquia mista, por sua vez, o compartilhamento do Poder se dava entre rei, lordes e comuns, a esta altura já alçados a potências políticas.

Tais potências políticas, nesta etapa do desenvolvimento do constitucionalismo inglês, repartiam o exercício do Poder Político em situações normalmente desequilibradas e não raramente tumultuadas – e até mesmo catastróficas –, o que ensejou a busca por uma repartição equilibrada do Poder Político do Estado.

Em um primeiro momento, impregnada pela ideia de supremacia da função legislativa, essa repartição de Poder entre a tríade política de então – rei, nobres e

³⁹ É verdade que, bem antes disso, já havia manifestações da Separação de Poderes, como o fim de obtenção de equilíbrio político. Fleiner-Gerster, ao tratar das concepções institucionais da China antiga nos traz à tona a figura e o pensamento de Han Fei (falecido em 134 a.C), assim expõe: “Han Fei propõe um sistema de competências compreendendo um controle recíproco. Para se manter no poder, o príncipe precisa dividir com precisão as competências de seus subordinados e assegurar que eles se controlem uns aos outros. Nenhum deles deve gozar de uma competência superior à dos outros, caso contrário teria muito poder em face do príncipe”. E acrescenta: “Han Fei foi, pois, o primeiro a tentar estruturar a organização do Estado por meio de medidas institucionais, como divisão do poder em diversas atribuições”. (FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 476-477). Com efeito, não obstante a ideia se insira no contexto do exercício do Poder por um príncipe e o esquema de equilíbrio político se dê em nível inferior a este, não resta dúvida de que, enquanto noção de Separação no exercício do Poder, bem se afigura como controle recíproco dos Poderes, ou seja, como manifestação da Separação de Poderes em sua dimensão política.

comuns – se verificou no interior do Parlamento, onde ocorria um equilíbrio de forças capaz de fazer da lei uma convergência da vontade dos segmentos políticos.

Para Piçarra, analisando especificamente este momento, “o equilíbrio e o controlo recíprocos, em que se traduz a balança dos poderes, são de tipo intraorgânico: lugar de equilíbrio é apenas o órgão legislativo”, acrescentando que “a balança dos poderes mais não é, pois, do que o esquema da monarquia mista aplicado ao novo arranjo orgânico-funcional que tem por centro o legislativo”⁴⁰.

Bem ilustra este fase do equilíbrio entre os segmentos sociais, alçados ao *status* de forças políticas, a observação de Clavero, invocando Blackstone:

La función legislativa corresponde por derecho dado a una Trinidad institucional, la conformidad por el parlamento entre monarca, lores y comunes, uno poder cada elemento en dicha orden: la legislatura del reino está confiada en tres distintos poderes enteramente independientes unos de otros; primero, el Rey; segundo, los lores espirituales y temporales, quienes constituyen una asamblea de personas de tipo aristocrático; tercero, la cámara de los comunes.(...)Si el poder supremo se residenciase en alguna de las tres ramas por separado, Rey, lores y comunes, quedaríamos expuestos a los riesgos de la monarquía, de la aristocracia o de la democracia absoluta.(...) Pero el sistema constitucional de esta isla se encuentra tan admirablemente temperado y compuesto que nada puede ponerlo en peligro o dañarlo, sino es la supresión del equilibrio de poder entre las tres ramas de la legislatura⁴¹.

Em um momento posterior, e com certa tendência de diferenciação funcional entre Legislativo e Executivo, a Balança dos Poderes ultrapassou os limites do Parlamento, abrangendo-se acima dos órgãos que compunham a estrutura do Estado. É aí que ela passa a ser uma ideia que traz efetivamente implícito o equilíbrio entre os órgãos que exercem o Poder Político do Estado.

Não se trata mais de um equilíbrio de forças dentro do Parlamento, mas externamente a este e, mais do que isto, tendo o próprio Parlamento como uma destas forças. Mais precisamente, trata-se do equilíbrio de forças entre Rei e Parlamento, cabendo observar que o Parlamento, embora não mais contasse com a participação interna do Rei, ainda dispunha, em sua composição, de outras forças político-sociais de seu tempo, quais sejam, a nobreza e a representação do povo, como também o clero.

⁴⁰ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 80.

⁴¹ CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de Los Poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Trotta, 2007. p. 52-53.

Não se pode negar que as forças políticas ainda guardavam uma forte conotação social, típica da sociedade ainda predominante, com nítida distinção de estamentos sociais politicamente relevantes, porém, o que se procura buscar aqui, diversamente do esquema da monarquia mista, é um equilíbrio político entre os órgãos que compõem e exercem o Poder do Estado, o que nos permite afirmar que, a esta altura, já está transposta a barreira entre o equilíbrio social e o político. Não se trata mais do equilíbrio de potências sociais com força política, mas do equilíbrio de órgãos políticos, ainda que com formação assentada na distinção de classes sociais.

Quanto a essa segunda versão, bem acentua Piçarra:

na doutrina da balança dos poderes de tipo interorgânico passa a avultar cada vez mais uma perspectiva institucional: muito mais do que um equilíbrio entre forças político-sociais referidas a órgãos constitucionais, trata-se da consecução de equilíbrio entre órgãos independentes quanto à formação e quanto à subsistência, funcionalmente diferenciados e dotados de específicos mecanismos e dispositivos constitucionais destinados à fiscalização recíproca dos respectivos atos⁴².

Não se contempla mais, portanto, um equilíbrio dos estamentos sociais, mas sim das forças políticas, ou seja, dos órgãos institucionais que exercem o Poder Político, ainda que tais órgãos tenham uma formação acentuadamente estamental.

Nesta última versão, ir-se-ia desenvolver o conceito que recebeu o nome de Teoria dos Freios e Contrapesos (*checks and balances*) e se desenvolveu fenomenalmente na doutrina constitucional norte-americana, conforme se verá adiante.

De qualquer forma, a teoria da Balança dos Poderes, em suas manifestações no constitucionalismo inglês do século XVII, bem evidencia a ideia da Separação de Poderes em sua dimensão política, ou seja, como noção de diferenciação e controle entre os diversos órgãos que compõem a estrutura estatal, visando-se obter equilíbrio político no exercício do Poder igualmente Político do Estado.

⁴² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 82.

1.3 DIMENSÃO JURÍDICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES: O *RULE OF LAW* E A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO GARANTIA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

Bem observou Matteucci ser o *Rule of Law* um “conceito tão difícil de definir quanto de traduzir”, assinalando, entretanto, o uso da expressão para “afirmar a igualdade dos cidadãos ingleses perante a lei e para combater todo o arbítrio do Governo que lesasse seus direitos legais”⁴³.

Com efeito, a expressão, extraída do direito anglo-saxão do século XVII, ainda que imprecisa e, talvez, esquecida no tempo pelo desenvolvimento das ideias que levaram à concepção mais universal que denominamos Estado de Direito se traduz muito bem na prevalência do Direito sobre o arbítrio no exercício do Poder Político, resultando no que se conhece modernamente por Estado Constitucional, naquilo que lhe foi legado pelo Estado de Direito.

Não é por outra razão que Ferreira Filho o considera “antecedente direto e imediato do Estado de Direito”⁴⁴ e que Zimmermann afirma que “em equivalência ao Estado de Direito, os anglo-saxões cunharam o *rule of law*, que nós poderíamos traduzir como o Estado onde o império da lei prevalece”⁴⁵. Neste mesmo sentido é a consideração de Bobbio, para quem

da Inglaterra o princípio da *rule of law* transfere-se para as doutrinas jurídicas dos Estados continentais dando origem à doutrina hoje verdadeiramente universal do ‘Estado de Direito’, isto é, do Estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao direito⁴⁶.

Quanto ao conteúdo, sempre citadas são as considerações de Dicey⁴⁷, tido como o maior teórico do *Rule of Law* e referência de Miranda, que esclarece de forma abrangente:

⁴³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira (Coord.). 13. ed. Brasília: UNB, 2007. p. 252.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.

⁴⁵ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juris, 2006. p. 60.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 170.

⁴⁷ Para Dicey, o *Rule of Law* adquire três significados distintos, o que é acentuado por diversos autores. Miranda, por exemplo, assim resume estes três sentidos: “1º) a absoluta supremacia do direito sobre o poder arbitrário; 2º) a igualdade perante a lei ou a igual sujeição de todos ao direito ordinário do país aplicado pelos tribunais ordinários; 3º) a Constituição como consequência do direito ordinário do país ou como resultado das decisões relativas aos direitos das pessoas”. (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 77). De forma quase

com a expressão *rule of law* designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário de poder⁴⁸.

Independentemente das diferenças que possam emanar de um ou de outro entendimento, de uma ou de outra conceituação, do alargamento do seu significado⁴⁹ e até mesmo das particularidades que o possam tornar distinto do Estado de Direito⁵⁰ tal como o concebemos, certo é que a grande constante do *Rule of Law* é inegavelmente a preponderância do Direito – seja Judiciário ou Legal – e sua função limitadora do exercício arbitrário do Poder Político quando este atua em detrimento dos direitos individuais.

Em certo momento do constitucionalismo inglês, exigia-se a limitação do Poder decorrente da monarquia absoluta e, em outros, da tirania do Parlamento. É que já se tinha bem claro que a concentração do Poder em uma só pessoa ou órgão conduzia necessariamente ao arbítrio, o que inevitavelmente acontecia quando o monarca absoluto exercia seu ilimitado Poder – e que concretamente gerou, na Inglaterra daquela época, um conflito histórico entre Absolutismo e *Rule of Law*⁵¹ –,

idêntica, Zimmermann também acentua os três sentidos diversos. Cf. ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional* p. 61.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 76-77.

⁴⁹ Para Canotilho, “a interpretação do sentido da fórmula *rule of law* foi variando, mas é possível assinalar-lhe quatro dimensões básicas. *The Rule of Law* significa, em primeiro lugar, na sequência da Magna Carta de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das lei e costumes do ‘país’ perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 93-94).

⁵⁰ Para efeito do que se propõe o presente trabalho, não parece ser necessário adentrar no exame mais aprofundado da aplicação dos princípios e procedimentos que compõem o *Rule of Law* que, necessariamente, levam a uma diferenciação do Estado de Direito, máxime na sua formatação jurisdicional e não legal, bem típica da tradição anglo-saxônica.

⁵¹ Comparato resume muito bem os conflitos que antecederam a promulgação do *Bill of Rights*, desde a deposição de Carlos I, que foi condenado à morte e executado em 1658, passando pela ditadura de Cromwell e o restabelecimento da dinastia Stuart, com o reinado de Carlos II, até que seu sucessor e irmão Jaime II, que havia suscitado “contra si, em pouco tempo, a oposição mortal da nobreza e do alto clero”, fugiu para a França e o Parlamento declarou vago o trono da Inglaterra, o qual foi oferecido conjuntamente ao Príncipe de Orange e à sua mulher, Maria de Stuart, filha de Jaime II, sendo que estes assumiram a coroa com os nomes de Guilherme III e Maria II após aceitarem uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*). E analisa o documento: “promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta”, acrescentando que “o essencial do

assim como por um órgão legislativo onipotente, o que também parece ter ocorrido, naquele tempo, com o chamado Longo Parlamento⁵².

Em qualquer caso, entretanto, o *Rule of Law* trazia, com sua função limitadora do exercício arbitrário do Poder Político, implícita a ideia e a necessidade da Separação de Poderes, agora em nova conotação, como instrumento necessário para se evitarem o arbítrio e o abuso e, em última análise, para garantir o respeito aos direitos dos indivíduos, conferindo à ideia da Separação de Poderes uma dimensão jurídica.

Observa-se que tal conotação não se confunde com a ideia anterior de Separação de Poderes que decorre diretamente da noção, aristotélica ou polibiana, de Constituição mista – dimensão social –, nem com a Separação de Poderes em sua dimensão política. Naquelas, se objetivava o equilíbrio dos órgãos políticos ou dos segmentos sociais no exercício do Poder Político. Nesta, a garantia dos direitos individuais contra os abusos decorrentes do exercício arbitrário do Poder Político, de cunho evidentemente jurídico.

Piçarra identifica, nesta nova conotação da ideia da Separação de Poderes – diversa daquela de Divisão de Poder vinculada à teoria da Constituição mista e com fins de equilíbrio social no exercício do Poder Político, bem como da ideia da Separação com fins de equilíbrio dos órgãos políticos –, não apenas uma noção não totalmente autônoma, mas uma doutrina elaborada, tanto que contempla o surgimento da Separação de Poderes enquanto tal:

a doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, em Inglaterra, no século XVII, estritamente associada à idéia de *rule of law* ou, mais concretamente, concebida como pré-requisito prático ou condição *sine qua non* da realização da mesma⁵³.

documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 92-96).

⁵² Narra Piçarra que o chamado Longo Parlamento inglês, ao desenvolver uma oposição ferrenha ao governo autocrático de Carlos I, praticava abusos e arbitrariedades. Daí que, na sua observação, “se até então, em Inglaterra como no continente, o abuso do poder político estava apenas associado ao monarca e aos seus funcionários, perante a atuação do Longo Parlamento, passou a ficar igualmente ou mesmo sobretudo, no mundo anglo-saxônico, associado a assembleias onipotentes”. Acrescenta, ainda, que “o uso sistemático do impeachment por parte do Longo Parlamento veio a constituir uma das razões de peso que levaram a oposição que esta atuação ia suscitando a exigir, veementemente, uma ‘separação dos poderes’, como modo de pôr fim à tirania daquela, considerada por alguns mais violenta do que a do monarca absoluto”. (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 48).

⁵³ *Ibidem*, p. 44.

Após identificar o surgimento do que chama de “primeira versão da doutrina da separação de poderes”, ele a pontua como “arma ideológica de luta contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento”, acentuando que era invocada

com o preciso sentido de limitar aquele órgão ao desempenho da função legislativa, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveriam caber.

Ele proclama, ainda, que:

com estas características, constitui novidade absoluta na teoria constitucional nada tendo em comum com qualquer variante da teoria da constituição mista, embora com esta não seja à partida incompatível. Apenas decorre de determinadas idéias jurídicas correntes na Inglaterra de então, visando assegurar fins precisos: a exclusão da tirania e do arbítrio, inevitáveis quando todos os poderes estão concentrados num só órgão, e a garantia da liberdade e da segurança individuais, seriamente comprometidos quando as leis são aplicadas por quem delas é autor.

para, mais adiante, concluir que:

a doutrina da separação dos poderes entrou na História das Idéias e no Direito Constitucional com uma conotação estritamente jurídica sem, de todo, estar ligada ao tema político da constituição mista, sem curar, portanto, da titularidade política dos respectivos poderes-funções. Estava apenas ligada a concepções jurídicas em desenvolvimento na Inglaterra de então, que visavam assegurar a proteção das esferas jurídicas individuais perante intervenções arbitrárias do Estado⁵⁴.

De qualquer forma – considerando-a como doutrina já elaborada ou apenas como ideia não autônoma –, certo é que surgia a Separação de Poderes como limitadora do Poder Político, com o objetivo de garantir os direitos individuais diante da possibilidade de abuso no exercício deste Poder. Em outras palavras, contempla-se aí a ideia da Separação de Poderes em sua dimensão jurídica.

⁵⁴ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 49 e 53.

1.4 DIMENSÃO ORGÂNICO-FUNCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES: A DISTINÇÃO MATERIAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO E A BUSCA DE ADEQUAÇÃO ORGÂNICA E EFICIÊNCIA FUNCIONAL

Por fim, elucida-se a dimensão orgânico-funcional da ideia da Separação de Poderes. Tal conotação conduz ao raciocínio de que a Separação de Poderes tem por fim, ao lado de outras finalidades anteriormente estudadas, diferenciar as funções que se podem inserir no exercício do Poder Político para atribuí-las a órgãos distintos, com capacidades específicas de desenvolvimento daquela tarefa estatal, obtendo-se a maior adequação e eficiência possíveis.

No desenvolvimento histórico da ideia da Separação de Poderes, a distinção das funções estatais se encontra presente em muitas análises dos pensadores do tema, ainda que como requisito para se atingirem finalidades que não podem ser incluídas na dimensão orgânico-funcional aqui contemplada. Porém, a finalidade específica de obtenção da adequação e eficiência no exercício das tarefas inerentes ao Poder Político somente ganhou caráter acentuadamente científico na doutrina mais atual, evoluindo para o que se chama de Teoria das Funções do Estado. Mesmo nas obras dos doutrinadores dos séculos XVII e XVIII ela ainda não aparecia com nitidez absoluta.

Não se pode, entretanto, negar a existência dessa conotação da ideia da Separação de Poderes desde o início de sua evolução histórica, conforme se demonstra a seguir.

Já se disse anteriormente que Aristóteles também contemplava uma distinção funcional, vislumbrando funções variadas a serem exercidas pelos cidadãos da *polis*, numa antecipação do que viria a ser a dimensão orgânico-funcional da Separação de Poderes, ainda que focado na distribuição equilibrada destas funções entre os segmentos sociais – o que conduz à dimensão social da Separação de Poderes – muito mais do que no desenvolvimento destas funções, aspecto que guardaria mais afinidade com a dimensão ora em exame.

Com efeito, em *Política*, Aristóteles distingue o que chama de “três elementos da Cidade”, que são a deliberação sobre os assuntos públicos, as magistraturas e o Poder Judiciário. A parte deliberativa se refere, na visão aristotélica, às “matérias de guerra e paz e à formação e dissolução de alianças, no tocante às sentenças de morte, exílio, confisco, prestação de contas dos

magistrados” enquanto a magistratura, com conotação diversa da qual comumente se emprega o termo em tempos atuais, se aplica “aos cargos cujos ocupantes têm a função de deliberar sobre certas matérias e agir como juízes e, sobretudo, comandar”⁵⁵. Essa função seria ocupada por aqueles que chamamos genericamente de funcionários públicos. Por fim, o Poder Judiciário que é constituído pelos tribunais que Aristóteles considera serem oito, a saber:

- 1) tribunal de contas, 2) que julga os danos causados à cidade, 3) que julga as ofensas à constituição, 4) para decidir disputas entre os magistrados e os cidadãos comuns quanto a penas, 5) para decidir quanto a questões relativas a contratos entre particulares, 6) os que julgam os homicídios, 7) tribunais para estrangeiros, nos casos entre eles e os cidadãos, 8) tribunais para pequenas causas⁵⁶.

Tal distinção funcional, máxime quando da acentuada especificação das atribuições de cada “elemento da cidade” e, especialmente, dos tribunais, traz implícita a ideia da busca da adequação e eficiência no exercício dessas funções. Com efeito, não se pode pretender uma distinção material de funções, com nítida especificidade de cada uma delas, deslocada da finalidade de um bom exercício dessas funções.

Não se nega aqui a preponderância da noção de distribuição social do Poder Político no pensamento de Aristóteles, mas não se afasta a finalidade implícita da busca da eficiência, e isto se pode observar no exame de várias passagens de sua obra.

Cita-se, a título de exemplo, suas observações sobre a especificidade da função em relação ao cargo: “nas grandes cidades é possível e mesmo necessário que todo cargo tenha uma função específica”, pois “cada função é mais bem exercida se a atenção visa somente um objetivo, em vez de muitos” ou aquelas sobre o contexto da distribuição das funções, já que não passa despercebida pelo pensador grego a necessidade de adequação entre a função e a classe social de seu ocupante: “Essas assembleias deliberam melhor quando o povo e os notáveis deliberam juntos”, ou “o povo deve ter o poder de vetar uma medida, porém não o poder de votar a sua aprovação, a qual compete aos magistrados” e, ainda, “todos os cidadãos podem ser indicados para certas funções, contudo para outras funções

⁵⁵ ARISTÓTELES. *Política*, p. 170 e 173.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 177.

apenas uma determinada classe”⁵⁷. O autor ainda discursa sobre a necessidade do bom funcionamento destas funções, quando diz que

nenhuma cidade pode existir sem que determinadas funções sejam exercidas, e nenhum governo pode ser bem administrado sem o bom funcionamento das funções que preservam a harmonia e a ordem⁵⁸.

Todas essas passagens evidenciam a vinculação a que procede Aristóteles, ainda que implicitamente, da Separação do Poder, no sentido da distribuição entre as classes sociais do exercício do Poder Político da *polis*, à adequação e à eficiência do exercício das respectivas funções.

Há, inequivocamente, já em Aristóteles – ainda que não seja o eixo principal do seu pensamento – uma distinção das funções inerentes ao Poder Político, passando-se por sua adequada ocupação, com o fim de se obter eficiência em seu exercício, o que já constitui manifestação, ainda que embrionária, do que aqui chamou-se de dimensão orgânico-funcional da Separação de Poderes.

Tal dimensão, entretanto, ganhou fôlego e passou a integrar o rol de tantos outros sentidos e finalidades que povoaram a Separação de Poderes naqueles agitados dias da rica experiência constitucional inglesa do século XVIII. A respeito, Piçarra, ao afirmar que a Separação de Poderes foi reivindicada com outros argumentos e objetivos para além da versão do *Rule of Law*, aduz que:

foi reivindicada em nome da eficiência do Estado: a função legislativa e a função executiva, por serem materialmente distintas, devem ser postas a cargo de distintos órgãos, estrutural e processualmente adequados ao seu eficiente desempenho. A função legislativa deve caber a um órgão de tipo assembleia, em princípio, bastante numeroso. A função executiva, por sua vez, deve caber ou a um órgão singular ou a um órgão colegial pouco numeroso⁵⁹.

Tal ideia, segundo o próprio Piçarra, estaria na posição de Fortescue e citada por Gwyn, acentuando, ainda, que nesta “versão da eficiência”, está “o embrião de uma ideia particularmente destacada na atualidade no princípio homônimo: a de que este é um princípio funcional ou de organização ótima das funções estaduais”⁶⁰.

⁵⁷ ARISTÓTELES, *Política*, p. 172-175.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 228.

⁵⁹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 60.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 61.

Com efeito, o desenvolvimento dessa ideia atinge níveis absolutamente destacados e relevantes na atualidade, chegando alguns a vislumbrar, nesta dimensão e com exclusividade, o real sentido atual do princípio da Separação de Poderes, que será examinado oportunamente.

Por agora, basta que se situe a Separação de Poderes, ainda tida apenas como ideia, em sua dimensão orgânico-funcional, ou seja, como a desconcentração do Poder por meio da diferenciação das diversas funções estatais, visando-se alcançar o exercício adequado e eficiente do Poder Político do Estado.

2 A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO DOCTRINA

2.1 O Pensamento Antecessor de Locke. 2.2 A Doutrina Quadridimensional de Montesquieu. 2.3 Concepções Subsequentes. 2.3.1 Rousseau e a Separação de Poderes no Contexto da Supremacia do Legislativo. 2.3.2 A Proposta Alternativa de Benjamin Constant. 2.3.3 A Crítica Consistente de Carré de Malberg. 2.3.4 A Nova Tripartição de Karl Loewenstein.

2.1 O PENSAMENTO ANTECESSOR DE LOCKE

Há quem não enxergue na produção teórica de John Locke qualquer doutrina da Separação de Poderes, bem como há os que vislumbram, na sua obra *Dois Tratados sobre o Governo*, a doutrina em sua forma original. Considera-se certo, aqui, que Locke doutrinou a Separação de Poderes, ainda que não tenha sido com a feição ampla como a de Montesquieu, mas trazendo alguns elementos posteriormente revisitados pelo pensador francês, de tal forma que se pode incluir seu pensamento como antecessor daquela que viria a ser a obra referencial e fundamental sobre o tema: *O Espírito das Leis*.

Não se pode dizer que o pensamento de Locke, não obstante tenha suas particularidades e, ainda, tenha antecedido o mais festejado teórico do tema, não pode ser considerado, em termos absolutamente próprios, uma doutrina sobre a Separação de Poderes, uma vez que diferencia as funções do Estado – ainda que de forma considerada incompleta ou insuficiente –, atribui a órgãos distintos o seu exercício, apregoa a necessidade de que tais funções sejam exercidas separadamente e, também, contempla uma finalidade para tal Separação.

Primeiramente, Locke fez uma distinção das funções do Estado, que ele chama de “Poder”, diferenciando Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo, acrescentando, ainda, a “prerrogativa”⁶¹.

⁶¹ Para alguns autores, como Fleiner-Gerster, Locke teria prescrito três Poderes – Legislativo, Executivo e Federativo –, enquanto para outros, como Canotilho, ele teria apontado quatro Poderes, acrescentando-se o “Prerrogativo”. Cf. FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. passim. Com efeito, da leitura da obra *Segundo Tratado sobre o Governo* não fica claro se o esquema do autor é tripartido ou quadripartido. Considerando-se, entretanto, que o essencial de Locke é a distinção entre Legislativo e Executivo, já que tanto o poder Federativo quanto a “Prerrogativa” devem ser exercidos pelo Executivo, resta indiferente o ângulo de visão que se adote.

Para ele, o Legislativo seria o Poder “que deve fazer leis” enquanto o Executivo teria a função permanente de “executar as leis em vigor”. O Federativo, que segundo Locke poderia ser chamado de Poder “natural”, seria “a base do poder de guerra e de paz, de fazer ou desfazer ligas e alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade”. Por fim, a “Prerrogativa” que, para muitos, não se trataria, na concepção do próprio Locke, de um Poder propriamente dito, mas apenas de uma atribuição que se dá ao Executivo, quando esse se vê diante da impossibilidade de reunião do Legislativo, para os casos em que a lei não prevê ou para os quais não se obtém uma justa decisão. Seria, portanto, o “poder de agir pela discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei e, com frequência, até contra ela”⁶².

Salienta-se, de início, que no esquema constitucional de Locke a função legislativa goza de absoluta supremacia sobre as demais, não havendo uma paridade de nível entre esta e as outras funções. Neste particular, é bem explícito o seu pensamento de que:

o legislativo é o poder supremo; o que deve fazer leis para os demais deve necessariamente ser-lhe superior; e uma vez que o legislativo é superior apenas pelo trabalho de fazer leis válidas para todos os membros da sociedade, prescrevendo regras às suas ações, e acionando o poder executivo quando as transgridem, o legislativo necessariamente terá que ser supremo, e todos os outros poderes vigentes na sociedade, dele derivados ou a ele subordinados⁶³.

Dessa primeira observação é possível, desde já, afirmar que a Separação de Poderes que se pode contemplar em Locke não tem finalidade de equilíbrio político, ou seja, não se apresenta em sua dimensão política tal como anteriormente definida. Com efeito, o pensador inglês não contempla a Separação como forma de colocar os órgãos investidos no Poder Político do Estado em perfeito equilíbrio, ou seja, controlando-se mutuamente.

Não há equilíbrio onde há supremacia e, sendo o órgão encarregado da função legislativa supremo em relação aos demais órgãos, não há como se pretender equilíbrio entre os mesmos. Portanto, a Teoria da Separação de Poderes de Locke não contempla uma dimensão política tal como a concebemos.

⁶² LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 106-107 e 117.

⁶³ *Ibidem*, p. 110.

Neste particular, talvez resida o motivo pelo qual, para muitos, não há uma verdadeira Separação de Poderes na doutrina de Locke.

Entende-se, entretanto, não obstante exista a supremacia do órgão Legislativo e a conseqüente ausência de uma dimensão política na teoria de Locke, ainda assim está presente a Separação de Poderes que, em seu esquema constitucional, se dá essencialmente entre o Legislativo e o Executivo, já que a “Prerrogativa” já se insere entre as funções do Executivo e, “embora os poderes executivo e federativo de uma comunidade sejam de fato distintos entre si, seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas”⁶⁴.

O fato de não se vislumbrar uma Separação de Poderes em sua dimensão política, ou seja, com objetivo de equilibrar os órgãos políticos – o que efetivamente não se vislumbra em face da apregoada supremacia do Legislativo –, não impede a existência da Separação com finalidades distintas. É o que se pode contemplar no *Segundo Tratado sobre o Governo*, de citação imprescindível:

As leis vigoram permanentemente e devem ser sempre praticadas, e, como se podem elaborar em curto prazo, não há necessidade de exercitar tal poder constantemente, pois nem sempre teria no que se ocupar. **Poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às leis que fazem**, e como a possibilidade de amoldar a lei, não só na elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos, tornando-se uma classe com interesse distinto dos demais, divergente da **finalidade da sociedade e do governo**.(...)como mesmo as leis elaboradas rapidamente e em prazo curto têm validade permanente e duradoura, precisando de execução e assistência constante, torna-se necessária a existência de um poder também permanente que execute as leis em vigor. E assim **os poderes legislativo e executivo são frequentemente separados**⁶⁵.

Daqui emana, com absoluta clareza, a necessidade de se atribuírem a órgãos distintos as funções legislativa e executiva, a separação destes órgãos e a finalidade dessa separação, qual seja, a manutenção da “finalidade da sociedade e do governo”.

Há, em seu pensamento, uma nítida necessidade de separação entre o Executivo e o Legislativo, com o fim de evitar a “tentação excessiva para a fraqueza

⁶⁴ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 107.

⁶⁵ Ibidem, p. 106. Grifos nossos.

humana” que venha em prejuízo da “finalidade da sociedade e do governo”, a qual se traduz, com perfeição, na dimensão jurídica da Separação de Poderes que, em última análise, nada mais é do que a Separação dos Poderes com função limitadora do Poder Político e com o objetivo de garantir os direitos individuais diante da possibilidade de abuso no exercício desse Poder.

Poder-se-ia alegar, em contraposição a essa assertiva, que o enunciado de Locke não leva à limitação do Poder com o fim de evitar o abuso, tendo em vista ser o Legislativo, em sua própria concepção, supremo e, portanto, ilimitado. Também se poderia alegar que não há referência direta entre essa separação e os direitos individuais.

Quanto à primeira objeção, somente o fato de se explicitar a necessidade de separação em face dos atos de abuso que enuncia (desobedecer à lei ou amoldá-la em favor de si mesmo) já seria suficiente para demonstrar a inexistência, no pensamento de Locke, de um Poder ilimitado. Mas, para os que se apegam à proclamação da supremacia do Legislativo, não é demais lembrar que a supremacia, no sentido empregado por Locke, ainda que signifique superioridade hierárquica em relação aos demais Poderes, não tem intenção de torná-lo absoluto e ilimitado.

Locke afirma, em outra passagem, que embora o Poder Legislativo seja “supremo em qualquer comunidade, não pode, nem poderia ser, completamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas” já que se trata tão somente do Poder do conjunto de todos os membros da sociedade confiado a legisladores. Conclui, de forma incisiva, que “o poder legislativo tem seus limites restritos ao bem geral da comunidade”⁶⁶.

Ele ainda vai além, ao enunciar tais limitações, afirmando que

o poder legislativo ou supremo não pode arrogar a si o direito de governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários, mas tem a obrigação de fazer justiça e decidir sobre os direitos dos cidadãos mediante leis promulgadas, fixas e aplicadas por juízes autorizados e conhecidos⁶⁷.

Em outras palavras, o Legislativo seria supremo por estar, em relação aos demais órgãos, em uma posição de superioridade, mas não é absoluto nem ilimitado, já que adstrito ao bem geral da comunidade. É em nome desse “bem geral

⁶⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 99.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 100.

da comunidade”, incompatível com o exercício arbitrário do Poder Político, que o “Poder supremo” não pode ir além de sua função legislativa, não podendo assim executar as leis nem mesmo por decretos extemporâneos e arbitrários, o que bem se amolda à separação entre Legislativo e Executivo.

Portanto, a supremacia do Legislativo não obsta nem é incompatível com a Separação entre o Legislativo e o Executivo defendida por Locke.

Quanto à ausência direta de referência à garantia dos direitos individuais como objetivo da separação proposta, não há qualquer dificuldade em se afrontar tal objeção quando se tem em mente o teor geral da obra de Locke e suas considerações anteriores sobre o tema.

Em um desenvolvimento inverso à sequência apresentada por Locke no *Segundo Tratado sobre o Governo*, poder-se-ia dizer que os “Poderes” por ele identificados são da comunidade, ou seja, Poderes decorrentes do Poder de cada pessoa e também dos grupos que, juntos, formam a comunidade. O próprio Poder Legislativo, tido como supremo, assim o é exatamente porque decorre diretamente do Poder de todos os membros da sociedade. A formação da sociedade política, por sua vez, na visão contratualista de Locke, significou exatamente a abdicação por cada um dos indivíduos de seus direitos naturais, transferindo-os à comunidade, que passa a preservá-los. Portanto, a comunidade passa a ter como finalidade a proteção dos direitos naturais que seus membros gozavam, ainda que de forma insegura, quando em “estado de natureza”.

É o próprio Locke que, em consonância com essa linha de raciocínio, enuncia, em capítulo específico, os “fins da sociedade política e do governo”, quais sejam, os de “conservação recíproca da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de propriedade”⁶⁸ ou, em outras palavras, dos próprios direitos individuais.

Portanto, se o objetivo da separação proposta por Locke, que se pode extrair literalmente do texto anteriormente destacado, é o de evitar atos abusivos que venham em prejuízo da finalidade da sociedade e do governo e, sendo essa finalidade exatamente a conservação dos direitos individuais dos membros da sociedade, torna-se impossível explicitar, com mais clareza, que os fins a que se presta a Separação de Poderes apregoada por Locke sejam a garantia e proteção dos direitos individuais.

⁶⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 92.

É visível, e isento de dúvidas, portanto, a dimensão preponderantemente jurídica da doutrina da Separação de Poderes na obra de Locke.

Piçarra enxerga, na doutrina de Locke, o que aqui se chamou de dimensão orgânico-funcional, que é exatamente a finalidade de adequação e eficiência dos respectivos órgãos no exercício de suas funções. Para o doutrinador português, tal dimensão estaria na concepção esboçada, em passagem acima já citada, da curta duração para a feitura da lei e na sua permanente execução e aplicação, o que exigiria “um poder também permanente que execute as leis em vigor” e faria que “os poderes legislativo e executivo sejam frequentemente separados”⁶⁹.

Com efeito, assinala Piçarra:

Também neste ponto Locke não é original. Limita-se a retomar a tradicional ‘versão da eficiência’ da doutrina da separação dos poderes, apenas com diferenças de pormenor: enquanto que a necessidade de atribuição a órgãos separados da função legislativa e da executiva era defendida em nome da impossibilidade de um órgão com grande número de titulares como o corpo legislativo atuar com a rapidez apropriada à função executiva – o que só seria conseguido atribuindo-a a um órgão restrito ou singular – Locke apenas se baseia no tempo requerido pelo exercício da função legislativa (curto) e da executiva (permanente)⁷⁰.

A passagem invocada por Piçarra, se vista de forma isolada, talvez fosse insuficiente para demonstrar com nitidez a dimensão orgânico-funcional ou, no seu dizer, a “versão da eficiência da doutrina da separação dos poderes”. Há, entretanto, outras passagens que justificam seu pensamento, como a que aclara o próprio trecho por ele enfocado, vinculando de forma taxativa o tipo de função de cada Poder com a forma de seu funcionamento: “é desnecessário e inconveniente que o poder legislativo esteja sempre reunido, mas é absolutamente necessário que o poder executivo seja permanente”, tendo em vista que “nem sempre se faz preciso elaborar novas leis, mas a necessidade de executar as existentes é constantes”⁷¹.

A preocupação de Locke com a eficiência no exercício da função também aparece, porém de forma invertida – já que prega a possibilidade de exercício conjunto das funções –, quando sustenta e justifica a colocação dos Poderes Executivo e Federativo em mãos únicas, conforme se depreende do excerto:

⁶⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 106.

⁷⁰ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 72.

⁷¹ LOCKE, John, op. cit., p. 111.

ambos exigem a força da sociedade para seu exercício, e é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou seja, os poderes executivo e federativo em pessoas que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade a ficar sob comandos diferentes, o que, em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres⁷².

A própria atribuição da “Prerrogativa” ao Executivo é uma demonstração das mais evidentes de que o arranjo institucional proposto por Locke no qual os Poderes Executivo e Legislativo devem estar separados molda tal separação visando obter eficiência. Com efeito, a “Prerrogativa” é a atribuição de uma função que, em princípio, deveria caber ao Legislativo, mas que, por circunstâncias justificadas, é atribuída ao Executivo.

Veja-se, por exemplo, a justificativa usada por Locke:

sabemos que em alguns governos o poder legislativo nem sempre está ativo e é, em geral, numeroso e lento para acompanhar a rapidez que a execução requer, e também porque é impossível prever, e portanto contemplar por leis, as infinitas vicissitudes que afetam o público; nem tampouco fazer leis que, se executadas rigorosamente não causem dano em nenhuma ocasião e sobre todas as pessoas que a elas fiquem expostas; por isso existe certa flexibilidade no poder executivo para levar a efeito muitas ações que as leis não prescrevem ditadas pela discricção⁷³.

Em seu conjunto, portanto, o esquema constitucional de Separação de Poderes aqui em exame traz, implícita e explicitamente, o signo da busca da eficiência como norte de sua inspiração, o que se pode verificar nas passagens assinaladas, que reforçam a argumentação de Piçarra trazida a lume.

Não resta dúvida, portanto, de que a doutrina da Separação de Poderes, tal qual professada por Locke, tem também por finalidade a busca da eficiência no exercício do Poder Político, ou seja, traz em sua configuração uma dimensão orgânico-funcional.

Resta o exame da dimensão social da Separação de Poderes proposta por Locke, que seria a contemplação do equilíbrio dos segmentos sociais como finalidade da Separação.

Afirma Canotilho que “o escrito de John Locke tinha ainda como envolvimento social – plano sócio-estrutural – a sociedade e os seus estamentos” e que “todos os poderes sociais constituíam o Parlamento, mas a sociedade feudal era, ainda, o

⁷² LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 108.

⁷³ *Ibidem*, p. 117.

conjunto dos estamentos: os comuns (*Commons*), a nobreza temporal e espiritual (*Lord*) e a família real (*King in Parliament*)⁷⁴.

Não se pode negar essa realidade social do tempo em que Locke escreveu sua famosa obra, cuja data é estimada pela maioria dos estudiosos como sendo o final da década de oitenta do século XVII ou mesmo o começo dessa mesma década, como pretende Clavero⁷⁵. O certo é que, ao tempo da promulgação do *Bill of Rights* (1689), predominava na prática constitucional inglesa este equilíbrio social entre os estamentos – rei, lordes e comuns – no interior do Parlamento, naquilo a que anteriormente nos referimos como equilíbrio intraorgânico, já que se verificava dentro do órgão legislativo, numa versão mais primitiva da Balança dos Poderes.

Ocorre que Locke não transpõe tal realidade de equilíbrio social que o cerca para seu esquema de Separação de Poderes, ainda que visivelmente a considere. Primeiramente, porque a Separação proposta não tem por finalidade o equilíbrio social já que se, efetivamente, tal equilíbrio ocorre no interior do Parlamento – o qual, na sua concepção, se traduzia no órgão supremo –, não se prestaria a Separação, tal qual proposta, à obtenção desse equilíbrio. Ademais, Locke avança em direção ao princípio da soberania popular que, evidentemente, despreza um possível equilíbrio de estamentos sociais que justifiquem a Separação de Poderes.

Assim, a doutrina da Separação de Poderes de Locke definitivamente não apresenta uma dimensão social, ou seja, não tem a finalidade de obtenção do equilíbrio social no exercício do Poder Político do Estado.

Conclui-se, de forma geral, ser inegável a existência de uma doutrina da Separação de Poderes na obra de Locke, ainda que tal doutrina não abranja todas as dimensões possíveis contidas nas ideias que nortearam sua longa evolução. Assim, não se contempla uma dimensão política na teoria de Locke, já que a Separação por ele proposta não objetiva o equilíbrio político entre os órgãos que exercem o Poder Estatal, nem uma dimensão social, visto que também não se destina ao equilíbrio social. No entanto, encontra-se presente uma dimensão orgânico-funcional, tendo em vista que pretende a distribuição de tarefas com o fim de obtenção da eficiência no desempenho das funções estatais e, sobretudo, guarda

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 581.

⁷⁵ Os *dois Tratados sobre o Governo* foram publicados em 1690, havendo dúvida sobre a data exata de sua produção. Para Clavero, “ambos se escribieron hacia comienzos de la década de los ochenta del siglo XVII y no, como ha venido entendiéndose, a finales de esos años”. (CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de Los Poderes: Histórias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, p. 41).

uma dimensão jurídica, já que o esquema de Separação proposto tem por finalidade precípua evitar o exercício arbitrário do Poder Político do Estado, com o fim preponderante de proteger e garantir os direitos individuais.

2.2 A DOUTRINA QUADRIDIMENSIONAL DE MONTESQUIEU

Montesquieu foi o mais lido, estudado, referido, imitado, elogiado, enaltecido, venerado, controvertido, criticado, repudiado e até ridicularizado teórico da Separação de Poderes, mas, ao mesmo tempo, o mais incompreendido.

A doutrina da Separação de Poderes, desde o século XVIII, se vincula obrigatoriamente ao seu nome. Antes disso, não passava de uma ideia ou de um aglomerado delas e, quando muito, de uma teoria que veio posteriormente a ser adequadamente cunhada com o adjetivo de antecessora ou precursora.

Ao se deparar com o tema da Separação de Poderes e ao constatar que “o oráculo sempre consultado e sempre citado nessa matéria é Montesquieu”, Madison observa: “se ele não é autor do inestimável preceito de que falamos, pelo menos foi ele quem melhor o desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano”⁷⁶.

Em sua sempre segura observação, sentencia Seabra Fagundes:

Com frequência se recrimina o publicista do *Espírito das Leis*, à vista dos defeitos que a divisão de poderes convertida em separação irracional tem acarretado. Também é corrente se lhe negar a prioridade da teoria universalmente aceita. Mas é de justiça reconhecer-lhe o mérito de ter sido o primeiro sistematizador e o de mais autoridade dessa distinção de funções e órgãos do Estado⁷⁷.

Certo é que após tornar públicas, em 1748, as famosas linhas de *O Espírito das Leis*, o seu pensamento passou a ser o referencial de todos aqueles que se dispuseram a estudar – defendendo ou criticando –, a Separação de Poderes. E foram muitos. São autores de percepções bastante diversificadas e cujas ideias, pelo menos em grande parte, merecem uma observação, ainda que rápida.

⁷⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, Hamilton. *O Federalista*. São Paulo: Líder, 2003. p. 299.

⁷⁷ FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 2-3.

Entretanto, não se pode deixar de concluir, diante do marco que representa a sua obra e conforme Miranda, que “o autor fundamental é, pois, Montesquieu”⁷⁸, e tal afirmativa vale independentemente do nível de acatamento e aceitação de suas ideias.

Vejamos o que, em verdade, doutrina o pensador francês.

Diga-se, de início, que para efeito do presente trabalho não é de grande valia a discussão acerca de eventual equívoco que teria cometido Montesquieu ao observar a Constituição da Inglaterra como exemplo prático de aplicação da Teoria esboçada no livro décimo primeiro de sua famosa obra, diante do fato, apontado por alguns doutrinadores, de que a realidade institucional inglesa do tempo já apontava para caminhos bem diversos, mais precisamente para o início da experiência parlamentarista.

Parece tal circunstância ser absolutamente irrelevante, diante da pretensão de se focar o presente estudo no exame do verdadeiro significado e conteúdo de sua doutrina o que, a rigor, também pareceu ao próprio autor, que, ao final do célebre capítulo, denominado “Da Constituição da Inglaterra”, no qual esboça a base de toda a teoria da Separação de Poderes, acentuou – demonstrando que tinha plena consciência das dissensões entre o arranjo institucional examinado e a realidade fática – que “não compete a mim examinar se atualmente os ingleses gozam ou não dessa liberdade. É suficiente para mim dizer que ela é estabelecida pelas leis, e não procuro saber nada mais”⁷⁹.

Passando à margem desta discussão, será focado o ponto inicial de sua doutrina, qual seja, a distinção dos poderes estatais⁸⁰ e a passagem em que afirma que “há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”, para, em seguida, especificar cada um deles:

pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou

⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 377.

⁷⁹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 175.

⁸⁰ Neste primeiro momento, não interessa fazer uma distinção rigorosa entre *Poder*, na concepção ou concepções que existem hoje, e *função*, razão pela qual se seguem utilizando os termos na forma e no sentido empregados por Montesquieu.

recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos, simplesmente, ‘o poder executivo do Estado’⁸¹.

Montesquieu parece cometer uma impropriedade ao conceituar restritivamente o Poder Executivo, que é assemelhado ao Poder Federativo de Locke e voltado exclusivamente para as questões externas, mas ele o corrige logo em seguida – mais precisamente quatro parágrafos à frente –, considerando como função a ele atribuída “executar as resoluções públicas”, o que é mais amplo, genérico e adequado.

A grande inovação em relação à obra de Locke, é a inclusão do “Poder de julgar” entre os Poderes do Estado, o que significou a consagração da fórmula até hoje utilizada da “Tripartição dos Poderes do Estado”.

Mas distinguir, por si só, não é separar, assim como separar não é isolar. Montesquieu, portanto, deu seguimento à sua doutrina de Separação com o mais famoso e sempre citado trecho de sua obra, cuja transcrição se impõe, por sua fundamental importância e significado:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares⁸².

A primeira e central ideia que se pode extrair do texto citado é a da necessidade de Separação do exercício dos Poderes do Estado. Em outras palavras, é a da inadequação do exercício concentrado ou da não aceitação da concentração.

⁸¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 165.

⁸² *Ibidem*, p. 165.

Quase imperceptível, mas também presente, é a ideia da graduação dos malefícios de tal concentração, de forma que o exercício conjunto de dois dos Poderes leva a um grande mal, seja a tirania (Executivo e Legislativo), seja a arbitrariedade (julgar e Legislativo), seja a opressão (julgar e Executivo), mas a junção de todos leva ao mal extremo: “tudo estaria perdido”. Tal pormenor conduz à ideia de que há diferença entre os níveis de concentração e separação, o que implica também diferentes níveis dos malefícios a serem produzidos. Montesquieu, portanto, ao contrário do que muitos afirmam, não trabalha com a ideia rígida que enxerga apenas dois polos – o da concentração e o da separação –, mas com uma noção flexível que abarca níveis entre a máxima concentração e a máxima separação.

De qualquer forma, a ideia da Separação, de uma maneira geral, é uma decorrência natural do pensamento esboçado nos capítulos anteriores de que todo Poder leva ao abuso, o que torna necessária a sua limitação, razão pela qual Montesquieu, na argumentação acima posta, propõe a Separação como forma inicial de limitação do Poder.

Esta é, pois, a primeira lição: a necessidade de Separação do Poder como forma de evitar o abuso.

Mas o texto citado não traz apenas a ideia da Separação, mas a traz, de forma preponderante, em sua dimensão jurídica.

Com efeito, ficou bem explicitado anteriormente que a dimensão jurídica da Separação de Poderes corresponde exatamente à ideia da Separação vinculada à finalidade de garantia dos direitos individuais, não se podendo deixar de perceber, pela simples leitura do escrito, tal dimensão na ideia de separação de Montesquieu.

O objetivo primeiro e essencial de sua proposta de arranjo institucional é prevenir a tirania, a arbitrariedade e a opressão, já que existe concentração no exercício dos Poderes e, para usar a sua repetida expressão, “não pode existir liberdade”. Neste particular, vale lembrar que o texto citado vem imediatamente antecedido pela definição do que o autor entende por liberdade, qual seja: “a liberdade política, em um cidadão, é essa tranquilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança”, sendo que ele ainda acrescenta que “para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão”.

Portanto, Montesquieu concebeu a Separação de Poderes, em primeiro lugar, como garantia jurídica, como forma de proteção aos direitos individuais dos cidadãos, de sua liberdade, como remédio contra a tirania, como forma de proteção dos cidadãos contra a arbitrariedade e a opressão, para que “um cidadão não possa temer outro cidadão”, ou seja, concebeu a Separação de Poderes preponderantemente em sua dimensão jurídica.

Neste ponto, foi mais claro, completo e incisivo que Locke, mas conferiu, em sua primeira abordagem, a mesma conotação de Separação de Poderes que o seu precursor, qual seja, uma conotação de proteção e de garantia dos direitos individuais dos cidadãos, contemplando a Separação de Poderes em sua dimensão jurídica.

A Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu não se esgota, contudo, nessa dimensão. Também na esteira de Locke, o pensador francês concebeu a sua doutrina em uma dimensão orgânico-funcional, já que a Separação por ele proposta objetivava a adequação orgânica e a eficiência funcional.

Neste particular, o avanço talvez tenha sido ainda mais significativo, já que Locke tratou o assunto de forma inegavelmente tímida, enfocando muito mais a eficiência do que a adequação do órgão e, mesmo assim, bastante superficialmente.

Montesquieu, ao contrário, contemplou de forma conjunta tanto a adequação do órgão à função quanto sua eficiência, e tal eficiência tanto poderia ser resultante da adequação quanto da própria forma em que se verifica o seu funcionamento.

Exemplo marcante de que a Separação tem por fim, também, a adequação do órgão e sua eficiência se pode extrair do seguinte texto:

O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca, porque essa parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um só do que por vários; enquanto o que depende do poder legislativo é, não raro, mais bem ordenada por muitos do que por um só⁸³.

Tal passagem, salienta-se, ainda que emblemática, não se constitui argumento único e isolado, antes se interligando com outras colocações, de maneira a se inserir no contexto de uma ideia geral que norteia o seu pensamento e que leva à inevitável conclusão de que sua concepção de Separação vislumbrava,

⁸³ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 170.

inegavelmente, esta finalidade de adequação dos órgãos e eficiência no exercício das funções.

Podem ser citadas, a título de exemplo, outras passagens, como a que ele reflete sobre a conveniência de serem os órgãos encarregados do exercício dos respectivos Poderes, de caráter permanente ou não, entendendo que “o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente”, mas, ao contrário, deve funcionar “em certas épocas do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que apenas dure o tempo necessário”. Já “os dois outros poderes poderiam ser, preferivelmente, dados a magistrados ou a corpos permanentes”⁸⁴.

A própria sujeição do Exército ao Executivo, e não ao Legislativo, ocorre em virtude da adequação entre a função de comando militar e um órgão mais ativo como o Executivo e da inadequação em se conferir essa função a um órgão de cunho deliberativo. Com efeito, ensina Montesquieu que “o exército, uma vez estabelecido, não deve depender imediatamente do corpo legislativo, mas ao poder executivo” e justifica “isso em virtude da natureza da coisa; sua existência consiste mais na ação que na deliberação”. Ao final, reforça que “o exército desprezará sempre um senado e respeitará seus oficiais”⁸⁵.

Não há dúvida, portanto, de que contempla Montesquieu, em sua Teoria, a adequação dos órgãos e a sua eficiência como finalidade da Separação de Poderes que propõe, fazendo-o de forma bem mais explícita e detalhada do que Locke, embora seguindo a mesma linha de pensamento.

Há, pois, sem dúvida, uma dimensão orgânico-funcional na doutrina da Separação de Poderes de Montesquieu.

O *plus* da Teoria de Montesquieu, entretanto, em relação à doutrina de Locke se verifica não apenas pela clareza das ideias e pela riqueza de argumentos, mas também por conferir à Separação de Poderes, além das dimensões jurídica e orgânico-funcionais já presentes na obra de seu antecessor, uma dimensão social e outra política.

A dimensão social, inserida por Montesquieu em sua concepção de Separação de Poderes, talvez tenha sido fruto de sua própria condição social, de sua origem aristocrática e da posição de defesa em que, naquele momento histórico,

⁸⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 167.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 174.

se colocava a aristocracia europeia, tida como uma “classe condenada” pelos contornos que ganhava a evolução social.

Mas, independentemente do que tenha interferido sobre o ânimo do pensador, certo é que a Teoria decorrente de sua análise da Constituição da Inglaterra aponta para a busca do equilíbrio social como objetivo da Separação que propõe.

Observa Aron, em sua visão sociológica e após constatar que a ideia essencial da Separação de Poderes em *O Espírito das Leis* é “o que se poderia chamar de equilíbrio dos poderes sociais”, que “em toda a análise da Constituição inglesa, Montesquieu supõe a existência de uma nobreza e duas Câmaras, uma representando o povo, a outra a aristocracia”, para acrescentar que “Montesquieu procura reencontrar a diferenciação social, a distinção das classes e das hierarquias sociais”⁸⁶.

Essa colocação bem ilustra a observação minuciosa, que somente a perspicácia de Aron seria capaz de proporcionar, de que “no livro XI, depois de terminar o exame da Constituição inglesa, ele volta a falar de Roma e analisa o conjunto da história romana em termos das relações entre a plebe e o patriarcado”, para daí concluir que o que interessa a Montesquieu é “a rivalidade entre as classes” e que “essa competição social é a condição do regime moderado, porque as diversas classes são capazes de se equilibrar”⁸⁷.

Com efeito, é pressuposto do pensamento de Montesquieu a existência de estamentos sociais, ou seja, a diferenciação de classes, o que, por si só, não seria suficiente para que sua Teoria tivesse uma dimensão social, pelo menos não nos termos aqui anteriormente já definidos, como não a teve a Teoria de Locke, não obstante ele tivesse em mente a mesma sociedade estamental.

Mas em Montesquieu, diferentemente de em Locke, a Separação de Poderes é posta a serviço do equilíbrio destas classes sociais.

Para se perceber a veracidade de tal assertiva, basta que se faça uma leitura das célebres linhas do capítulo em que ele trata da Constituição da Inglaterra, no qual, desde o seu início, quando ainda proclamava que “tudo estaria perdido” se houvesse concentração total dos três Poderes nas mãos de um só, não se contenta em repudiar tal concentração em um “mesmo homem” avançando seu repúdio à

⁸⁶ ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*, p. 23-24.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 24.

concentração do exercício do Poder por um “mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo”⁸⁸. Começa, pois, repudiando o exercício do Poder Político por um mesmo estamento social.

O seu esquema constitucional se perfila, com perfeição, com o esquema social da monarquia mista inglesa, em que o Poder se dividia entre rei, nobres e comuns, de forma que, para ele, “o poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca”, enquanto

o poder legislativo será confiado tanto ao corpo dos nobres quanto ao corpo que for escolhido para representar o povo, cada qual com as suas assembléias e deliberações à parte, e objetivos e interesses separados⁸⁹.

Há, pois, uma nítida divisão do Poder entre as classes sociais politicamente relevantes, de forma que possam se equilibrar em face do exercício dividido desse Poder. Tal divisão, entretanto, se dá nos Poderes Executivo e Legislativo, o que pode, em um primeiro momento, causar estranheza, já que não se contempla, nesta divisão equilibrada, o Poder de julgar.

É aí que ganha sentido a sua afirmação, muitas vezes ignorada e muito mais vezes incompreendida, de que “o judiciário é, de algum modo, nulo”⁹⁰. Não é por acaso que tal afirmação vem na sequência da “divisão social do poder” acima demonstrada.

De fato, na divisão do Poder entre os estamentos sociais o Judiciário efetivamente é nulo, no sentido de que não pode ser entregue a nenhum dos estamentos já que, em suas próprias palavras,

é necessário que os juízes sejam da mesma condição social que o acusado ou seus pares, para que ele não possa ter em mente a idéia de que caiu nas mãos de pessoas capazes de lhe fazer violência⁹¹,

ou seja, os juízes não hão de vir exclusivamente de uma específica classe social, mas da mesma classe das pessoas a ele submetidas⁹².

⁸⁸ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 166.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 169-170.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 169.

⁹¹ *Ibidem*, p. 168.

⁹² Em outra ocasião, Montesquieu também emprega a expressão “invisível e nulo” para definir o Poder de julgar, conferindo a ela, entretanto, um sentido distinto que decorre do fato de o órgão encarregado de exercer este Poder não ser permanente, mas funcionar apenas em determinadas épocas do ano e tão somente pelo tempo necessário. Afirma ele que “o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e

Por essa razão, embora – de uma forma geral – o Poder de julgar deva ser “exercido por pessoas extraídas da classe popular”⁹³, até porque esta é a classe majoritária e, portanto, a que teoricamente compreende mais pessoas a serem julgadas, isso ocorre apenas quando o julgamento é de pessoas do povo, ou seja, de classe social igual a dos julgadores, já que, quando o julgamento é dos nobres, para manter a regra de que todos devem ser julgados perante os seus pares, o esquema de Montesquieu, abrindo o que ele chama de exceção, leva a função do julgamento para o Legislativo. Salienta as razões:

Apesar de que, em geral, o poder judiciário não deva estar ligado a nenhuma parte do legislativo, isso, porém, está sujeito a três exceções fundadas sobre o interesse particular daquele que deve ser julgado.

Os poderosos estão sempre expostos à inveja, e se eles fossem julgados pelo povo não gozariam do privilégio que assiste ao mais humilde dos cidadãos em um Estado livre, isto é, o de ser julgado pelos seus pares. É preciso, portanto, que os nobres sejam citados a comparecer, não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante da parte do corpo legislativo composto por nobres⁹⁴.

Tal posição, inclusive, reforça a alegada divisão do Poder entre os segmentos sociais, já que também reparte o Poder de julgar, de forma a permitir que cada estamento social julgue seus pares.

Em linhas mais gerais, entretanto, tem o significado de fechar um esquema constitucional em que o Poder é dividido pelas classes sociais, ficando o Executivo a cargo do Rei, o Legislativo dividido entre nobres e comuns, em duas assembleias distintas, e o Judiciário, dentro de uma proclamada “nulidade” na distribuição do Poder, sendo exercido de acordo com a classe social dos que vierem a ser julgados.

Neste contexto, resta absolutamente configurada uma Separação de Poderes com o objetivo de equilíbrio entre os diversos estamentos sociais no exercício do Poder Político ou, em outras palavras, uma Separação de Poderes em sua dimensão social.

Cabe ainda examinar a dimensão política da doutrina de Montesquieu, que diz respeito ao equilíbrio entre os órgãos aos quais se atribui o exercício do Poder Político do Estado.

nulo”, conclui que “ninguém mais terá, constantemente, juízes diante dos olhos: temer-se-á a magistratura, e não os magistrados”. (MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, p. 167).

⁹³ Ibidem, p. 167.

⁹⁴ Ibidem, p. 172.

Salienta-se, de início, que o que diferencia essa dimensão da já analisada dimensão social é o equilíbrio dos “Poderes” em si, ou seja, dos próprios órgãos que exercem o Poder Político e não dos estamentos sociais, ainda que estes se concentrem, quase exclusivamente, em uma determinada função. Cada estamento social exerce uma parcela do Poder com o fim de manter o equilíbrio em relação aos demais, ainda que tal estamento se concentre em um determinado órgão, e isso difere, evidentemente, do equilíbrio dos próprios órgãos, independentemente do segmento social que com exclusividade ou não ocupe cada um deles.

Em Montesquieu, é visível a preocupação de equilíbrio não somente dos segmentos sociais na ocupação dos órgãos que exercem o Poder, conforme já visto (dimensão social), como também o equilíbrio dos próprios órgãos que exercem o Poder Político, um equilíbrio político propriamente dito. Não é outra a sua pretensão senão a obtenção do exercício do Poder Político de forma moderada, ou seja, de forma distribuída e equilibrada politicamente.

É por assim ser que Tavares, ao constatar que Montesquieu vai além de uma vertente exclusivamente jurídica da Separação de Poderes e da versão que se continha na *Rule of Law*, observa que “não desconheceu ele a versão da *balance of powers*, que adotava a separação e independência como condição para o equilíbrio dos poderes por seu controle recíproco”⁹⁵.

Já seria possível, somente pela forma como propõe a Separação dos “Poderes”; pela atribuição de funções específicas a órgãos distintos, com a expressa recomendação de seu não exercício pelas mesmas pessoas; pela contextualização deste arranjo político com a de um equilíbrio social para além das fronteiras do Parlamento e pela formatação de um esquema de relacionamento entre os “Poderes” que não mais contempla uma supremacia do Legislativo sobre os demais, extrair-se de sua obra toda a concepção de equilíbrio político que norteia o seu pensamento e que se apresenta, de forma incontestável, como pretensão e objetivo da sua proposta de Separação de Poderes.

Mas Montesquieu não se contenta em obter o equilíbrio apenas pela Separação e pela igualdade de *status* dos órgãos, já que tinha consciência de que uma Separação estanque e rígida não conduziria necessariamente ao equilíbrio, como já havia demonstrado a experiência constitucional inglesa, onde foi buscar

⁹⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1025.

inspiração. Ele vai além e procura chegar ao equilíbrio pelo controle recíproco de um Poder sobre o outro.

É neste sentido que Bittar observa que

além de divisão dos poderes, também se ressalta da leitura do Livro XI a importância do equilíbrio de relações entre eles, pelo controle que um pode exercer sobre o outro, sem necessariamente desarticular-se a independência a que tem direito⁹⁶.

O modelo proposto por Montesquieu, na verdade, não levava em conta a existência apenas dos dois extremos, quais sejam, o da separação e o da concentração. Já se acentuou anteriormente, a partir da observação da ideia de graduação dos malefícios de acordo com o nível de concentração do Poder – a *junção de dois poderes leva a um grande mal, seja a tirania, arbitrariedade ou opressão, mas a junção de todos leva ao mal extremo, já que “tudo estaria perdido”*⁹⁷ –, que o autor de *O Espírito das Leis* trabalha com uma noção flexível que abarca níveis entre a máxima concentração e a máxima separação.

Assim, no seu esquema constitucional os “Poderes” estão separados, mas não estão absolutamente separados, ainda que não possam estar concentrados. Não há uma separação em seu extremo, mas uma separação moderada pelo avanço, em situações especificadas, de um Poder sobre o outro.

É por assim também entender que Althusser, fundado nos artigos do jurista Charles Eisenmann, compreende serem essenciais, na teoria por este formulada, duas observações que ele chama de audácias: em primeiro lugar, a de que a Teoria da Separação dos Poderes, em sua formulação pretensamente pura, “não existia em Montesquieu”, em face das interferências de um Poder sobre o outro, de forma que não se vislumbrava como “conciliar semelhantes e tão importantes interferências dos poderes com a pretendida pureza da sua separação”, em segundo lugar, a de que em Montesquieu “não se tratava de *separação*, mas de *combinação*, de *fusão* e de *ligação dos poderes*”. A partir daí, logra esclarecer “o famoso problema do governo moderado”, acentuando que “a verdadeira moderação não é nem a estrita separação dos poderes nem a preocupação e o respeito jurídico da legalidade”, mas uma coisa completamente diferente, que “é o equilíbrio dos poderes”⁹⁸.

⁹⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 197.

⁹⁷ Ibidem, p. 165.

⁹⁸ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a Política e a História*. 2. ed. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença LDA, 1977. p. 129-135.

Há, nos ensinamentos de Charles Eisenmann, repetidos por Althusser, uma percepção nítida dos mecanismos de interferência entre os Poderes, o que afasta a existência de uma pretensa Separação rígida, bem como da utilidade desses mecanismos como busca da moderação pretendida por Montesquieu, que nada mais é do que o equilíbrio político entre os Poderes⁹⁹.

Com efeito, o controle recíproco e, até mesmo, certo entrelaçamento de funções são visivelmente contemplados pelo arranjo institucional proposto e bem demonstram que a Separação de Poderes que aqui se doutrina não tem o fim de “dividir o Poder” mas de equilibrar o exercício do Poder Político. É deste controle mútuo, e mesmo desta interferência funcional, que nasce o equilíbrio almejado, numa versão – embora primária – do que se denominou posteriormente de *checks and balances*.

É de acordo com essa percepção que Malberg acentua:

Se puede precisar el completo y profundo alcance de esta teoría diciendo que tiende esencialmente a constituir tres grandes potestades, las cuales habrían de ser puestas en condiciones, por las circunstancias mismas de su organización, de defenderse cada cual contra toda invasión de las otras dos, es decir, de mantener su independencia en el ejercicio de las atribuciones que les pertenecen como propia en virtud de la separación de poderes. Desde este punto de vista, sobre todo, la teoría de Montesquieu mereció ser calificada como sistema de frenos y de contrapesos, o también teoría de la balanza y del equilibrio de los poderes¹⁰⁰.

Verdade é que a interferência de um Poder no outro ocorre muito mais de forma negativa, por meio do que ele chama de *faculdade de impedir* (“direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro”) e não da *faculdade de estatuir* (“direito de ordenar por si próprio, ou de corrigir o que foi ordenado por outro”)¹⁰¹, ainda que não seja a forma exclusiva de interferência¹⁰².

⁹⁹ Althusser, é necessário frisar, avança um pouco mais quando trata do “equilíbrio dos Poderes”, misturando este com o equilíbrio das “potências sociais”, que são, para Montesquieu, coisas distintas. Tal confusão, entretanto, não afasta a essência da ideia de busca, na verdade, da moderação, e de que esta não se encontra na Separação absoluta, mas no equilíbrio verificado em uma Separação moderada. De qualquer forma, não foi possível detectar se o avanço sobre o aspecto social é da lavra de Eisenmann, uma vez que não se conseguiu dispor do seu texto original, ou se foi acrescentado por Althusser, já que este, ao iniciar a exposição do pensamento de Eisenmann, adverte que vai “retomar aqui o essencial antes de **prolongar** as suas conclusões”. (ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a Política e a História*, p. 129. Grifos nossos).

¹⁰⁰ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*. Tradução para espanhol José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 748.

¹⁰¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 170.

¹⁰² Diferentemente do que afirmam alguns autores, a interferência de um Poder no outro não ocorre somente entre o Legislativo e o Executivo, e nem apenas em sua forma negativa, já que é verificada

De qualquer maneira, a *faculdade de impedir* se traduz, com perfeição, numa interferência de um Poder sobre o outro, como forma de controle, afastando-se definitivamente a ideia de uma Separação rígida amparada tão somente na natureza da função por cada um exercida e apontando para uma Separação moderada, que busca o equilíbrio político, bem na linha de pensamento dos *checks and balances*.

Bonavides bem percebeu tal conotação quando assim se expressa:

O gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*).

Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento – lembra o profundo pensador – são elas compelidas a atuar 'de concerto', harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII. Com efeito, quando o executivo emprega o veto para enfrear determinada medida legislativa não faz uso da faculdade de estatuir mas da faculdade de impedir, faculdade que se insere no quadro dos mecanismos de controle recíproco da ação dos poderes¹⁰³.

De fato, não há como não se perceber na faculdade de impedir uma forma de interferência de um Poder sobre o outro, de controle e, principalmente, de equilíbrio.

Também não é difícil identificar no texto de *O Espírito das Leis* exemplos desta interferência, com objetivo específico de se conduzir ao equilíbrio almejado.

Bem conhecida é a passagem em que o autor define a necessidade de interferência do Poder Executivo sobre o Legislativo, afirmando que

se o poder executivo não tem o direito de controlar os empreendimentos do corpo legislativo, este tornar-se-á despótico, pois, como pode atribuir a si todo o poder que pode imaginar, destruirá todos os outros poderes¹⁰⁴.

também em relação ao Poder de julgar e, neste caso, de forma positiva. Com efeito, de passagem já citada se pode extrair que, não obstante seja a regra de que ao Legislativo não cabe a função de julgar, mas sim aos tribunais da nação, tal premissa cede quando se está perante um julgamento de nobres que, devendo ser julgados pelos seus pares, haverão de comparecer perante o Legislativo, mais precisamente perante a parte representante de sua classe, ou seja, a assembleia dos nobres. Assim, a interferência de função se dá em relação ao Judiciário e de forma positiva.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 150.

¹⁰⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 171.

Mais adiante, melhor explica a forma desta interferência, afirmando que “o poder executivo deve tomar parte na legislação por meio do seu direito de veto” já que “se o monarca participasse da legislação, em virtude da faculdade de estatuir, não mais haveria liberdade”. No entanto, “como é preciso que ele participe da legislação a fim de defender-se, cumpre que ele nela tome parte pela sua faculdade de impedir”¹⁰⁵.

A interferência, portanto, do Executivo no Legislativo ocorre para evitar a supremacia deste e a hipertrofia do Poder, ou seja, para que não se torne “despótico” e destrua os outros Poderes. É uma posição, pois, de defesa do Executivo, para que não seja despojado de suas prerrogativas.

Por outro lado, não menos conhecida é a passagem em que o autor traz a lume a forma de interferência do Legislativo no Executivo:

Não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de refrear o poder executivo, porque, tendo a execução limites por sua natureza, seria inútil limitá-la, considerando-se, além disso, que o poder executivo é exercido sempre sobre coisas momentâneas.

Contudo, se em um Estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de cercear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que modo as leis que ele promulgou foram bem executadas¹⁰⁶.

Ainda na relação entre Legislativo e Executivo, a preocupação de Montesquieu com o equilíbrio e a dependência entre estes dois Poderes é tanta que ele chega a propor uma forma de atuar – que não corresponde à mera distribuição de funções – como instrumento para se manter essa dependência mútua. Vejamos o exemplo ilustrativo:

Se o poder legislativo estatuísse, não anualmente, mas para sempre, sobre a arrecadação do dinheiro público, correria o risco de perder sua liberdade, porque o poder executivo não dependeria mais dele: e quando se possui tal direito para sempre, é assaz indiferente tê-lo para si próprio ou para um outro. O mesmo ocorre quando estatui, não de ano em ano, mas para sempre, sobre as forças de terra e mar¹⁰⁷.

¹⁰⁵ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 170-171.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 171.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 174.

Há, portanto, uma preocupação de que o Executivo não se torne também supremo, tornando dispensável o Legislativo ou se desvinculando deste por ausência de fiscalização da boa execução da lei.

Portanto, com as limitações impostas de lado a lado por meio de instrumentos de controle recíproco, conferiu Montesquieu uma conotação flexível à sua proposta de Separação e quis, de forma patente, alcançar o equilíbrio político.

É, na verdade, uma construção engenhosa da fórmula “o poder limita o poder” voltada, particularmente, para a obtenção do equilíbrio político.

Não é outra senão esta a percepção de Durkheim, que contempla, na teoria de Montesquieu, uma manifestação da *divisão de trabalho*, tão em voga na monarquia, em que a sociedade “pode ser comparada a um organismo vivo, do qual cada parte realiza uma função específica de acordo com sua natureza” e se, por um lado, cada parte desenvolve sua atividade específica, por outro, limitada pelas outras partes, se obtém o equilíbrio político, ainda que não se elimine as discordâncias. Analisa, pois, o papel de cada um dos órgãos:

Como cada um é impedido pelos outros de tornar-se poderoso e absorver todos os poderes do organismo, ele é livre para desenvolver sua natureza especial, mas com moderação. Estamos agora em posição de entender o papel representado pela famosa teoria da divisão de poderes no pensamento de Montesquieu. É simplesmente uma forma particular do princípio de que as diversas funções públicas devem ser realizadas por diferentes pessoas. Se Montesquieu atribui tanta importância à distribuição da autoridade, não é para eliminar toda a discordância entre os diversos poderes, mas antes para forjar uma tal rivalidade que nenhum dentre eles possa ser capaz de erguer-se acima dos outros e reduzi-los à insignificância¹⁰⁸.

Poder-se-ia supor, entretanto, máxime diante das convicções em voga na época, que tal arranjo institucional, com interferências mútuas, em especial em virtude da possibilidade de impedir, poderia levar à paralisação recíproca dos Poderes. Mas, tamanha era a convicção de Montesquieu de que os instrumentos de controle por ele previstos levariam antes ao equilíbrio e à harmonia política do que à inércia, que proclama em uma significativa passagem:

O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, será também paralisado

¹⁰⁸ DURKHEIM, Émile. *Montesquieu e Rousseau: pioneiros da sociologia*. Trad. Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008. p. 40.

pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão também forçados a caminhar de acordo¹⁰⁹.

A proposta, pois, insculpida em *O Espírito das Leis*, tem por finalidade o equilíbrio dos Poderes através de um sistema de controle mútuo, em que tais Poderes não são isolados, mas, até certo ponto, entrelaçados. É neste sentido que se falou anteriormente que distinguir, por si só, não significa separar, assim como separar não é isolar. Montesquieu diferenciou inicialmente as funções para depois as separar, atribuindo-as a órgãos diversos sem, entretanto, isolar tais órgãos, razão pela qual se pode dizer que sua proposta de Separação é, inegavelmente, flexível, trazendo a marca da moderação na busca do equilíbrio.

Visível é, portanto, a ausência de rigidez na proposta de Separação de Poderes que se pode extrair de Montesquieu. Nítida se faz, igualmente, a busca do equilíbrio político no exercício do Poder como objetivo direto desta Separação.

É neste sentido que se vislumbra a dimensão política de sua doutrina.

Em resumo, poder-se-ia dizer que a doutrina da Separação de Poderes de Montesquieu é quadridimensional, uma vez que, tanto quanto a proposta de Locke, apresenta uma dimensão jurídica e outra orgânico-funcional, entendida a primeira como a Separação com o fim de proteção dos direitos e das liberdades individuais e a segunda como essa mesma Separação, objetivando, no entanto, a adequação orgânica e a eficiência funcional. Por outro lado, foi mais além ao contemplar uma dimensão social, que se traduz na busca do equilíbrio social no exercício do Poder Político, ou seja, no equilíbrio entre os diversos estamentos que compõem a sociedade, bem como uma dimensão política, que corresponde à finalidade de obtenção do equilíbrio político entre os órgãos que exercem o Poder do Estado.

A grande inovação de Montesquieu está exatamente em contemplar em uma mesma ideia – a da Separação de Poderes –, de forma clara e precisa, quatro finalidades distintas, que correspondem às quatro dimensões de sua doutrina. Tais fins já poderiam ser extraídos, conforme se expôs anteriormente, das ideias ou dos embates políticos que historicamente gravitaram em torno da evolução do pensamento central que inspirou a Teoria da Separação de Poderes. Ocorre que tais finalidades se apresentavam muitas vezes divergentes e até mesmo contrapostas,

¹⁰⁹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 173.

tendo Montesquieu não somente reunido como, principalmente, harmonizado as mesmas. Nisto reside a sua genialidade e, mais ainda, a incompreensão que, pelos séculos que se seguiram, constantemente pairou sobre sua doutrina.

2.3 CONCEPÇÕES SUBSEQUENTES

Já se falou anteriormente que, desde a publicação de *O Espírito das Leis*, em 1748, a doutrina de Montesquieu passou a ser o referencial de todos aqueles que se dispuseram a estudar a Separação de Poderes, independentemente de estar em posição favorável ou contrária às suas ideias.

Somando-se tal ao fato de que este se constituiu, se não o mais importante, pelo menos o mais polêmico e controvertido tema da Ciência Política, pode-se imaginar que praticamente todos os cientistas políticos e teóricos do Estado se depararam com o tema e, inevitavelmente, abordaram, ainda que superficial ou implicitamente, as ideias insculpidas na obra de Montesquieu.

É impossível, trazer a lume todas as concepções que se seguiram a Montesquieu, além de ser desnecessário, para efeito do que aqui se propõe, bastando abordá-las em quantidade suficiente para tornar nítida e inequívoca a visão que se considera a correta sobre o significado real e atual da Separação de Poderes, conforme adiante se fará expor.

Parece, portanto, necessário fazer uma abordagem do pensamento de Rousseau, ainda que este não se atenha de forma minuciosa ao tema, por representar uma vertente absolutamente diversa da seguida por Montesquieu, bem como àquela proposta por Benjamin Constant, por ser um modelo alternativo que, inclusive, chegou a ser seguido no Brasil. Também são indispensáveis o exame e a análise da crítica efetivamente consistente, em meio a tantas outras desarrazoadas, em torno da Teoria de Montesquieu, a qual está posta no pensamento de Carré de Malberg. Por fim, far-se-á um breve exame de outra tripartição, proposta por Karl Loewenstein.

O pensamento de todos esses teóricos demonstra-se, independentemente da concordância ou não com a ideia que se procurará ao final transmitir ou mesmo

de sua afinidade com a doutrina central de Montesquieu, de suma importância para a construção da noção que atualmente se possa ter da Separação de Poderes.

2.3.1 Rousseau e a Separação de Poderes no Contexto da Supremacia do Legislativo

Para Miranda, “as grandes divergências políticas modernas radicam no contraste entre Montesquieu e Rousseau”. Focando exame sobre a questão da Separação de Poderes, ele esclarece que “para Montesquieu o poder legislativo deve ser limitado pelo executivo e vice-versa” enquanto para Rousseau, “pelo contrário, o único poder soberano é o poder legislativo”. Para o constitucionalista português, portanto, “Rousseau claramente vem opor-se à separação de poderes”¹¹⁰.

Miranda reconhece que Rousseau admite uma distinção entre as funções legislativa e executiva, embora considere que somente a função legislativa seja soberana, enquanto a função executiva não tem esse atributo, sendo apenas intermediária, sem o objetivo de limitar o Poder.

É basicamente o mesmo pensamento de Malberg, que entende que ao se colocar o Poder Executivo ao lado do Legislativo, Rousseau apenas aparentemente contempla a Separação dos mesmos, tendo em vista que a sua concepção, partindo da soberania do povo e do Legislativo, não admite que o Executivo a este se contraponha e, portanto, vislumbra apenas um Poder único e soberano, que é o Legislativo.

Assim se expressa:

Por ello, Rousseau coloca, junto al pueblo, legislador o soberano, al ‘gobierno’ o ‘cuerpo encargado de la ejecución de las leyes’; y con esto, parece que la potestad legislativa y la potestad ejecutiva se encuentren desunidas y separadas. Pero no se trata aquí sino de una separación aparente. En realidad Rousseau no admite sino un poder único, el poder legislativo, que confunde con la soberanía; y sobre todo, no admite que el ‘gobierno’ o ejecutivo pueda contrarresta al cuerpo legislativo”¹¹¹.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. III, p. 379.

¹¹¹ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 748.

Não existiria, portanto, para os dois respeitáveis pensadores – assim como para tantos outros doutrinadores – Separação de Poderes em Rousseau.

Considerando-se apenas as dimensões política e social da Separação de Poderes – entendidas como a finalidade de equilíbrio político entre os órgãos que exercem o Poder do Estado, ou entre os segmentos sociais que compõem a sociedade –, evidentemente seria encontrada uma absoluta incompatibilidade destas com o pensamento de Rousseau.

Com efeito, de um pensamento que parte do pressuposto da soberania popular, no qual o que se denomina *povo* não tem a conotação de uma classe social como em Montesquieu, e sim do conjunto de todos os que formam o pacto social que, como sabido, “são iguais pelo contrato social”¹¹², não se pode deduzir qualquer pretensão de equilíbrio social pela via da Divisão de Poderes entre classes sociais. Também não há que se falar em equilíbrio político entre os órgãos que exercem o Poder Estatal, diante da supremacia do Legislativo, já que, à evidência, equilíbrio e supremacia não se compatibilizam.

Nessas duas dimensões, entretanto, não se esgota a ideia da Separação de Poderes, conforme se pode verificar na argumentação anteriormente posta, de tal forma que é possível extrair do *Contrato Social* uma noção de Separação de cunho tanto jurídico quanto orgânico-funcional, conforme se demonstrará adiante.

De qualquer forma, uma primeira conclusão é absolutamente inafastável: a de que a Separação de Poderes que se logra apontar em Rousseau parte de premissas absolutamente diversas das que inspiraram a Separação que se extrai de *O Espírito das Leis*. Em Montesquieu, o cenário contemplado é o de Poderes equivalentes, que se postam de forma equilibrada no arranjo institucional, ao passo que em Rousseau a supremacia do Legislativo impregna toda a lógica que norteia a postura e o inter-relacionamento dos Poderes.

Partindo-se, portanto, de concepções diversas sobre a própria formatação do Poder, não caberia a Separação que daí se contempla ser concebida de forma idêntica. Daí se dizer que a Separação de Poderes em Rousseau é uma concepção completamente distinta da que se extrai da clássica concepção de Montesquieu.

Não implica isto afirmar, em absoluto, que não haja Separação de Poderes em Rousseau. Há, sim, e é o que se tenta demonstrar adiante.

¹¹² ROUSSEAU. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 89.

De fato, Rousseau distinguiu duas funções do Estado, as quais chama de *Poder Legislativo* e *Poder Executivo*, e acentuou a necessidade de que sejam exercidas separadamente.

Primeiramente, distingue de maneira clara as duas funções em eloquente metáfora que, até mesmo pela beleza estética, merece ser transcrita na íntegra:

Toda ação livre tem duas causas, que concorrem a produzi-la: uma moral, que é a vontade que determina o ato; a outra física, que é a potência que o executa. Quando eu me dirijo a um objeto, necessário é primeiramente que eu lá queira ir; e em segundo lugar, que os pés me levem. Queira um paralítico correr, não o queira um homem ágil, ambos ficarão quietos. Há no corpo político os mesmos motores; nele se distinguem também a força e a vontade; esta sob o nome de *poder legislativo*, aquela sob o de *poder executivo*, e sem o concurso desses dois poderes nada se faz ou deve fazer na sociedade política¹¹³.

Diferenciando as duas funções ou *Poderes*, passa a demonstrar, em diversas passagens, a necessidade de que estas duas funções sejam exercidas separadamente – não obstante a supremacia que atribui a uma delas –, o que pode ser exemplificado em sentenças por ele arguidas de que “não é bom que execute as leis quem as faz, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos objetivos gerais para a pôr em objetos particulares” e que “se aquele que governa os homens não devem governar as leis, o que governa as leis não deve governar os homens”¹¹⁴.

Resta absolutamente clara, então, a distinção das funções de elaborar as leis (*Poder Legislativo*) e de executá-las (*Poder Executivo*), bem como a necessidade de seu exercício separado.

Acentua-se que cada uma das afirmações acima citadas não tem efeito apenas retórico que possa implicar uma Separação apenas aparente, já que a Separação tem uma razão de ser, que é explicada pelo próprio Rousseau:

Vimos que o poder legislativo pertence ao povo, e não pode pertencer senão a ele. Ao contrário, vemos facilmente pelos princípios atrás expostos que o poder executivo não pode pertencer à generalidade como legisladora e soberana, porque esse poder só consiste em atos particulares, que não competem à lei, nem por conseguinte ao *soberano*, cujos atos não podem ser senão leis¹¹⁵.

¹¹³ ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, p. 59.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 66-67 e 47.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 59.

Para que melhor se compreenda a assertiva acima destacada, assim como as que se seguem, deve-se ter em mente que, para Rousseau, “soberano” se confunde com o povo e se traduz no Poder absoluto que decorre da vontade geral e se instrumentaliza no Poder Legislativo, por meio da elaboração das leis, enquanto “governo”, ou “suprema administração” seria “o exercício legítimo do poder executivo”¹¹⁶. Por sua vez, o príncipe ou magistrado é o homem – ou o corpo – incumbido deste exercício. O ato do soberano, portanto, é a lei, que é um ato geral elaborado pelo Poder Legislativo e pertence ao povo, ao passo que do Poder Executivo, exercido pelo príncipe ou pelos magistrados, emanam atos particulares¹¹⁷.

Assim, não poderia o Poder Executivo, do qual emanam atos particulares que não competem à lei, ser exercido pelo povo (pela “generalidade como legisladora e soberana”), já que este, por meio de seu Poder soberano, somente pode realizar atos gerais, ou seja, leis.

Há uma necessidade real e efetiva de separação entre o Poder Executivo, exercido pelo príncipe, e o Legislativo, de titularidade do soberano (ou povo), o que se reforça na assertiva de que “sendo o príncipe e o soberano a mesma pessoa, não formam, por assim dizer, senão um governo sem governo”¹¹⁸.

São muitos os inconvenientes do exercício conjunto dos dois Poderes que levam à necessidade de um exercício separado, o que não passa despercebido por Rousseau.

Ao afirmar, por exemplo, conforme acima registrado, não ser bom que o povo desvie sua atenção dos objetos gerais para se dedicar a objetos particulares, o autor do *Contrato Social* pensou muito mais além da mera inadequação, já que justifica sua afirmação acentuando que “a coisa mais perigosa que há é a influência dos interesses privados nos negócios públicos”¹¹⁹, ou seja, na verdade vislumbra o perigo decorrente da particularização da lei, o que fatalmente ocorreria com o exercício conjunto das duas funções.

¹¹⁶ ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, p. 60.

¹¹⁷ No esquema institucional de Rousseau, há uma tríplice e circular relação entre povo e governo, já que “o governo recebe do soberano as ordens que ele dá ao povo”, ou seja, o soberano, que nada mais é do que a vontade geral que decorre do próprio conjunto do povo, dá, de forma geral, ordens ao governo (leis), que as executa em face do próprio povo. Por esta razão, afirma Rousseau que os cidadãos são “de um lado soberano e do outro vassalos”. *Ibidem*, p. 60.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

Por esta razão é que, nessa mesma passagem, após considerar que o ideal seria que se juntasse Poder Legislativo e o Executivo, já que “aquele que faz a lei sabe melhor que ninguém como ela se deve executar e interpretar”, mas que, na prática, tal se apresenta inviável, proclama que “é menos mal o abuso das leis pelo governo do que a corrupção do legislador, resultado infalível de alvos particulares”¹²⁰.

Em outras palavras, a corrupção do legislador que, no caso, consiste na particularização da lei e é decorrência inevitável do desvio de atenção do povo de objetos gerais para objetos particulares, é um mal muito maior do que eventual abuso praticado pelo órgão de governo na aplicação da lei, razão pela qual, ainda que o ideal fosse a junção dos dois órgãos, se faz necessária a Separação destes dois Poderes.

À mesma conclusão nos leva outra passagem que é igualmente representativa – exatamente quando afirma que aquele que governa os homens não deve governar as leis e o que governa as leis não deve governar os homens – ao sustentar que, quando assim não ocorre, “as leis, instrumentos de suas paixões, só perpetuaram muitas vezes as suas injustiças, e nunca ele poderia evitar que a integridade de sua obra fosse alterada por motivos particulares”¹²¹.

Neste segundo caso, Rousseau ilustra de forma absolutamente apropriada invocando exemplos históricos – entre eles, Licurgo, que teria abdicado de sua realeza ao dar leis à sua pátria e também Roma, que “em sua mais bela idade viu renascer todos os crimes da tirania por haver confiado aos mesmos homens a autoridade legislativa e o poder soberano”¹²².

É inegável a taxativa e, até certo ponto, radical pregação da necessidade de Separação dos Poderes, ainda que, repita-se, o autor parta da premissa de que o Legislativo tem supremacia sobre o Executivo.

É necessário acentuar que não há, no pensamento de Rousseau, incompatibilidade entre a supremacia do Legislativo e a necessidade de serem exercidas separadamente as funções do Estado, como não existiam, também, no pensamento de Locke.

¹²⁰ ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, p. 67.

¹²¹ *Ibidem*, p. 47.

¹²² *Ibidem*, p. 48.

É o próprio Legislativo, Poder soberano, que institui o Executivo, “indispensável para avivar e mover o corpo político”¹²³, de modo a lhe conferir vida própria e função distinta, já que não é da essência do Legislativo a feitura de atos particulares, mas apenas de atos gerais, de leis. Não se exclui, pois, a supremacia do Legislativo, mas também não se abdica da necessidade indispensável da Separação, sob pena de desnaturação do próprio corpo político. Diz Rousseau:

Bem estabelecido o poder legislativo, trata-se igualmente de fundar o executivo, porque não obrando este senão por atos particulares, e não sendo da essência do outro, está naturalmente separado. Se fosse possível que o soberano, considerado como tal, tivesse o poder executivo, o direito e o fato seriam confundidos de tal modo a não mais se saber o que é lei, nem o que o não é, e o corpo político, assim desnaturado, cedo seria vítima da violência, contra a qual se instituiria¹²⁴.

Nesse trecho de sua obra, em reforço aos que anteriormente foram invocados, ficam claras não somente a necessidade da Separação e a compatibilidade desta com a apregoada supremacia do Legislativo, como também, de forma particular, a finalidade específica – pelo menos em um primeiro plano – de uma adequação do órgão à função a ser desempenhada, e que anteriormente já foi denominada dimensão orgânico-funcional da Separação de Poderes.

Os atos a serem praticados por este corpo Executivo – o príncipe –, por serem atos particulares, individualizados, não convêm à lei que, no pensamento do autor e conforme farta exemplificação, deve se restringir a atos gerais. É, portanto, um órgão que, por sua essência e por sua própria natureza deverá se restringir a elaborar atos gerais, leis, e não deve se prestar a praticar atos particulares, sendo necessário que se crie um órgão próprio, adequado a esta função, que seja mais *força* de execução do que *vontade* de decisão.

Daí a necessidade da existência do Poder Executivo, não obstante a preeminência do Legislativo. É que “a força pública necessita de um agente próprio, que a reúna e empregue, segundo as direções da vontade geral”. E conclui o pensador: “Eis qual é no Estado a razão do governo”¹²⁵.

É neste panorama, de necessidade e adequação, que se desenham os dois órgãos imaginados por Rousseau que exercerão as duas funções por ele

¹²³ ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, p. 89.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 89.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 59-60.

identificadas, chamadas de *Poder Executivo* e de *Poder Legislativo*, sendo que, portanto, se percebe a Separação de Poderes em sua dimensão orgânico-funcional, independentemente da existência de um caráter de equilíbrio social e político que inexistente efetivamente no caso.

Tal percepção também foi observada por Piçarra, que expressa:

Resulta claro que esta separação dos poderes está, de todo, desligada do problema político da sua referência aos grupos sociais ou aos estamentos da constituição mista. A separação orgânico-pessoal entre poder legislativo e poder executivo decorre de razões estritamente funcionais e não se pretende 'lugar de equilíbrio' de forças político-sociais.¹²⁶

De forma singela, porém clara, se percebe a Separação de Poderes em sua dimensão orgânico-funcional.

A mesma clareza, entretanto, não se faz presente quando se procura aquilo que é intuitivo, ou seja, a dimensão jurídica da Separação esboçada por Rousseau, que exige uma observação mais analítica.

Com efeito, não se encontram em sua obra – como em Montesquieu – argumentos diretos e inequívocos acerca de uma Separação de Poderes a serviço da liberdade individual e dos direitos dos cidadãos que se traduziria numa garantia jurídica contra abusos que pudessem vir a ser cometidos no exercício do Poder Político do Estado, o que, com certa facilidade, nos levou a concluir pela existência de uma dimensão jurídica na obra do pensador francês.

Isto não significa que não seja contemplada, no *Contrato Social*, a existência de tal dimensão, mas sim que esta se situa em outro nível de raciocínio e argumentação, menos direto e mais genérico.

Nos argumentos postos no *Contrato Social* a Separação de Poderes não é apresentada na defesa direta dos direitos individuais ou das liberdades, como o era em Montesquieu, mas sim na defesa de uma legalidade, da lei e de sua supremacia sobre as vontades particulares, daquilo que a evolução das ideias políticas veio a chamar de Estado de Direito¹²⁷.

¹²⁶ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 135.

¹²⁷ Posteriormente, ter-se-á a oportunidade de observar como a consolidação do Estado de Direito findou por absorver ou, pelo menos, eclipsar, esta dimensão jurídica da Separação de Poderes, o que ocorreu no momento em que se passou a proteger diretamente a liberdade dos indivíduos.

É por esta razão que Piçarra, ao se deparar com a “construção radicalmente monista do poder do Estado” que decorre do *Contrato Social* e constatar que a Separação de Poderes,

entendida como modo de limitar o poder político-estadual, mediante a sua estruturação plural, ou seja, mediante a sua distribuição por vários pólos, de acordo com a idéia de que o poder limita o poder, nada deve a Rousseau¹²⁸,

observa, com precisão, que “a doutrina da separação dos poderes, entendida como modo de garantir a supremacia da lei, recebeu de Rousseau o seu desenvolvimento mais radical”¹²⁹, traduzindo, com perfeição, sua percepção não somente da presença de Separação de Poderes em Rousseau mas, sobretudo, desta função garantidora da legalidade.

Supondo-se, como não se poderia deixar de fazer, que a legalidade – ou império da lei – está, em última análise, a serviço das mesmas liberdades e dos mesmos direitos, não há como se afastar a finalidade, ainda que indireta, da Separação proposta para proteger tais direitos e tais liberdades.

Não se pode afastar, também, o entendimento da Separação proposta por Rousseau do contexto geral de sua obra, e é dela que emana a ideia do contrato social que tira o homem do estado de natureza e o coloca no estado civil, razão pela qual perde “a liberdade natural e um direito sem limites a tudo que tenta e pode atingir”, típico do estado de natureza, e, ao mesmo tempo, “ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”¹³⁰, ou seja, ganha a liberdade e os direitos civis. É também dela que se extrai a ideia da vontade geral que decorre do pacto social, da soberania como exercício desta vontade e da lei como manifestação desta soberania, donde surge a lei como decorrente direta da soberania, da vontade geral e do pacto social e, em última análise, como garante da própria liberdade e dos direitos que decorrem deste pacto.

É neste sentido, e quase que resumindo a sequência acima destacada, que Rousseau sentencia: “Se indagais em que consiste justamente o maior bem de todos, e qual deve ser o fim de todo sistema de legislação, achá-lo-eis resumido nestes dois objetos principais: a *liberdade* e a *igualdade*”¹³¹.

¹²⁸ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 125.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 125.

¹³⁰ ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, p. 33.

¹³¹ *Ibidem*, p. 55.

A legislação protege as liberdades e os direitos civis, de tal forma que se a Separação de Poderes proposta por Rousseau objetiva diretamente proteger a legalidade, não se poderia afastar sua finalidade de também proteger tais direitos e liberdades, na medida em que, protegendo a legalidade, a Separação também protege a soberania, a vontade geral e o pacto social, de onde esses elementos decorrem.

Poder-se-ia indagar, entretanto, se a Separação de Poderes a serviço da preservação da legalidade está, de fato, tão explícita na obra de Rousseau.

Neste particular, conclusiva e particularmente significativa é a passagem em que, referindo-se à metáfora entre o Poder Legislativo – tido como *a vontade* – e o Executivo – *a força* –, Rousseau sentencia:

se o soberano quer governar, se o magistrado quer dar leis, ou se os vassallos não querem obedecer, a desordem sucede à regularidade, não agem mais uníssonas a força e a vontade, e o dissolvido Estado cai no despotismo ou na anarquia¹³².

A particular significação a que se refere não está no caráter conclusivo da assertiva, mas, sobretudo, no que representa o rompimento desta Separação no pensamento de Rousseau, decorrente da invasão funcional de um Poder no outro, e que se traduz exatamente na dissolução do Estado, que “cai no despotismo ou na anarquia”.

Para ele, o fato de o soberano governar, de o magistrado ditar as leis e de os vassallos não obedecerem, ou seja, de não haver o cumprimento adequado de cada um dos papéis atribuídos aos detentores do Poder e até mesmo aos seus destinatários, acarretando um descompasso entre Executivo e Legislativo – ou seja, entre a *força* e a *vontade* – resulta na dissolução do Estado em face do despotismo ou da anarquia¹³³.

A consequência da quebra da Separação de Poderes entre o Legislativo e o Executivo é a quebra da própria legalidade, por meio do abuso de governo (anarquia) ou do próprio Poder soberano, ou por sua usurpação (despotismo),

¹³² ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, p. 60.

¹³³ Acentua-se aqui, para uma melhor compreensão, o exato significado, para Rousseau, do que sejam “anarquia” e “despotismo”. Ensina o mestre de Genebra que “o abuso do governo, qualquer que seja, toma o nome de anarquia”, comumente especificada como oclocracia, oligarquia ou tirania, que é a degeneração, respectivamente, da democracia, da aristocracia e da realeza. Déspota, por sua vez, é “o usurpador do poder soberano”, aquele que “se faz superior às próprias leis”, no que se distingue do tirano, que é apenas o usurpador do Poder real. *Ibidem*, p. 82.

cabendo salientar que a usurpação do Poder soberano pelo príncipe, detentor do exercício do Poder Executivo, e sua autocolocação como alguém superior às próprias leis, implica a dissolução do próprio Estado, já que “no instante em que o governo usurpa a soberania, o pacto social se rompe”¹³⁴.

A Separação de Poderes, portanto, está a serviço da manutenção da legalidade e do próprio Estado e, como tal, a serviço da preservação da liberdade e dos direitos civis que neles se encerram.

Há, assim, uma nítida finalidade da Separação proposta de se preservar a legalidade, assim como a soberania e o pacto social e, por consequência, as liberdades e os direitos civis que deles decorrem, pelo que se torna evidente a sua dimensão jurídica.

Portanto, há Separação de Poderes em Rousseau tanto em sua dimensão orgânico-funcional, já que tal Separação tem por finalidade uma adequação entre o órgão e a função a ser exercida, quanto em sua dimensão jurídica, mesmo que em patamar de argumentação distinto, já que visa proteger a legalidade e, por via sequencial, o Poder soberano, o pacto social, as liberdades e os direitos civis que daí decorrem.

Tal Separação se assenta, entretanto, diferentemente da concepção de Montesquieu, na supremacia do Legislativo e não na paridade e equilíbrio dos órgãos, pelo que representa uma vertente absolutamente distinta da do pensador francês, mas que nem por isso deixou de ter seguidores nas construções doutrinárias que posteriormente foram desenvolvidas e na consolidação constitucional do princípio, razão da sua importância e do seu destaque.

Apenas para que se tenha em conta o quanto esta vertente monista teve seguidores na doutrina jurídica, suficiente é invocar o exemplo de Kelsen, para quem a Separação de Poderes, em seu formato clássico com diversos polos de Poder, no melhor estilo proposto por Montesquieu, não se encontra perfeitamente harmonizada com o princípio democrático, que exige a supremacia de um órgão legislativo exercido direta ou indiretamente pelo povo. Diz Kelsen:

o princípio de uma separação de poderes, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático. Ao contrário, correspondente à idéia de que democracia é a noção de que todo o poder deve estar

¹³⁴ ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, p. 82.

concentrado no povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo. Caso esse órgão tenha apenas funções legislativas, os outros órgãos que têm de executar as normas emitidas pelo órgão legislativo devem ser responsáveis para com ele, mesmo que também tenham sido eleitos pelo povo. Portanto, a democracia exige que ao órgão legislativo seja dado controle sobre os órgãos administrativo e judiciário”¹³⁵.

Nisto o jurista se aproxima da concepção de Rousseau, absolutamente impregnada da noção de supremacia do Legislativo¹³⁶.

Também na consolidação constitucional do princípio, a linha de pensamento adotada por Rousseau teve importante e destacado papel, em especial no constitucionalismo francês, que será abordado adiante, o que reforça sua importância no sentido de delinear, juntamente com o pensamento de Montesquieu, os debates e os caminhos a serem seguidos no desenvolvimento do postulado da Separação de Poderes.

2.3.2 A proposta Alternativa de Benjamin Constant

Merece destaque, ainda que em breves considerações, o modelo alternativo proposto por Benjamin Constant, que alcançou grande repercussão no século XIX, chegando inclusive a ser adotado pela Constituição brasileira de 1824.

Acentua-se, desde já, que a proposta de Constant é de tendência claramente monarquista e não representa qualquer ruptura com a linha de pensamento de Montesquieu; ao contrário, se presta aos mesmos fins de equilíbrio que propôs a teoria em *O Espírito das Leis*, afastando-se, por conseguinte, da

¹³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 403.

¹³⁶ O pensamento de Kelsen, entretanto, diverge da concepção de Rousseau porque não vislumbra um órgão legislativo que exerça com exclusividade a função legislativa, senão que a exerça de forma preponderante. É por esta razão que não contempla uma Separação propriamente dita dos Poderes, mas uma “Divisão” do Poder, que se dá não por razões lógicas, mas em decorrência de um processo histórico. Assim, “as funções originalmente combinadas na pessoa do monarca não foram ‘separadas’, mas antes divididas entre o monarca, o parlamento e os tribunais. Os ‘poderes’ legislativo, executivo e judiciário, que os que formularam o princípio de separação tinham em mente, não são três funções do Estado distintas logicamente, mas as competências que o parlamento, o monarca e os tribunais adquiriram ao longo da história da chamada monarquia constitucional”. *Ibidem*, p. 402.

vertente que norteia as ideias de Rousseau, o que explica a observação precisa de Mota Filho de que “ele [Constant] representava o liberalismo que repudiava os excessos de Rousseau e que punha o segredo do equilíbrio dos poderes na monarquia constitucional”¹³⁷.

Trata-se, entretanto, de um modelo diferente – alternativo, poder-se-ia dizer – que procurava, antes de tudo, aperfeiçoar o arranjo proposto por Montesquieu, acrescentando à concepção tripartida do mestre francês, um quarto Poder, que chamou de “real”, ou “neutro”¹³⁸.

Parte Constant do pressuposto de que os arranjos institucionais até então concebidos, inspirados principalmente no modelo tripartido de Montesquieu, não foram suficientes para impedir entrechoques e bloqueios no funcionamento do que chama de “engrenagens do poder” e que, havendo tal cruzamento de forças, se faria necessária uma força neutra capaz de garantir a harmonia entre tais engrenagens, a qual, em sua concepção, seria o Poder Real.

Adverte que não seria possível que tal força neutra estivesse inserida nos Poderes conhecidos, ou engrenagens, porque, se assim fosse, “serviria para destruir as outras”, razão pela qual “tem de estar fora, tem de ser neutra, de certo modo, para que sua ação se aplique onde quer que seja necessário aplicá-la e para que ela seja preservadora, reparadora, sem ser hostil”¹³⁹.

Constant ilustra o seu argumento com a invocação de situações em que essa força, que deveria ser neutra, foi posta em um dos Poderes, somando-se ao Poder que já era por ele exercido e trazendo resultados indesejáveis:

o vício de quase todas as Constituições foi não ter criado um poder neutro, e sim ter posto a soma de autoridade de que este deve ser investido num dos poderes ativos. Quando essa soma de autoridade se viu reunida à potência legislativa, a lei, que devia se estender apenas a determinados objetos, estendeu-se a tudo. Houve arbítrio e tirania sem limites. Daí os excessos das assembléias do povo nas repúblicas da Itália, os do longo parlamento, os da convenção, a certas épocas da existência deles. Quando a mesma soma de

¹³⁷ MOTA FILHO, Cândido. *O Conteúdo Político das Constituições*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1950.

¹³⁸ Na verdade, Constant findou por identificar na monarquia constitucional cinco Poderes de natureza diversa: 1º) o Poder Real; 2º) o Poder Executivo; 3º) o Poder Representativo da duração; 4º) o Poder Representativo da opinião pública e 5º) o Poder Judiciário. O Poder Representativo da duração e o Poder Representativo da opinião, entretanto, tinham a função de fazer as leis, mas um se constituiria em uma assembleia hereditária enquanto o outro seria uma assembleia eletiva, ou seja, um único Poder que funciona em sistema bicameral, pelo que persiste, como inovação de Constant, tão somente a criação do Poder Real.

¹³⁹ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 19.

autoridade se viu reunida ao poder executivo, houve despotismo. Daí a usurpação que resultou da ditadura em Roma¹⁴⁰.

A partir daí, Constant passa a conceber o Poder Real como sendo o Poder do Chefe de Estado, independentemente do título que tenha, ainda que não esconda sua inspiração monarquista ao afirmar que “a monarquia constitucional tem a grande vantagem de criar esse poder neutro na pessoa do rei”¹⁴¹.

Como já se pôde perceber, o Poder Real não se confunde com o Executivo. Na concepção de Constant há uma nítida distinção entre os mesmos, a qual é entendida como “a chave de toda a organização política”, sendo o Poder Real o Poder neutro a ser exercido pelo Chefe de Estado, enquanto o Poder Executivo é exercido pelos Ministros, sendo um Poder ativo. Tal ideia, ressalta-se, não chega a ser original em Constant, que confessadamente se inspirou em Clermont-Tonnerre¹⁴².

O Chefe de Estado, titular do Poder Real, teria esta função moderadora entre os demais Poderes, de harmonização entre os mesmos, razão pela qual Constant afirma que “o verdadeiro interesse desse chefe não é, de forma alguma, que um dos Poderes derrube o outro, mas que todos se apoiem, se entendam e ajam em colaboração”¹⁴³.

Diversas seriam as atribuições desse Poder na busca do equilíbrio, a partir da moderação que os seus atos representavam no exercício de cada um dos demais Poderes, entre os quais está o de nomear e destituir o Poder Executivo, bem como nomear os juízes, sancionar os atos do Legislativo para que tenham força de lei, dissolver as assembleias representativas do povo, e amenizar (ou agraciar) a decisão dos juízes.

Em contrapartida, e para que o Chefe de Estado não pudesse agir em nome dos outros Poderes, nenhuma lei poderia ser elaborada sem o concurso das assembleias, nenhum ato poderia ser executado sem a determinação dos ministros e nenhum juízo pronunciado, a não ser por tribunais independentes.

¹⁴⁰ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 205.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 204.

¹⁴² De acordo com notas presentes na obra de Constant, Stanilas de Clermont-Tonnerre foi “duas vezes presidente da Assembleia Constituinte, foi um dos homens mais sinceramente liberais e mais esclarecidos de seu tempo. Sua análise da Constituição de 1791 e seus discursos sobre os massacres de Avignon atestam sua coragem, tanto quanto seu talento. Foi massacrado na manhã de 10 de agosto de 1792 pelo populacho, que o acusava de ter armas escondidas em casa”. *Ibidem*, p. 151.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 19.

No arranjo institucional proposto por Constant, portanto, o Poder Real seria um Poder que estaria no centro de equilíbrio dos demais, não tomando parte ativa de suas funções, porém delas participando de forma negativa, ou seja, com poderes de veto, de amenização ou mesmo de destituição, que levassem à moderação nos respectivos exercícios, no que seria, na expressão do autor, um Poder que “fica no meio, mas acima dos outros” e uma “autoridade ao mesmo tempo superior e intermediária”¹⁴⁴.

Na visão de Miranda, “na realidade, porém, esse poder – neutro, moderador, real – era um meio de o monarca recuperar parte do poder que perdera com o constitucionalismo”¹⁴⁵.

Não se pode negar a pertinência da afirmação de Miranda, mas se prefere acentuar o seu real significado na evolução do postulado da Separação de Poderes, que consistiu, em primeiro lugar, em ampliar a visão normalmente confinada ao modelo tripartido, para além da proposta de Montesquieu, sem, no entanto, se afastar em essência da concepção da Separação de Poderes como fator de equilíbrio, de moderação no exercício do Poder Político, de contenção do abuso.

Não se está dizendo que na prática se tenha obtido os resultados pretendidos pelo pensador suíço¹⁴⁶, até porque, se é verdade que todo o seu pensamento está norteado pela busca do equilíbrio, não menos verdade é que, na sua minuciosa elaboração, inclinou-se, na distribuição de funções, ao privilégio do Poder Real, o que implicou, de certo modo, a centralidade e a preponderância deste Poder, que passou a ser o eixo central de todo o Poder.

Não se pode negar, entretanto, que a sua teoria, independentemente dos resultados práticos, demonstra que a possibilidade de se contemplarem funções diversas inseridas no Poder Político do Estado não se esgota na fórmula tripartida de Montesquieu, abrindo espaço para a concepção de diferentes arranjos institucionais, a partir de funções diversas que possam ser identificadas, sem que seja necessário abdicar dos fins a que se presta a Separação de Poderes, em especial os de equilíbrio.

¹⁴⁴ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 19.

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. III, p. 381.

¹⁴⁶ Segundo Miranda, o Poder Neutro a que se refere Constant, “as Constituições brasileira de 1824 e portuguesa de 1926 chamariam poder moderador”. *Ibidem*, p. 381.

Um segundo significado da teoria de Constant, e que, ao que nos parece, dá relevância e importância à sua concepção, é o de ter contemplado, no que tradicionalmente se conhecia apenas como Poder Executivo, a existência de mais de uma função, tanto que o subdividiu em dois outros Poderes – Executivo e Real – atribuindo a função ativa de governar a um deles, enquanto ao outro se destinou a função negativa (veto, direito de agraciar, dissolução) ou, na sua visão, uma função neutra.

Neste particular, deve-se observar que a distinção de funções diversas dentro do Poder Executivo não se dá apenas na forma já implícita – até certo ponto – em Montesquieu entre a atividade externa do Executivo, voltada para as relações exteriores, e a interna, voltada para a administração do próprio Estado, e que também se vislumbra de forma mais explícita em Locke, com o seu Poder Federativo, exercido cumulativamente ao Poder Executivo.

De qualquer maneira, a distinção por ele proposta, além de distinguir funções tradicionalmente vinculadas ao Poder Executivo, remete à diferença entre as funções de chefia de Estado e chefia de Governo, abrindo as portas ao mundo teórico, e, no contexto de uma Separação de Poderes, da experiência parlamentarista que na prática, àquele tempo, já se desenvolvia na Inglaterra, este grande laboratório institucional.

2.3.3 A Crítica Consistente de Carré de Malberg

A teoria de Montesquieu, como sabido, recebeu inúmeras críticas e contraposições, muitas delas fundadas na incompreensão do verdadeiro sentido e alcance de sua proposição, outras decorrentes de concepções e premissas diversas das adotadas pelo autor de *O Espírito das Leis*, e outras, finalmente, emanadas do exame crítico que se fez, e que se deve fazer, necessariamente, de uma Teoria que, por mais perspicaz, abrangente e profunda que tenha sido, não se afasta do fato de ter sido concebida à luz de uma realidade histórica específica, norteadas pelo tempo e pelo lugar, razão pela qual se justificam as constantes atualizações e adaptações a novas realidades e ambientes sociais e institucionais diversos.

Carré de Malberg, através de sua *Teoria Geral do Estado*, obra publicada pela primeira vez em 1922, foi um dos que fizeram um exame crítico, profundo e consistente da doutrina professada por Montesquieu, dele divergindo substancialmente. Se de sua teoria não se extraem necessariamente verdades, pelo menos se inspiram reflexões que bem servem a nortear, de forma segura, a visão que se possa ter, nos dias atuais, do significado da Separação de Poderes.

A primeira grande crítica de Malberg reside na afirmativa de que as ideias contidas na doutrina de Montesquieu são inconciliáveis com a unidade do Estado e do Poder dele decorrente.

Malberg parte do pressuposto de que, na Teoria separatista de Montesquieu, há três Poderes diferentes, cuja reunião constitui o Poder total do Estado, cada um com conteúdo diferente e que se apresentam como iguais, independentes e autônomos em relação aos demais.

Considera que, apesar de a palavra “Separação” não constar do capítulo da “Constituição da Inglaterra”, a ideia de Separação se sobressai necessariamente no conjunto da doutrina, desde a proposição fundamental com a qual inicia este capítulo – “existe em todo Estado três poderes” – e em todo o desenrolar da obra, de tal forma que em nenhum momento tenta demonstrar a unidade necessária e essencial do Estado, do seu Poder e da sua vontade, pelo que se deduz que o conceito desta unidade passou totalmente inadvertido para o autor de *O Espírito das Leis*, asseverando que

Montesquieu no se preocupa de aproximar las potestades que empezó por disociar; se limita, a este respecto, a reivindicar para ellas mutuas facultades de ‘impedirse’, ‘obligarse’, ‘encadenarse’, lo que es muy diferente de una colaboración o entendimiento común¹⁴⁷.

Diante disto, lança sua objeção à doutrina de Montesquieu, já que entende que não existe no Estado três Poderes, mas um Poder único, que é o Poder de dominação, ainda que se manifeste sob diversas formas e seu exercício passe por diversas fases (iniciativa, deliberação, decisão, execução), pelo que se admite a necessidade de intervenção de órgãos múltiplos e distintos, mas se exclui a possibilidade da existência de uma pluralidade de Poderes, tal qual concebido em *O Espírito das Leis*.

¹⁴⁷ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 758.

Conclui assinalando que a organização do Estado necessita de órgãos múltiplos, com competências diversas, já que a liberdade pública exige que o exercício do Poder Estatal não dependa exclusivamente da vontade de uma só pessoa, mas adverte:

Pero, por encima de estas necesidades, domina un principio capital, que forma el punto culminante del sistema estatal moderno: o principio de la unidad del Estado. Esta unidad solo puede salvaguardarse con una condición: es necesario que, entre la multiplicidad de las autoridades y la especialización de las competencias, la organización del Estado se combine de modo que produzca en el una voluntad unitaria y esto implica que las voluntades y actividades de los órganos estatales deben estar ligados y coordinados entre si de tal modo que converjan hacia un fin común y hacia resultados identicos¹⁴⁸.

As colocações de Malberg parecem repercutir o pensamento anteriormente esboçado por Jellinek, que afirmava que Montesquieu

no fundamenta su teoría ni aclara, en general, la cuestión acerca de la unidad del Estado y de la relación de los poderes con esta unidad” para advertir que “la doctrina de la división de poderes, concebida en esta forma, ha conducido a una completa división teórica del Estado en tres personas”, de forma que a transposición de esta doctrina para la realidad tras “dificultades prácticas y doctrinales¹⁴⁹”.

De qualquer forma, muito mais da advertência da necessidade da preponderância da unidade do Estado sobre a Separação dos Poderes, do que da objeção em si, nasce a reflexão norteadora do entendimento que se pode extrair da ideia legada por Montesquieu.

Não é novidade a consideração, contraposta à objeção assinalada, de que o pensamento de Montesquieu não é o de Separação absoluta dos Poderes, mas apenas o de que a liberdade desapareceria se o exercício do Poder do Estado se desse pela vontade de um só homem ou de um só órgão. Tal entendimento já se poderia extrair, por exemplo, dos escritos de Duguit, que não passaram despercebidos por Malberg, o qual, entretanto, não vislumbra ser este o conteúdo de *O Espírito das Leis*.

Discutível – e discutido tem sido – o verdadeiro sentido e alcance da ideia insculpida na obra de Montesquieu. Zaffaroni, por exemplo, contrapondo-se à linha

¹⁴⁸ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 764.

¹⁴⁹ JELLINEK, George. *Teoría General Del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. México: FCE, 2000. p. 452.

de pensamento adotada por Malberg, no que chamou de “confusões que pretendem provir de Montesquieu”, observa que na obra do referido autor não há qualquer expressão que “afirme uma absurda compartimentalização que acabe em algo parecido com ‘três governos’”, pelo que entende que “as deformações compartimentalizadas não são da pena de Montesquieu, o qual nem sequer parece haver falado de divisão dos poderes, mas de simples separação” e que, portanto, “em seu sentido sociológico e político, as palavras de Montesquieu conservam toda sua vigência”¹⁵⁰.

Assim, o exame unidimensional da Teoria de Montesquieu, o que parece ter sido feito por Malberg, em especial com a observação de sua dimensão apenas orgânico-funcional, poderia levar a uma conclusão restrita de seu verdadeiro significado e alcance, o que não ocorre se a vislumbrarmos em sua quadridimensionalidade, com foco em sua dimensão política, de onde emana, longe de uma repartição estanque do Poder do Estado, uma formatação de equilíbrio e harmonia entre os órgãos encarregados do exercício desse Poder.

Para efeito do que se pretende no presente tópico, entretanto, tal discussão não é de suma importância, afigurando-se de relevância maior a reflexão que advém de Malberg e que conduz à necessária conciliação da Separação de Poderes com a unidade do Estado e do Poder que dele decorre. Independentemente, portanto, do que pensou Montesquieu ao conceber a sua Teoria, o certo é que, para que subsista o seu pensamento, a unidade estatal e a indivisibilidade do Poder devem, necessariamente, nortear a ideia do exercício do Poder Político do Estado por órgãos múltiplos e diversos.

A segunda crítica lançada por Malberg se funda na assertiva de que a separação das funções, com atribuição de cada uma delas a determinados órgãos, é completamente irrealizável.

Entende ele que as autoridades estatais estariam impossibilitadas de cumprirem sua missão se ficassem restritas a uma função material determinada, bem como privadas de participarem de outras funções, tendo em vista que, na verdade, os órgãos do Estado realizam múltiplos atos e que tais atos, por sua própria natureza, dependem de diferentes funções. Por outro lado, entre as funções propriamente ditas de legislar, administrar e julgar, no sentido material indicado por

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*, p. 82-83.

Montesquieu, existem certos pontos de contato, os quais denomina, invocando Esmein, “zonas limítrofes” ou “zonas mistas”¹⁵¹ e que compreendem atribuições de mais de um dos Poderes funcionais.

Assim resume Malberg:

se observa que cada uno de los órganos estatales acumula funciones materiales diversas. Y esta acumulación es inevitable, pues no se concibe al cuerpo legislativo sin participación en el gobierno, al ejecutivo sin poder reglamentario ni a las autoridades administrativas sin poder pronunciar el derecho. La competencia de los órganos no puede coincidir con la distinción de las funciones, tal como la concibe Montesquieu¹⁵².

Também aqui, não se contempla verdade absoluta na observação que Malberg faz do conteúdo da obra de Montesquieu, uma vez que, conforme já se teve a oportunidade de assinalar, uma observação detida do que se estabelece em *O Espírito das Leis*, afasta definitivamente a ideia de uma Separação rígida amparada tão somente na natureza da função exercida por cada órgão e, ao contrário, aponta para uma Separação moderada.

Novamente Malberg focou a dimensão orgânico-funcional da teoria de Montesquieu, a qual busca uma adequação entre o órgão e a função a ser exercida, o que resulta em certa distinção material das funções do Estado. Afastou-se, entretanto, da dimensão política que, acredita-se, e conforme já exposto, também está presente na doutrina de Montesquieu, e se manifesta, inclusive, quando da atribuição de funções a determinados órgãos, as quais, em regra, não lhe seriam próprias. É o caso, por exemplo, da participação do Executivo no processo legislativo ou do Legislativo na função de julgar.

Não se pode negar, entretanto, que a abrangência imposta por Montesquieu a tal entrelaçamento de funções difere substancialmente da que já se exigia na realidade contemporânea de Malberg e, mais ainda, da que se exige na atual conjuntura institucional dos Estados modernos.

Mais uma vez, portanto, a lição que se extrai de Malberg vem muito mais da reflexão que enseja do que da objeção que apresenta. Assim, de qualquer leitura que se possa atualmente fazer da Separação de Poderes há de se ter em mente não apenas a inadequação, como também a impossibilidade de uma Separação

¹⁵¹ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 767.

¹⁵² Ibidem, p. 770.

rígida, norteadá única e exclusivamente pela natureza material da função a ser exercida e pela necessidade de atribuir tal função a um órgão único e exclusivo.

A terceira objeção que se extrai de Malberg diz respeito à independência dos órgãos, que, segundo esse autor, decorre diretamente do texto de Montesquieu e de tal forma que torna impossível a sua realização, já que os diversos órgãos estatais não podem funcionar sem ter, uns com os outros, determinadas relações que são a negação mesma dessa independência.

Para Malberg, apenas a autoridade jurisdicional pode, até certo ponto, ser constituída com independência em relação às demais autoridades estatais, exatamente porque é chamada a exercer um papel de árbitro e, portanto, não poderá desempenhar bem sua atribuição senão quando atuar em plena liberdade. Mesmo assim, tal independência só pode ser tomada de forma absoluta em relação ao Executivo, em especial em face de ser chamada a julgar demandas entre a autoridade administrativa e os administrados, não sendo ela absoluta em relação ao Legislativo.

Em relação às autoridades legislativa e executiva, no entanto, entende que “se el cuerpo legislativo y el gobierno están aislados por una barrera que intercepte toda comunicación entre ellos” e se “han de trabajar, cada uno por su lado, sin conocerse, se tener que ponerse de acuerdo”, o efeito é que “resultará de esto, no ya solamente la distinción o la independencia, sino además la desunión de los poderes”¹⁵³.

Para ele, a Separação de Poderes que pretende Montesquieu é dotada dessa ausência de relacionamento, não existindo colaboração entre as autoridades legislativas e executivas e nenhuma relação orgânica ou funcional. Assim, resume a sua observação:

el sistema de la separación de poderes que acaba de exponerse se caracteriza por dos rasgos esenciales: de una parte, excluye cualquier colaboración de las dos autoridades legislativa y ejecutiva en una labor común; de otra parte, no admite que se establezca comunicación entre ellas. No deja subsistir, pues entre esas dos autoridades, ninguna relación funcional ni orgánica¹⁵⁴.

¹⁵³ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 780.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 777.

Não concorda Malberg com aqueles que, como nós, enxergam que Montesquieu não pretendeu criar uma Separação sem relações, entendendo que ao se referir a meios de influência e de ação entre o corpo legislativo e o governo, Montesquieu o faz tão somente para colocá-los em condições de detê-los mutuamente, assegurando-lhes armas defensivas, instrumentos de lutas, de modo algum pensando em preparar a interpenetração, a associação e o entendimento com o objetivo de fazê-los atuar em concurso e em colaboração.

Para Malberg, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 teria adotado a Teoria de Montesquieu de forma pura, dentro do espírito do seu autor, e servido como exemplo de sua insustentabilidade, tendo em vista que havia excluído as relações entre o Executivo e o Congresso, de tal forma que as relações que efetivamente foram criadas entre os dois órgãos se estabeleceram, na prática, fora dela e apesar dela (“fuera de ella y a pesar de ella”)¹⁵⁵, através dos comitês permanentes de ambas as Câmaras, criadas pelos seus regulamentos. Dessa forma, foi restabelecida certa colaboração entre as autoridades, de modo que a Separação estabelecida primitivamente somente subsiste no texto da Constituição, persistindo, de qualquer maneira, o inconveniente de que tais relações, ao invés de ocorrerem em sessão pública, ocorrem nos comitês a portas fechadas.

Ainda que não se concorde inteiramente com Malberg, também não se pode negar que a pena de Montesquieu encarou sempre a questão do equilíbrio entre os Poderes de forma negativa, ou seja, como controle recíproco, como defesa de um Poder frente ao outro, como sistema apenas de frenagem, sendo omissa na previsão de instrumentos de correlação positiva, de colaboração efetiva entre os mesmos, com os quais, entretanto, não guarda incompatibilidade e, ao contrário, são instrumentos consonantes com a busca do equilíbrio que caracteriza sua Teoria, o que se percebe quando vislumbrada em sua dimensão política.

Independentemente de filiação à objeção feita por Malberg ao que ele entende se traduzir no pensamento de Montesquieu, o certo é que a tradução atual da Separação de Poderes, consoante as suas lições, a despeito de ser este ou não a mensagem de *O Espírito das Leis*, há de contemplar um relacionamento cada vez mais ativo, mais profundo, entre os Poderes, em especial entre o Executivo e o

¹⁵⁵ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 781.

Legislativo, na concretização de seus objetivos e, em última análise, dos objetivos do Estado.

Novamente, portanto, a lição de Malberg se encontra muito mais na reflexão do que na objeção, ficando de mais concreto a observação de que

puesto que los poderes ejecutivo y legislativo no pueden funcionar sin entendimiento entre sus titulares, es evidente que las Constituciones tienen el deber de prever y regular estas relaciones indispensables¹⁵⁶.

Incluindo nesse raciocínio também a função jurisdicional, se completaria a lição de Malberg.

Uma quarta e última crítica feita por Malberg diz respeito à igualdade entre os Poderes que se pode contemplar em Montesquieu, tendo em vista que, de fato, tal igualdade seria impossível de ocorrer (“La igualdad de los poderes, de hecho, no ha existido jamás”¹⁵⁷), assim como também não seria possível de ser concebida juridicamente (“Tampoco puede concebirse en derecho”¹⁵⁸).

Para Malberg, por um lado, a hierarquia entre as funções leva fatalmente à hierarquia entre os órgãos, de tal forma que o titular de uma função não pode ser verdadeiramente dono do exercício desta função se esta, por sua natureza, estiver subordinada a outra função, o que é o caso, por exemplo, do Poder Executivo, cujo titular é inferior ao Poder Legislativo, uma vez que está obrigado a se conformar à vontade legislativa preexistente. Por outro lado, seria impossível conceber que os Poderes do Estado são iguais sem que se desfaça a sua unidade, tendo em vista que, em todo Estado – inclusive aqueles que possuem uma Constituição que se pretende fundada em Montesquieu e, portanto, apresentam certa igualdade entre os Poderes – se encontrará invariavelmente um órgão supremo que domina todos os demais e, assim, realiza a unidade do Estado.

Salienta-se que Malberg não está se referindo ao Poder constituinte o qual, pela concepção da Teoria Constitucional, seria um Poder superior, que gozaria de primazia, representando a vontade inicial, que é a vontade do povo. De acordo com tal pensamento, como sabido, a Separação de Poderes só se produz na ordem dos Poderes constituídos, que permanecem subordinados ao Poder constituinte, o que

¹⁵⁶ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 782.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 783.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 783.

consagra a ideia fundamental de que o povo é a fonte de todos os Poderes e, portanto, preserva a unidade do Poder.

A posição de Malberg, entretanto, é mais radical, já que contempla a desigualdade entre os órgãos entre os Poderes constituídos, afirmando ser indispensável a existência, a todo tempo, de um centro único de vontade, um órgão superior que seja preponderante, no sentido de que tenha o Poder de impor inicialmente sua vontade sobre as demais autoridades estatais ou, pelo menos, no sentido de que nada se faça sem o concurso de sua vontade, já que a unidade do Estado estaria comprometida se existissem dois centros principais, duas vontades diferentes.

Para ele, a unidade do Poder é conciliável com a multiplicidade de órgãos, mas a multiplicidade possível dos órgãos não leva à conclusão de sua mútua igualdade, já que tal conclusão iria contra a tendência unitária sobre as quais se baseia essencialmente a organização do Estado moderno.

Bem resume seu pensamento, com as seguintes palavras:

entre los diversos órganos así constituidos, habrá uno que será el órgano superior, no ya porque reúna en el todos los poderes, lo que le permitiría hacerlo todo por si solo, sino porque posea una potestad predominante, al menos en cuanto ningún acto importante podrá realizarse en el Estado en contra de su voluntad¹⁵⁹.

E completa:

Normalmente, pues, cabe esperar que se encuentre, en toda Constitución, un órgano preponderante, incluso entre las autoridades constituidas. Así es como, en los países de democracia directa o absoluta, la cualidad de órgano supremo se manifiesta del modo más claro en el pueblo, es decir, en el cuerpo de ciudadanos activo que (...) ejerce el poder legislativo en su grado más elevado¹⁶⁰.

Neste ponto, fica claro que a quarta crítica se funda essencialmente no fato de partir de uma concepção distinta, mais afinada com o pensamento de Rousseau – e marcada pela supremacia do Legislativo – do que com a linha que se pode extrair de *O Espírito das Leis*, caracterizada pela pretensão de equilíbrio.

Não se pretende aqui retirar a autoridade do argumento nem a importância que o mesmo teve para o debate sobre a formatação das instituições políticas. Contrapor-se a ele, entretanto, não seria simplesmente rebater uma crítica ao

¹⁵⁹ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 791-792.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 794.

pensamento de Montesquieu, mas impugnar uma concepção distinta em que, acredita-se, não se fundou a teoria professada pelo pensador de *O Espírito das Leis*.

É verdade que Malberg parte do pressuposto de que a supremacia da lei e do Poder Legislativo se pode extrair, também, de Montesquieu¹⁶¹, mas não se comunga com tal opinião, entendendo-a incompatível com a dimensão política de sua doutrina, ou seja, com o equilíbrio político entre os Poderes que se traduz em um dos objetivos do arranjo institucional que propõe e que norteia todo o pensamento de Montesquieu, conforme já anteriormente analisado.

De qualquer forma, as três objeções anteriormente postas por Malberg à concepção de Montesquieu, ainda que com elas não se esteja absolutamente em consonância, se traduzem em inestimável contribuição para a construção do entendimento que se tem, atualmente, da Separação de Poderes.

Com efeito, a concepção da Separação de Poderes e de sua efetiva existência nos dias hodiernos deve estar orientada pela reflexão acerca da necessária conciliação da Separação de Poderes com a unidade do Estado e do Poder que dele decorre, pela inadequação e até a impossibilidade de uma Separação rígida (norteadada única e exclusivamente pela natureza material da função a ser exercida e pela necessidade de atribuir tal função a um órgão único e exclusivo) e pela necessidade de um relacionamento cada vez mais ativo, mais profundo, entre os Poderes, em especial entre o Executivo e o Legislativo, na concretização dos objetivos do Estado.

2.3.4 A Nova Tripartição de Karl Loewenstein

Merece ainda destaque a visão diferente que se pode extrair do pensamento de Karl Loewenstein, numa tentativa de examinar a dinâmica do Poder de forma mais consonante com o que ele chama de “sociedade pluralista de massas de nosso século”¹⁶², e que tem como desfecho a propositura de uma nova divisão tripartida, diversa da clássica proposição de Montesquieu.

¹⁶¹ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 783.

¹⁶² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 59.

Acentua-se desde o início que, para Loewenstein, a Separação de Poderes, tal qual concebida no pensamento clássico, ainda que figure de maneira formalmente declarada em quase todas as Constituições modernas, foi superada e alijada da realidade do século XX, bastando observar, para se assegurar da veracidade desta afirmativa, que na forma mais corrente de governo – o parlamentarismo – os Poderes Legislativo e Executivo não estão separados nem pessoalmente nem funcionalmente.

Para Loewenstein, o que atualmente significa a chamada “Separação de Poderes” nada mais é do que uma forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do Poder Político, sendo, na verdade, uma distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado.

O autor procede a uma análise histórica da ideia da distribuição do Poder, concluindo que tal noção está essencialmente unida à teoria e à prática do instituto da representação, bem como da técnica governamental que nela se baseia, assinalando que

no es una mera coincidencia que la auténtica separación de las funciones estatales y su atribución a separados detentores del poder, tuviese que esperar hasta que la técnica de la representación fuese inventado, o mejor, descubierta¹⁶³.

Assim, identifica a origem da Separação de Poderes na Inglaterra, quando o Parlamento, representando os interesses financeiros e territoriais, sem estar totalmente dominado pela Coroa, mas, ao contrário, em frequente oposição a esta, aspirou a uma legítima participação no Poder, elevando-se à categoria de detentor separado e independente do Poder Estatal.

Resume, portanto:

fue la técnica de la representación la que hizo posible la institución del parlamento como un detentador del poder separado e independiente del gobierno. La independencia de los tribunales fue el complemento lógico de todo un sistema de detentadores del poder independientes entre si¹⁶⁴.

A partir daí, ainda segundo Loewenstein, John Locke, interpretando retroativamente o resultado da *Revolução Gloriosa*, dividiu o Poder Estatal em

¹⁶³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*, p. 59.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 60.

diferentes segmentos funcionais, quebrando para sempre o Poder do “todo poderoso” Leviatã, ao passo que Montesquieu acrescentou à Separação das funções estatais e à sua atribuição a diferentes detentores do Poder o valor ideológico – que é a sua função de salvaguarda da liberdade dos súditos –, transformando a Separação de Poderes em um dogma, “el más sagrado de la teoría y práctica constitucional”¹⁶⁵.

Tentando desalojar o dogma, ainda que reconheça ser tarefa muito difícil, Loewenstein propõe uma nova divisão tripartida das funções do Estado: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*), a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*).

A decisão política fundamental consistiria, segundo o referido autor, na escolha de uma entre várias possibilidades políticas fundamentais, considerando-se como tal as resoluções da sociedade que são decisivas e determinantes para conformação da comunidade tanto no presente como no futuro.

Para Loewenstein, a decisão conformadora mais importante seria a escolha do sistema político e, dentro deste, a escolha de uma forma específica de governo, o que não afasta outras decisões de mesma natureza, em geral quando se enfrenta a necessidade de adotar posição frente a diferentes interesses e ideologias, como é o caso, por exemplo, da escolha entre o livre-comércio e o protecionismo, da atitude do Estado diante de questões religiosas, como a separação entre o Estado e a igreja, ou das relações entre os empresários e trabalhadores no processo produtivo. Também no âmbito internacional se vislumbram decisões de idêntica natureza como, por exemplo, a realização ou o desfazimento de aliança pelo Estado.

Salienta o autor que, ainda que as decisões políticas fundamentais estejam frequentemente inspiradas por detentores do “poder invisível”, sua formulação e realização estão a cargo de determinados detentores do Poder, ou seja, do governo ou do parlamento. Quanto à iniciativa dessa decisão, a depender do tipo de governo, pode estar nas mãos do governo ou do parlamento ou mesmo da colaboração entre os dois. De qualquer forma, em geral, a grande massa dos destinatários do Poder está excluída da iniciativa da decisão política fundamental, ainda que participem posteriormente, através de uma função confirmadora, pela via do referendo ou da eleição.

¹⁶⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*, p. 62.

O meio para a realização da decisão política fundamental é a legislação e requer a forma legal ou, quando a iniciativa de tal decisão parte do governo, a aprovação do parlamento expressa a distribuição do Poder.

Por fim, examinando a aplicação da tomada da decisão política fundamental, Loewenstein entende cabível e presente tal função tanto nos sistemas constitucionais quanto nas autocracias, variando apenas na titularidade da função, conforme assinala:

Si se aplica la categoría de ‘tomar la decisión política’ en el sistema político del constitucionalismo y de la autocracia, se podrá decir que, en el primer sistema, gobierno y parlamento se distribuyen esta función, pudiendo ser posible la subsiguiente participación del electorado en dicho proceso; en contra de esto, en el sistema autocrático el único detentador del poder monopoliza la función de tomar la decisión política, aun cuando, para producir la apariencia de una solidaridad nacional, ordenase la aprobación por el parlamento o la ratificación por medio de un referéndum¹⁶⁶.

A segunda função identificada por Loewenstein consiste na execução da decisão política fundamental, o que significa tornar efetiva tal decisão, podendo alcançar qualquer campo das atividades estatais.

Assim, não obstante ser mais frequente que tal execução se verifique no campo da administração e que corresponda ao que tradicionalmente se denomina Executivo, o mesmo pode ocorrer, com frequência, no âmbito da legislação, já que a maior parte das leis ou são instrumentos para a execução de anteriores decisões políticas fundamentais, trazendo tais decisões para a vida da comunidade, ou têm um caráter técnico-utilitário. Acentua Loewenstein, entretanto, que a legislação e a administração não são as únicas possibilidades de realização das decisões fundamentais – a função judicial também dela participa, uma vez que “la función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta en forma legal”¹⁶⁷.

Quanto à aplicação dessa categoria aos sistemas políticos, Loewenstein entende cabível tanto nos sistemas constitucionais quanto nos autocráticos, assim se expressando e, ao mesmo tempo, resumindo:

En el constitucionalismo dicha función, igual que la función de la decisión política, está distribuida entre diferentes detentadores del

¹⁶⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*, p. 66.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 67.

poder. El parlamento participa al formular a través de la legislación la decisión política tomada, y al establecer para la comunidad las reglas puramente técnico-utilitarias. El gobierno participará en esta función a través de la administración por medio de sus autoridades y funcionarios y, finalmente, los tribunales lo hará al resolver los casos concretos de conflictos de intereses, así como al controlar ampliamente la legalidad de la administración.

En una autocracia, por otro lado, el único detentador del poder monopoliza la ejecución de la decisión fundamental, y si bien puede delegar, según considera oportuno, la función en ayudantes y órganos jerárquicamente subordinados, nos les otorgará sin embargo ninguna auténtica independencia que se escape a su exclusivo poder de mando y control¹⁶⁸.

Por fim, o autor identifica a função de controle político, na qual entende se encontrar o núcleo da nova divisão proposta.

Loewenstein considera inicialmente que, sob uma perspectiva histórica, o constitucionalismo tem sido uma busca do meio mais eficaz para moderar e limitar o Poder Político, primeiramente o do governo e em seguida o de todos os demais detentores do Poder, para então manifestar o entendimento de que o mecanismo mais eficaz para o controle do Poder Político consiste na atribuição de diferentes funções estatais a diferentes órgãos.

Para ele,

la distribución del poder entre diversos detentadores significa para cada uno de ellos una limitación y un control a través de los *checks and balances* – frenos y contrapesos –, o, como dijo Montesquieu en fórmula famosa, *le pouvoir arrête le pouvoir*¹⁶⁹,

razão pela qual a função de controle se distribui entre todos os detentores do Poder.

Considera Loewenstein, entretanto, que o controle político não se esgota na distribuição das funções e que no Estado constitucional a função de controle é dupla, ou seja, tanto se dá pela distribuição do Poder quanto pelas formas de controle autônomo que um órgão exerce sobre o outro.

No primeiro caso, um ato estatal só se aperfeiçoa quando diversos detentores do Poder exercem uma atuação comum, participando e cooperando em sua realização; é o exemplo da divisão da função legislativa entre duas Câmaras parlamentares no sistema bicameral, de uma confirmação do Senado para uma determinada nomeação do Executivo ou da necessidade de um ato do Monarca ou

¹⁶⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*, p. 68.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 69.

Presidente da República ser referendado por órgão diverso. Nestas situações, o controle se dá por distribuição do Poder.

No segundo caso, o controle consiste na possibilidade de um detentor do Poder impedir a realização de um ato estatal; é o exemplo do direito do governo de dissolver o parlamento, do veto governamental a uma lei, ou da atribuição judicial de controlar a constitucionalidade das leis. Há, nessas hipóteses, um controle autônomo do Poder, que pode ser exercido de forma independente.

Nesses dois aspectos, portanto, – distribuição das funções estatais e formas de controle autônomo – consubstancia-se o que Loewenstein entende por função de controle político.

Quanto à aplicação do controle político nos sistemas políticos constitucionais ou autocráticos, o autor sentencia:

el constitucionalismo no es solamente un gobierno con una base de Estado de derecho, sino que significa un gobierno responsable. Un gobierno se puede considerar como responsable cuando el ejercicio del poder político está distribuido y controlado entre diversos detentadores del poder. Las técnicas del control en su totalidad están ancladas en la constitución. La supremacía de la constitución es el remate de un sistema integral de controles políticos. El gobierno autocrático está caracterizado por la ausencia de cualquier tipo de técnicas por las cuales se pudiese hacer real la responsabilidad política del único detentador del poder. Caso de que estuviese subordinado a otro detentador del poder que estuviera en situación de controlarle, el sistema habría dejado de ser autocrático¹⁷⁰.

É esta, portanto, a tripartição proposta por Loewenstein, pretendendo uma nova compreensão e distinção das funções do Estado em decisão política fundamental, execução da decisão e controle político, em substituição ao modelo de Separação proposto por Montesquieu e alçado à categoria de dogma do Estado moderno.

Não se pode negar a perspicácia da observação, a profundidade da constatação e a ousadia da formulação. Não se pode, outrossim, deixar de abrir um parêntese para assinalar que poucas vezes se viu, entre os cientistas políticos, uma forma tão feliz e perfeita de classificar um governo autocrático, como o faz Loewenstein, a partir da função de controle político, conforme parte final da citação supra.

¹⁷⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*, p. 71-72.

Mas a questão que impõe análise é a da propositura de uma nova tripartição das funções do Estado.

Em princípio, a distinção proposta por Loewenstein não chega a ser, a rigor, uma distinção de funções estatais com o fim de atribuir tais funções a órgãos distintos, sendo, na verdade, apenas uma classificação da atividade política do Estado que toma por base o conteúdo e o momento institucional do desenvolvimento da atividade estatal, no que se distancia, substancialmente, da distinção clássica das funções do Estado. Também não fornece elementos que permitam uma correlação, mínima que seja, entre a função que se identifica e qualquer órgão específico, de tal forma que as “funções” por ele contempladas, em tese, poderiam ser exercidas de forma dispersa, sem nenhuma preponderância, pelos órgãos tradicionalmente concebidos.

Por esta razão é que a formulação se apresenta, em um primeiro momento, muito mais como uma classificação conteudística da atividade estatal, sem consequências práticas imediatas, desprovida de outros fatores que pudessem ensejar e fundamentar um arranjo institucional diverso dos historicamente conhecidos. Desta forma, não a contemplamos como uma propositura que pudesse, como anunciadamente pretendido, substituir a Separação de Poderes tida por Loewenstein como “dogmática”, o que, em hipótese nenhuma lhe retira o valor e a importância.

Mas o que mais diretamente interessa – e é essencial para o presente trabalho – é a constatação de que a Separação de Poderes, nos moldes tradicionalmente conhecidos e tal qual atualmente compreendida, não desaparece em face dessa nova concepção. Primeiramente, porque a própria formulação não afasta a distinção funcional já conhecida, inclusive em seu formato tripartido, o que se comprova pelo fato de que os conceitos de administração (ou execução), legislação e jurisdição estão sempre presentes para embasar o exercício, ainda que disperso, das “funções” identificadas por Loewenstein.

Por outro lado, não há exclusão, pela propositura, da concepção inspirada em Montesquieu, que continua a contemplá-la não apenas como referência, mas inserida na própria construção do modelo proposto, sendo esta apenas deslocada de um eixo central, daquela posição de centralidade que ocupava na concepção tradicional – diretamente vinculada ao Poder do Estado e ao seu exercício – para se

inserir dentro de uma das novas funções concebidas por Loewenstein, que é a de controle político.

Com efeito, ao se examinar o que, de fato, significa para Loewenstein a função de controle político, não se torna difícil vislumbrar a sua amplitude e o seu alcance superior ao que a expressão sugere e que se pode imaginar em um primeiro momento. Assim, o controle político, no seu entender, inclui tanto a distribuição do Poder entre os diversos órgãos do Estado quanto as formas de controle autônomo que um órgão exerce sobre o outro, o que remete, de antemão, à tradicional Separação de Poderes, pelo menos em suas dimensões política e orgânico-funcional.

Afinal, o que é a dimensão orgânico-funcional da Separação de Poderes senão a distribuição das funções de forma adequada a cada órgão, que permite que se conduza a uma eficiência no exercício da função? Em que se traduz a sua dimensão política senão no equilíbrio político, através de controles recíprocos, de um órgão sobre o outro?

Não é de forma despropositada que, em sentido contrário e ao definir o que entende por Separação de Poderes, Loewenstein afirma ser uma forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar, nesta ordem, o exercício do Poder Político, sendo, na verdade, uma distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado.

Há, pois, uma identidade entre a noção de Separação de Poderes de Loewenstein e o que ele concebe como função de controle político.

Considerando-se, portanto, que a sua noção de Separação de Poderes não se afasta da noção tradicional – ainda que contemple apenas as suas dimensões orgânico-funcional e política –, e é impositiva a conclusão de que esta não desapareceu de sua Teoria, mas apenas passa a ocupar um novo espaço, menos central do que o tradicionalmente ocupado.

O que fez Loewenstein, na verdade, foi classificar a atividade estatal em três grandes grupos, de acordo com o seu conteúdo e o momento institucional de seu desenvolvimento – decisão política fundamental, execução da decisão e controle político – sem contemplar nenhuma vinculação entre tais atividades e qualquer órgão específico para, em seguida, ao definir o que seria o controle político e sua particular abrangência, instaurar nesse âmbito o que se tem compreendido por Separação de Poderes, pelo menos em suas dimensões política e orgânico-funcional.

Neste particular, o impacto da teorização de Loewenstein não significa, em essência, mais do que significou a Teoria do Poder Constituinte, desenvolvida nos Estados Unidos e introduzida na França pelo Abade Sieyès¹⁷¹, e que implicou, na esfera doutrinária, contemplar-se a Separação de Poderes apenas no âmbito dos Poderes constituídos, abaixo, portanto, da prevalência e unidade do Poder constituinte. Tanto quanto tal Teoria, a concepção de Loewenstein apenas desloca a Separação de Poderes para um eixo diverso sem, no entanto, descartá-la.

De tudo isto, revela-se indelével a lição de que a Separação de Poderes não pode simplesmente ser removida da doutrina política – pelo menos até o presente momento do desenvolvimento de nossas instituições políticas e enquanto prevalecer o atual modelo de Estado Constitucional e dos valores a ele inerentes¹⁷². Isso não se deve somente por constituir um dogma, mas principalmente pelo fato de se fundar em distinção de funções e atribuição destas funções a órgãos diferentes, técnica de controle do Poder Político que ainda se apresenta imprescindível e por essa razão se insere, de maneira invariável, na realidade institucional de praticamente todos os Estados contemporâneos.

Impõe-se à doutrina, portanto, sem se afastar dessa realidade e, ao contrário, dela se aproximando sempre mais, contemplar as novas necessidades do Estado e da sociedade, o que implica afastar concepções dogmáticas rígidas, e que levam a uma Separação estanque, permitindo que se vislumbrem outras formas de relacionamento entre os órgãos, novas maneiras de controle ou de cooperação e até mesmo novas funções que a necessidade torna essenciais, bem como que se possibilite a busca e a obtenção dos fins que inicialmente inspiraram e tornaram relevante a concepção da Separação de Poderes.

¹⁷¹ Assinala Miranda que “Sieyès – tal como, quase ao mesmo tempo, Hamilton no *Federalist*, nos Estados Unidos – aponta a existência de um poder primário e originário dentro do Estado – o poder de que deriva a Constituição, aquele que exprime mais diretamente a soberania ou que com ela se identifica, o poder constituinte; e este poder antecede, por natureza, os demais poderes do Estado, os poderes constituídos”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. III, p. 380). Saldanha, por sua vez, afirma que “foi no decorrer dos ásperos debates mantidos durante a revolução que o Abade Sieyès, em seu opúsculo *Qu'est ce le Tiers État?*, traçou em linhas imperecíveis a teoria do poder constituinte, entendido como poder prévio aos poderes discutidos por Montesquieu e como emanção direta (e pré-positiva) da soberania nacional”. (SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 98). Para explorar o assunto, cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituição Burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2001.

¹⁷² Mais adiante se abordará com mais detalhes o Estado constitucional e seus elementos essenciais, cotejando-o com a Separação de Poderes.

3 A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

3.1 Dois Debates Fundamentais. 3.1.1 A Assembleia Nacional de 1789 e o Debate Francês. 3.1.2 O Debate em Torno da Constituição Norte-americana e dos *Checks and Balances* e a Contribuição dos Federalistas. 3.2 A Separação de Poderes como Elemento do Estado Constitucional. 3.3 A Separação de Poderes na Evolução do Estado Constitucional: do Estado de Direito Liberal ao Estado Democrático de Direito. 3.4 As Dimensões da Separação de Poderes no Estado Constitucional Contemporâneo. 3.5 A Separação de Poderes no Constitucionalismo Brasileiro.

3.1 DOIS DEBATES FUNDAMENTAIS

A passagem da Separação de Poderes de uma concepção apenas doutrinária para a realidade institucional dos Estados modernos, nos quais passou a figurar em praticamente todas as Constituições, ainda que muitas vezes apenas simbolicamente, erigindo-se, portanto, à categoria de princípio constitucional, se deu, como não poderia deixar de ser, em ambiente de intenso debate.

Foram muitos e não raras vezes tumultuados, tendo sempre como epicentro as ideias desenvolvidas e sistematizadas na obra *O Espírito das Leis*, de forma que, assim como praticamente toda a doutrina produzida a partir da segunda metade do século XVIII, girou invariavelmente em torno da interpretação que se poderia e se deveria dar ao pensamento de Montesquieu.

Dois debates, entretanto, pela sua abrangência e, principalmente, pela sua repercussão histórica e institucional, foram fundamentais para definir o rumo do que a posteridade iria compreender e assimilar como conteúdo do princípio da Separação de Poderes: o que ocorreu na França em torno dos trabalhos da Assembleia Nacional de 1789, no período imediatamente seguinte à Revolução, e o que se verificou nos Estados Unidos da América em torno da Constituição de 1787, levado a cabo, principalmente, pelos Federalistas em defesa do texto constitucional.

São esses dois debates, absolutamente fundamentais, que irão abalizar, daqui por diante, os mais díspares pensamentos que se produziram em torno do

tema – sempre central no constitucionalismo moderno – da Separação de Poderes, e que serão observados, ainda que em breves linhas.

3.1.1 A Assembleia Nacional de 1789 e o Debate Francês

Como sabido, no desenrolar dos acontecimentos que se seguiram à Revolução francesa de 1789, o chamado Terceiro Estado, acatando proposta do Abade Sieyès, se declarou como Assembleia Nacional, representante da nação, e, em 9 de julho de 1789, Assembleia Constituinte, seguindo-se os seus trabalhos até a promulgação final, em 3 de setembro de 1791, daquela que foi a Constituição da chamada “primeira fase revolucionária”.

Foram muitas as ideias discutidas nessa tumultuada Assembleia, na qual a Separação de Poderes se consagrou como um dos temas centrais e fundamentais do debate, contextualizando-se e misturando-se a discussão da ideia separatista sistematizada por Montesquieu com muitas outras fincadas no pensamento e no sentimento dos que fizeram aqueles primeiros e difíceis tempos do processo revolucionário.

O debate que daí adveio em torno da Separação de Poderes legou para a posteridade, e para toda a ciência política, um dos vetores do pensamento que se formou em torno dessa ideia, e que se traduz na mais rígida interpretação que se possa dar à mesma, com a concepção de órgãos distintos e absolutamente separados, sem relacionamento recíproco, sem cooperação no desenvolvimento de suas tarefas, sem colaboração no cumprimento de suas respectivas funções, que, igualmente, são concebidas de forma estanque e rigidamente delimitadas.

O que para uns foi uma leitura desequilibrada em favor do Poder Legislativo, sob influência das apaixonadas e radicais ideias em torno da soberania popular, e para outros foi uma leitura totalmente perversa da Teoria da Separação de Poderes, constituiu, decerto, a mais radical interpretação da proposta de Montesquieu, no sentido de se retirar do seu pensamento uma Separação tão rigidamente concebida que, acreditamos, não se pode extrair de *O Espírito das Leis*.

É visível que o radicalismo da concepção teve como ponto de partida a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu artigo 16

declara que “toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”¹⁷³, mas não resta dúvida de que se pretendeu buscar – ou pelo menos justificar – a inspiração para tão radical construção na obra de Montesquieu.

Duguit, em exame minucioso acerca dos trabalhos da Assembleia francesa e dos debates que aí surgiram em torno da Separação de Poderes, assinala:

No hay duda de que el ilustre autor Del Espiritu de las Leyes inspiró a las mejores cabezas de la Asamblea Nacional, y de que, al elaborar esta célebre y peligrosa teoría de la separación de poderes, la Constituyente creyó, con la mejor fe, reproducir fielmente las doctrinas del gran pensador. Basta con leer los discursos y los informes de todos aquéllos que colaboraron más activamente en la obra constitucional de 1789-91, Mounier, Malouet, Bergasse, Dupont, Lally-Tollendal, Thouret¹⁷⁴.

Conclui, pois, Duguit, que “la influencia de Montesquieu sobre los hombres de 1789 no puede, pues, discutirse”, salientando, entretanto, que estes não tomaram do autor de *O Espírito das Leis* senão as suas formas gerais e sintéticas, desprezando o lado prático de sua obra que é, exatamente, a penetrante análise do regime político inglês, o que conduziu a uma Separação em termos tão rígidos.

Com efeito, é pertinente a observação de Duguit de que, dos debates que se desenvolveram no seio da Assembleia francesa, não se procura extrair as restrições que a obra do pensador francês faz a uma pretensa Separação rígida, dotada de órgãos comunicáveis, tais quais os contemplados pela Constituição de 1791.

Assevera Duguit:

no se ve que Montesquieu se limita a reproducir las reglas de la Constitución inglesa, que no admite la separación de poderes más que en la medida en que se practica en Inglaterra, que una división absoluta desemboca fatalmente en la concentración de todos los poderes en uno solo; no ve, en fin, que, en La continuación del capítulo VI, Montesquieu muestra, con claridad meridiana, que una íntima solidaridad, que una colaboración constante deben unir a los diferentes poderes del Estado, que el poder ejecutivo debe tener un derecho de veto sobre el legislativo, que los agentes del ejecutivo deben ser políticamente responsables ante el Parlamento.

¹⁷³ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. In: COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 158.

¹⁷⁴ DUGUIT, Léon. *La Separación de Poderes y La Asamblea Nacional 1789*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 12.

E conclui:

Todas estas restricciones al principio de separación de poderes, que la sagacidad de MONTESQUIEU había sabido poner de relieve, la mayor parte de los constituyentes no las percibieron o no quisieron percibir las. Si las conocían no era más que para criticarlas y rechazarlas¹⁷⁵.

Há, pois, na análise de Duguit, uma percepção de que, embora “os homens de 1789”, tenham sido efetivamente influenciados pela doutrina de Montesquieu, somente chegaram à concepção extremada de Separação de Poderes que lançaram na Constituição de 1791 a partir de uma leitura equivocada e radical de *O Espírito das Leis*.

Alguns autores, como Malberg, conforme já se teve a oportunidade de examinar, não concordam com esta conclusão, entendendo que a forma rígida como a Assembleia de 1789 assimilou a ideia da Separação de Poderes se pode extrair, de maneira autêntica, da própria doutrina de Montesquieu, tendo sido este mesmo espírito rigidamente separatista que inspirou toda a obra do pensador francês¹⁷⁶.

Em sentido contrário entende Caetano, ao constatar que “esta concepção dos poderes e da sua separação afasta-se da inglesa e da americana: nem é sequer a que se encontra em Montesquieu, pois tende à distinção rígida de autoridades que se encontra na fórmula constitucional de 1791”¹⁷⁷.

Em meio a esta questão – se é ou não autêntica a interpretação que os constituintes franceses fizeram da obra de Montesquieu – faz-se necessária a introdução de um terceiro aspecto que não costuma ser considerado, que é a constatação, independentemente da invocação que se faz a *O Espírito das Leis*, ou do socorro recorrente ao nome de Montesquieu, da preponderância da Separação de Poderes de inspiração em Rousseau.

Não é novidade a influência que teve Rousseau, em especial suas ideias de soberania popular e de supremacia do legislativo, sobre todo o curso revolucionário francês, da qual não se excluem os trabalhos da Assembleia de 1789. Neste particular, parece ser unanimidade o entendimento de que a soberania popular e a supremacia do legislativo almejaram, na Constituição de 1791, o seu ponto mais alto, a sua concretização maior.

¹⁷⁵ DUGUIT, Léon. *La Separación de Poderes y La Asamblea Nacional 1789*, p. 14-15.

¹⁷⁶ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 778.

¹⁷⁷ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1996. p. 196.

É exatamente na combinação dessa supremacia do Legislativo, efetivamente consagrada no texto constitucional, com a proclamada Separação de Poderes e, mais ainda, com a Separação tão rigidamente concebida, que os doutrinadores detectam o que acreditam ser a maior incoerência do referido texto constitucional. Duguit, por exemplo, observa que os constitucionalistas franceses “consagram, sin saberlo, una serie de decisiones contradictorias: declaran a los tres poderes iguales e independientes y subordinan el poder ejecutivo y el judicial al poder legislativo”¹⁷⁸, no que é seguido por Malberg, que afirma, no mesmo tom, que “no si dieron cuenta de que se contradecian a si mismos al declarar, por una parte, a los tres poderes iguales e independientes, y por otra parte al subordinar al poder legislativo el ejecutivo y el judicial”¹⁷⁹.

Tal contradição, entretanto, só se apresenta aos olhos daqueles que enxergam a Separação de Poderes em sua dimensão apenas política, que pressupõe um equilíbrio entre os órgãos, o que efetivamente guarda uma incompatibilidade absoluta com a supremacia do Legislativo, mas não daqueles que, como nós, entendem que é possível contemplar-se uma Separação de Poderes nas dimensões orgânico-funcional e jurídica, que, conforme se acredita, estão presentes na obra de Rousseau.

Com efeito, já se logrou demonstrar, em linhas anteriores, e ao contrário do pensamento de muitos que se aprofundam no tema, que há uma Separação de Poderes em Rousseau, ainda que, diversamente da proposta por Montesquieu – fundada na supremacia do Legislativo e não na equivalência dos Poderes – haja, em tal formato de Separação, uma nítida finalidade de se preservar a legalidade e, por via sequencial, o Poder soberano, o pacto social e as liberdades e os direitos civis que daí decorrem.

Pois é este mesmo formato de Separação de Poderes que é levado a cabo pelos constitucionalistas de 1789, em que se faz presente, em tintas fortes, a supremacia do Legislativo e, ao mesmo tempo, se proclama a Separação de Poderes em sua versão mais rígida, que, evidentemente, não conduz ao equilíbrio entre os mesmos.

Se a Separação rígida conduz, como têm observado muitos doutrinadores, à supremacia do Legislativo, uma vez que o Executivo e o Judiciário nada mais fazem

¹⁷⁸ DUGUIT, Léon. *La Separación de Poderes y La Asamblea Nacional 1789*, p. 132.

¹⁷⁹ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 783-784.

do que concretizar o que já se decidiu no âmbito do Legislativo, com muito mais razão isso se verifica quando tal Separação se faz acompanhada do deslocamento de algumas funções administrativas e judiciais para o âmbito do Poder Legislativo, como parece ter sido o caso da Constituição de 1791.

Portanto, a convivência da ideia da supremacia do Legislativo, que norteia toda a concepção constitucional francesa, com a Separação de Poderes não parece ser apenas uma má interpretação de Montesquieu, mas a adoção de uma linha de Separação de Poderes inspirada essencialmente em Rousseau.

Se a pretensão fosse simplesmente de uma conciliação entre o pensamento dos dois grandes pensadores, talvez tivesse saído vitoriosa a concepção conciliatória de Sieyès – cujo opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?* pareceu a Miranda ser uma “síntese entre *Du Contrat Social* e *De L'Esprit des Lois*, a síntese entre a concepção de soberania popular de Rousseau e a concepção de separação de poderes de Montesquieu”¹⁸⁰ – que, de certa forma, deslocava a soberania popular para o nível do Poder constituinte, o que permitia, em uma dimensão inferior, o equilíbrio dos Poderes concebido por Montesquieu.

Mas, como sabido, as ideias de Sieyès – pelo menos neste particular – não predominaram, já que, como observa Saldanha, “suas repercussões tiveram que se ater ao plano dos princípios, ao plano doutrinário”, não adentrando “no plano da construção política efetiva”, já que “não se chegou a integrar a teoria do poder constituinte com a dos três poderes constituídos num esquema unificado”¹⁸¹.

Findou, pois, a Assembleia, em se inclinar à supremacia do Legislativo, bem como à Separação de Poderes, o que alguns entendem como conciliação incoerente, o que se acredita, nesse trabalho, se tratar de uma Separação fortemente influenciada por Rousseau e tal qual por este contemplada.

De qualquer forma, preponderando o pensamento de Rousseau ou o de Montesquieu, ainda que em uma leitura equivocada, o certo é que o debate francês travado na Assembleia de 1789 se traduziu em uma das vertentes do pensamento e, principalmente, da institucionalização da ideia da Separação de Poderes.

¹⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. III, p. 380.

¹⁸¹ SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, p. 98.

Tal vertente, como já ficou claro, se funda na noção de uma Separação rígida entre os Poderes, sem comunicação entre os mesmos, sem interdependência, coordenação ou cooperação, uma “dogmatização da separação de poderes”, para usar a expressão de Fleiner-Gerster¹⁸², ou, nos dizeres de Miranda, “uma visão mecanicista, de apertada distribuição de poderes pelos diversos órgãos”¹⁸³.

Sobre as consequências dessa concepção, a que Duguit chamou de “teoria artificial de los tres poderes separados”, é ele mesmo quem adverte, ao considerar que tal Separação, delineada de forma estanque, finda por fatalmente condenar tais poderes à luta e, como sempre, um estará menos armado que seu rival e será absorvido por ele, o que, inclusive, já conduziu a França, conforme sua própria observação, à tirania de uma Assembleia em uma ocasião e, em outra, ao despotismo de um Imperador¹⁸⁴.

Há de se perceber, por fim, que essa vertente de pensamento acerca da Separação de Poderes é a que, nos tempos atuais, tem recebido as mais profundas críticas, as quais, ainda que sem se lançarem de forma mais detida e profunda ao exame da conformidade ou não dessa concepção com a doutrina contida em *O Espírito das Leis*, são dirigidas, quase unanimemente, contra o próprio Montesquieu.

Em qualquer caso, entretanto, tal forma de pensar e conceber a Separação de Poderes, seja proveniente da pena de Montesquieu ou da concepção de Rousseau – mas certamente decorrente dos debates que se procederam no antro da Assembleia de 1789 –, tenha ou não as consequências alardeadas por Duguit – mas com certeza de difícil aplicação, sem turbulências, no mundo atual –, viria a constituir, daí por diante, ao lado da outra vertente que decorre do também fundamental debate que se verificou em torno da Constituição dos Estados Unidos da América, um dos polos norteadores de todo o tratamento que as Constituições iriam dar à ideia da Separação de Poderes, alçada já, de forma quase plena, à categoria de princípio constitucional.

¹⁸² FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*, p. 481.

¹⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. III, p. 383.

¹⁸⁴ DUGUIT, Léon. *La Separación de Poderes y La Asamblea Nacional 1789*, p. 4.

3.1.2 O Debate em torno da Constituição Norte-americana e dos *Checks and Balances* e a Contribuição dos Federalistas

Um segundo debate, que, ao lado do que se travou na Assembleia francesa de 1789, se transformou em um dos vetores do pensamento acerca da Separação de Poderes nesta sua transformação em princípio insculpido em praticamente todas as Constituições, foi o que se deu em torno da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e que bem se expressa nos artigos federalistas, em especial os atribuídos a James Madison.

Desse debate surgiu uma concepção de Separação de Poderes totalmente diversa da que emana do modelo francês, já que afasta a pretensão de uma divisão rígida dos Poderes, desprezando aquele modelo em que os mesmos se apresentavam isolados, estanques e incomunicáveis.

Na verdade, o debate a que nos referimos consagrou o que se convencionou chamar de sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* –, concepção originalmente britânica, “cuja expressão mais nítida apareceu nos escritos de Bolingbroke”, conforme observa Saldanha¹⁸⁵, mas que já havia sido antecipada, ainda que de forma primitiva, na Teoria da Balança dos Poderes, de origem igualmente inglesa, e que se pode também extrair do pensamento de Montesquieu¹⁸⁶.

Os *checks and balances* da Constituição norte-americana constituem mecanismos a cargo de cada um dos Poderes, que se destinam, até certo ponto, a contrabalançar o exercício do Poder Político pelos demais, evitando a sua hipertrofia e, em última análise, garantindo o exercício de suas próprias funções.

A partir desses instrumentos de controle recíproco, afasta-se por completo qualquer pretensão de uma Separação rígida, de tal forma que a introdução, pelos delegados da Convenção de Filadélfia, de tais instrumentos, constituiu o primeiro e mais decisivo fator de formatação do que viria a ser a versão norte-americana da Separação de Poderes, delineando-a como um sistema de separação e distinção

¹⁸⁵ SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, p. 96.

¹⁸⁶ Bonavides, em referência a Montesquieu e ao que este chamou de *faculté de statuer e faculté d'empêcher*, observa: “como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento – lembra o profundo pensador – são eles compelidos a atuar de concerto, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII”. (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 150).

das funções estatais, norteadas, porém, pelas noções de coordenação, de integração, de harmonia, de interdependência entre os órgãos encarregados destas funções.

Tais instrumentos, é bom salientar, estão presentes desde o texto original da Constituição de 1787, de tal forma que não parece proceder a alegação de Malberg de que também a Constituição norte-americana seria, ao lado da Constituição francesa de 1791 e da ano III da França, uma das que estabeleceu um regime completo de Separação entre os Poderes Legislativo e Executivo¹⁸⁷.

Vasconcelos identifica muitos desses instrumentos como, por exemplo, o veto presidencial sobre leis e resoluções do Congresso, a que se refere o artigo I, seção 7, da Constituição norte-americana, visto por este como “uma válvula de segurança capaz de proteger um executivo vulnerável contra a eventual ameaça legislativa de usurpação de poderes”¹⁸⁸. Neste caso particular, é bem visível a função desempenhada por tal veto, que consiste em buscar o verdadeiro equilíbrio entre os dois Poderes, tendo em vista que tal providência, ao mesmo tempo em que representava um freio ao Legislativo, em face de sua interferência no Executivo, salvaguardando este último da possibilidade de usurpação de suas funções, se preocupou, igualmente, em evitar um desequilíbrio em favor do Executivo, que se daria com seu fortalecimento demasiado. Tal desequilíbrio poderia ter efetivamente acontecido se tivesse sido aprovada a proposta de Alexander Hamilton de ser o veto absoluto, o que não ocorreu, prevalecendo a possibilidade de anulação da objeção presidencial pela maioria de 2/3 das casas legislativas.

Também acentua a *incompatibility clause*, consistente na previsão constitucional de que

nenhum Senador ou Representante poderá, durante o período para o qual foi eleito, ser nomeado para cargo público do Governo dos Estados Unidos que tenha sido criado ou cuja remuneração for aumentada nesse período¹⁸⁹,

assim como que “nenhuma pessoa ocupando cargo no Governo dos Estados Unidos poderá ser membro de qualquer das Câmaras enquanto permanecer no exercício do

¹⁸⁷ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*, p. 772.

¹⁸⁸ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelas de. *A Separação de Poderes na Constituição Americana*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 30.

¹⁸⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos Da América. 1787. Artigo I, Seção 6. Disponível em: <www.embaixada-americana.org.br>. Acesso em: 8 set. 2009.

cargo” (artigo I, seção 6), sustentando que tal cláusula teria sido inserida “como proteção contra a corrupção do legislativo”, uma vez que “a expectativa de ocupação de lugares atraentes poderia ser usada pelo executivo como forma de aliciação”¹⁹⁰, o que configuraria tentativa evidente de intromissão de um Poder no outro¹⁹¹.

É visível como tais instrumentos de controle recíproco não se apresentam como contraposição à Separação de Poderes, já que, em seu conjunto, se constituem em método para preservação do equilíbrio, muitas vezes protegendo diretamente cada um dos Poderes do avanço que possa ser proveniente de outro, de tal forma que se destinam a garantir a independência dos órgãos detentores do Poder Político e, em última análise, a própria Separação de Poderes.

Há, pois, uma nítida feição moderada da Separação que emana da Constituição norte-americana e uma expressa negação da concepção rígida que se pretendeu – que se crê de forma equivocada – provir de Montesquieu. Aliás, não sendo poucos os que assim pretendiam, não tardou para que o texto de 1787 fosse acusado até mesmo de romper com o então já consagrado preceito da Separação de Poderes e, em especial, com os ensinamentos de Montesquieu.

Contrapõe-se a esse pensamento Caetano, segundo o qual o que se verifica é uma “interpretação americana da separação de poderes”. No seu entender, não é exata a afirmação de que o pensamento de Montesquieu não teria influenciado a Constituição norte-americana de 1787, acentuando que

não pode negar-se que os norte-americanos, na fase de independência em que tão auxiliados foram pela França, tiveram presente a interpretação que desse sistema fazia um dos maiores escritores políticos da época¹⁹²,

pelo que conclui que “na Constituição de Filadélfia encontra-se efetivamente a fórmula de especialização dos órgãos e de recíproca limitação dos seus poderes preconizada por Montesquieu”¹⁹³.

¹⁹⁰ VASCONCELOS. *A Separação de Poderes na Constituição Americana*, p. 32.

¹⁹¹ Outro instrumento que se pode identificar, desta vez de controle do Legislativo em relação ao Executivo, é o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República (impeachment) pelo Senado, que consta do artigo I, seção 2, e a aprovação do Senado das nomeações presidenciais dos magistrados e funcionários superiores (*appointments clause*), a que se refere o artigo II, seção 2. Já a nomeação dos Ministros da Suprema Corte pelo Presidente da República e a aprovação desta mesma nomeação pelo Senado, contidas no artigo II, seção 2, são ilustrativas do controle que ambos os Poderes exercem sobre o Judiciário.

¹⁹² CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, t. I, p. 194.

¹⁹³ Ibidem, p. 194.

A resposta mais eloquente a tais ataques, entretanto, é contemporânea aos mesmos e talvez constitua o ponto central do debate em torno da Constituição norte-americana, que foi a professada por Madison no 47º artigo federalista – bem como nos que lhe seguiram e completaram o raciocínio – e que consolidou a concepção de uma Separação de Poderes modelada pelos *checks and balances*.

Madison reafirma o princípio, considerando que “não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades” e proclamando que

a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania¹⁹⁴,

Para, em seguida, sustentar que o mesmo não foi nem mal entendido nem mal aplicado pelos convencionais de Filadélfia.

Em sua sustentação em favor da harmonia entre o princípio e o texto constitucional norte-americano, Madison busca o seu maior sistematizador, Montesquieu, e sua fonte inspiradora, a Constituição da Inglaterra, observando que um exame, ainda que superficial, desta última, é capaz de convencer que os três Poderes não se acham nela inteiramente distintos e separados, invocando diversos exemplos práticos de sua assertiva.

Com efeito, observando a Constituição Inglesa, Madison afirma que “se o rei goza de ‘veto’ sobre todas as leis, por si não pode fazer nenhuma; e se lhe comete a nomeação dos que administram justiça, não pode por si mesmo administrá-la”¹⁹⁵. Do mesmo modo, acrescenta, que

ainda que os juizes sejam delegados do Poder Executivo, não executam função alguma executiva; e posto que possam ser consultados pelo corpo legislativo, também não tomam parte em função alguma legislativa¹⁹⁶.

Tais interligações bem demonstram que a Constituição inglesa não elimina a influência entre os Poderes nem afasta as ações de um sobre o outro, desde que parciais e não de forma plena, que pudesse ensejar a concentração de todo o Poder em mãos únicas.

¹⁹⁴ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, Hamilton. *O Federalista*, p. 298.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 300.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 300.

Em razão de tal observação, Madison conclui que, se tal Constituição foi o norte de Montesquieu, o que quis este dizer, ao apregoar a necessidade da Separação entre os Poderes, foi tão somente que a concentração de dois Poderes, de forma plena, em uma só mão, é capaz de subverter os princípios de um governo livre, não tendo pretendido, entretanto, de nenhuma forma, proscrever a ação parcial ou a influência de um Poder sobre o outro.

Resta perceptível, pois, do arrazoadado de Madison, que não há um rompimento do texto constitucional de 1787 com o pensamento que se pode extrair de *O Espírito das Leis*. Ao contrário disso, a Constituição se harmoniza com a teoria de Montesquieu muito mais em essência do que em interpretações mais dogmáticas que se apegam a seu aspecto extrínseco, a uma forma aparente.

Acentua Vasconcelos, com absoluta razão, que “não será por mera conveniência de argumentação que James Madison não admite que os *checks and balances* contrariam o princípio da Separação dos Poderes”, já que é efetivamente através dos controles recíprocos que se pretendia dotar os Poderes dos meios necessários para resistir às tentativas de intromissão dos demais Poderes¹⁹⁷.

Deve-se acrescentar que a intenção deliberada de afastar esta Separação rígida, mas sem fugir do norte seguido pelos ensinamentos de Montesquieu, que era o de prevenir o abuso do Poder e, portanto, preservar a liberdade, foi uma constante em todo o debate que se desenvolveu em torno da Constituição norte-americana, não só durante os trabalhos constituintes iniciais, já que, mesmo posteriormente aos debates se demonstrou uma preocupação de persistir nessa fórmula de equilíbrio, afastando-se de uma indesejável rigidez separatista, fincada na convicção de que seria esta a única forma de assegurar a manutenção da independência dos Poderes¹⁹⁸.

Por essa razão, bem observa Fleiner-Gerster que “os pais da Constituição americana foram os que certamente se inspiraram de maneira mais intensa nas ideias de Montesquieu” já que o objetivo de impedir o abuso de Poder e

¹⁹⁷ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelas de. *A Separação de Poderes na Constituição Americana*, p. 25.

¹⁹⁸ Há um fato que se apresenta como simbólico e que bem demonstra essa preocupação, relatado pelo jurista português: “Quando da primeira revisão constitucional – Bill of Rights – 1789-91 – representantes da Virgínia, Carolina do Norte e Pensilvânia apresentaram no Congresso uma proposta de Emenda no sentido de proibir expressamente a cada órgão de soberania o exercício das competências constitucionais distribuídas a qualquer um dos dois restantes. Nem essa proposta nem uma outra apresentada em alternativa e que se contentava com declarar os três poderes separados e distintos obtiveram aprovação”. *Ibidem*, p. 25.

salvaguardar a liberdade, visado pelo pensador francês, “somente pode ser atingido quando os poderes não estão completamente separados uns dos outros” e o mecanismo de “*checks and balances* dos poderes não é possível senão quando cada um deles tem parte nos outros e pode controlá-los e influenciá-los”. Conclui, portanto, que “Madison – e com ele os pais da Constituição americana – relativizou o dogma da separação dos poderes que, de resto, Montesquieu jamais interpretou de maneira tão restrita”¹⁹⁹.

O que se extrai, portanto, dos debates que se verificaram, não é uma doutrina diversa que se afasta ou rompe com a professada por Montesquieu, mas uma leitura da mesma que, ao contrário de ser dogmática, vai à busca de sua substância, de seu sentido, dos seus objetivos, de suas finalidades, enfim, de sua essência, e que, assim, entende que o festejado princípio não enseja a rigidez de uma Separação, o que bem se resume na expressão do próprio Madison:

o axioma político que se examina não exige a separação absoluta dos três poderes. (...) Sem uma tal ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na prática ser eficazmente mantido²⁰⁰.

Nessa assertiva se encontra a essência de uma concepção de Separação de Poderes decorrente do debate que se deu em torno da Constituição dos Estados Unidos da América, modelada e moderada pelos *checks and balances* e que aponta para uma Separação não estanque dos Poderes estatais, com controle mútuo, com cooperação e harmonia, com inter-relacionamento, bem diversa do modelo de Separação rígida que decorreu do debate francês, constituindo-se, ao lado deste, em duas grandes vertentes do pensamento e da concepção em torno da ideia de Separação de Poderes.

3.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO ELEMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Independentemente da formatação que se possa dar à Separação de Poderes e das duas tendências assinaladas e nitidamente divergentes, que se

¹⁹⁹ FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*, p. 479-480.

²⁰⁰ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, Hamilton. *O Federalista*, p. 305.

traduzem nos debates em torno da Constituição francesa de 1791 e da Constituição norte-americana de 1787, o certo é que tal já não mais constituía simples ideia nem somente doutrina representativa dos grandes teóricos políticos dos séculos XVII e XVIII, antes adentrando em praticamente todos os textos constitucionais que desses tempos em diante passaram a ser tidos como essenciais e imprescindíveis, alçando-se, portanto, ao *status* de princípio constitucional.

Como princípio organizatório e estrutural, já se demonstrou, ser ele uma das grandes constantes do Estado, mas não de qualquer forma de Estado e sim de um modelo específico, mais precisamente do Estado Constitucional, que se contrapõe ao chamado Estado Absolutista o qual, à evidência, e por suas próprias características essenciais, não se podia conformar ao referido princípio.

Bem discorre Miranda, em feliz síntese, e contrapondo o Estado Constitucional ao Estado Absoluto:

em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes, a representação política²⁰¹.

A Separação de Poderes passa, pois, a constituir elemento essencial deste novo tipo de Estado, de tal forma a não se conceber um Estado Constitucional sem que tenha por fundamento a Separação de Poderes, o que implica dizer que tal tipo de Estado traz, em sua essência, a abolição do ideário presente no modelo anterior, em que o exercício do Poder se dava de forma concentrada.

Impõem-se aqui duas observações. A primeira refere-se a que, em temas de direito político, muitas vezes os termos não são unívocos, mas plurívocos, razão pela qual se faz necessário acentuar que a concepção que aqui se emprega de Estado Constitucional, em primeiro lugar se vincula ao que Canotilho entende ser

uma tecnologia política de equilíbrio político-social através do qual se combateram dois 'arbítrios' ligados a modelos anteriores, a saber: a

²⁰¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 45.

autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais²⁰²,

e que significa, na singeleza da expressão de Miranda, e em uma noção preambular e genérica, que o “Estado assente numa Constituição reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder”²⁰³.

É o Estado Constitucional, antes de tudo, uma evolução e, ao mesmo tempo, uma contraposição aos modelos anteriores de Estado²⁰⁴, fundando-se, necessariamente, em uma Constituição assentada em valores específicos e consagrados pelo constitucionalismo moderno, ainda que com certas variantes.

A segunda observação é a de que o Estado Constitucional, em seu desenvolvimento histórico, teve várias feições, desde o seu surgimento como Estado Liberal, passando pela sua fase social, até a sua feição contemporânea. Em todas essas fases, assevera-se, a Separação de Poderes sempre esteve presente como elemento essencial do Estado, garantidor dos valores por ele consubstanciados, especialmente em virtude de sua contraposição essencial ao exercício concentrado e potencialmente arbitrário do Poder, que era da substância do modelo anterior de Estado ao qual o Estado Constitucional igualmente se contrapõe.

Não significa isto dizer que o modelo de Separação de Poderes presente em cada um destes formatos do Estado Constitucional fosse necessariamente o mesmo, já que, à evidência, não sendo a fórmula da Separação de Poderes objeto de uma leitura única e invariável, como já ficou bem claro pelo que se expôs em tópicos anteriores, não se poderia pretender que, como elemento de formas diferentes de Estado, que priorizavam valores distintos, permanecesse inalterável. Ao contrário, foram múltiplas as formas em que se manifestou a Separação de Poderes.

A rigor, entretanto, todas as múltiplas manifestações da Separação de Poderes nos diferentes modelos constitucionais, desde os consagradores do Estado Liberal até os que se apresentam mais recentemente no contexto de uma sociedade complexa e mundial, passando pelo Estado Social, são variações que vão de um extremo a outro, os quais representam as duas vertentes de pensamento e

²⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 90.

²⁰³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 48.

²⁰⁴ A respeito dos modelos anteriores de Estado e de sua evolução, em especial segundo uma visão estritamente política e jurídico-positiva que concebe três fases bem distintas – Estado estamental, Estado Absoluto e Estado Constitucional, cf. MIRANDA. *Ibidem*, p. 39-56.

interpretação que se formou em torno do tema e decorrem dos dois grandes debates, já examinados, em torno das Constituições francesa de 1791 e norte-americana de 1787.

De qualquer forma, a Separação de Poderes se moldou a cada uma das formas de Estado sem que, entretanto, deixasse de sempre estar presente como elemento do Estado Constitucional e sem que perdesse as suas características centrais, em especial sua conotação de fórmula institucional contraposta ao exercício concentrado do Poder Político e ao potencial abuso que disso decorre.

A partir dessas observações se pode traçar, em breves linhas, o que significou a Separação de Poderes no desenvolvimento do Estado Constitucional.

3.3 A SEPARAÇÃO DE PODERES NA EVOLUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL: DO ESTADO DE DIREITO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tendo sido estabelecido o significado do Estado constitucional, o qual se contrapõe às formas de Estado anteriores, em especial ao Estado Absolutista, e apresentadas suas diversas feições no curso de sua evolução histórica, bem como tendo sido ressaltada a presença constante da Separação de Poderes como elemento essencial desse tipo de Estado, passar-se-á a uma rápida observação de como se manifestou, ao longo desta evolução, a Separação de Poderes.

O Estado Constitucional, em seu nascedouro, vincula-se a uma concepção liberal, surgindo como contraponto ao Estado Absolutista, e diretamente relacionado à limitação do Poder Político arbitrário. É o chamado Estado de Direito Liberal ou Estado Burguês

Tal Estado de Direito, na visão de muitos, está intimamente ligado à ideia de um Estado mínimo, detentor do papel do “não fazer” e que pressupõe uma organização natural. Bobbio, entretanto, enxergando na doutrina liberal uma diferença entre o Estado de Direito e o Estado mínimo, acentua perspicazmente:

o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é o Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo.

Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legibus solutus*, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se, então, dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo²⁰⁵.

Ainda que se possa conceber, como Bobbio, um Estado de Direito que não seja mínimo e, até mesmo, um Estado mínimo que não seja um Estado de Direito, não há dúvida, entretanto, que o Estado de Direito Liberal se assenta primordialmente no império da lei e na garantia dos direitos individuais.

Com efeito, no contexto de saturação do Absolutismo surge o Estado Liberal, calcado numa concepção individualista da sociedade e caracterizado pelo deslocamento dos Poderes do Estado para o povo, titular da vontade geral representada pelas leis em vigor, afigurando-se a organização estatal como meio para a promoção de liberdades privadas.

Trata-se de um Estado de Direito como contraposição ao Estado Absoluto, em que a regulamentação por leis gerais de limites impostos aos Poderes Públicos representa a consolidação da supremacia do governo das leis sobre o governo dos homens e dos anseios de liberdade do indivíduo perante o Estado.

A lei que, no dizer de Sundfeld,

até o período medieval, era vista como sagrada e imutável e, no período absolutista, como fruto de um querer divino (que o soberano expressava), ganha, com o Estado de Direito, característica humana: passa a ser a expressão da vontade geral. A lei, destinada a reger a vida dos homens, deve ser feita por eles²⁰⁶.

De fato, a lei, como expressão da vontade geral e que guarda a superioridade sobre o governo dos homens, figura entre os principais elementos constitutivos do pensamento liberal que norteou o Estado de Direito em sua concepção inicial. Para Rousseau,

inútil perguntar a quem toca fazer a lei, pois que elas são atos da vontade geral; nem se o príncipe é superior às leis, pois ele é membro do Estado; nem se a lei pode ser injusta, pois que ninguém é injusto para si; nem como somos livres, e submetidos às leis, não sendo elas senão o registro de nossas vontades²⁰⁷.

²⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997. p. 17-18.

²⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45.

²⁰⁷ ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, p. 45.

Locke, por sua vez, proclama que se deve

governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, que não poderão variar em certos casos, valendo a mesma regra para ricos e pobres, para favoritos na corte ou camponeses no arado²⁰⁸.

É a mesma lei que se traduz na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como “expressão livre e solene da vontade geral” (art. 4º) e que aparece em Montesquieu como salvaguarda da liberdade, tal qual no artigo 6º da Declaração francesa, o que se pode ver em passagem de *O Espírito das Leis*:

a liberdade política não consiste em se fazer aquilo que se quer. Em um Estado, isto é, em uma sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar.

Deve-se sempre ter em vista o que é independência e o que é liberdade. Esta última é o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, uma vez que os outros teriam também esse poder.

(...) uma constituição pode ser feita de tal forma, que ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite²⁰⁹.

Assim, é neste sentido que o Estado de Direito Liberal se assenta no império da lei, que se funda na lei embasada na vontade popular e que, portanto, se impõe ao próprio Estado. É, igualmente, neste mesmo sentido que se funda o Estado de Direito Liberal na garantia dos direitos individuais, havendo uma transformação qualitativa das pessoas, que passam de súditos a cidadãos, submetendo-se ao governo da lei, já que somente esta define e limita o exercício dos direitos individuais.

Disso decorre que não poderia a Separação de Poderes, concebida como elemento dessa específica forma de Estado, deixar de tender para uma repartição mais radical das funções estatais, exatamente ao estilo prevalecente no debate francês.

Tal interpretação que se deu à Separação de Poderes, em última análise, como já anteriormente visto, estava a serviço da supremacia da lei e se apresentava preponderantemente como garantidora das liberdades individuais perante os possíveis arbítrios do Estado – o que se identificou, em outra ocasião, como

²⁰⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 104.

²⁰⁹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 164-165.

dimensão jurídica da Separação de Poderes –, de tal forma que o Estado que se configurava com idêntico fim se apoderou desse instrumento de maneira tão radicalmente concebido e defendido que chegou a alçá-lo ao *status* de dogma constitucional.

Neste contexto é que os primeiros defensores do Estado assim concebido fizeram insculpir no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a sentença de que toda sociedade em que a Separação de Poderes não é determinada não tem Constituição²¹⁰.

Portanto, ao Estado Liberal, primeira manifestação do Estado Constitucional, coube valer-se da Separação de Poderes primeiramente como elemento essencial à própria existência da Constituição e do Estado que nela se assentava e, em consequência, como instrumento de garantia dos fins a que se propunha, em especial de garantia dos direitos individuais dos cidadãos perante eventuais abusos dos governantes.

À luz da ideia de soberania da vontade popular e, portanto, da necessária supremacia da lei, tida como expressão dessa vontade, e supremacia do Legislativo, órgão encarregado de sua feitura, impôs-se à ideia de Separação de Poderes uma interpretação absolutamente radical, a ponto de conduzir a uma Separação tão rígida que os Poderes Executivo e Judiciário, confinados a sua específica função de natureza executiva em sentido amplo, nada mais representavam do que órgãos cumpridores da vontade emanada da esfera legislativa.

Com a derrocada do Estado Liberal, concebido no modelo das liberdades burguesas, em face de sua flagrante insuficiência para enfrentar as necessidades e os anseios por justiça social, surge o Estado Social de Direito.

Para alguns autores, como Miranda, o Estado Social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado de Direito, em sucessão ao Estado Liberal e que se propõe a articular direitos, liberdades e garantias com direitos sociais, ou seja, a articular igualdade jurídica com igualdade social²¹¹.

De qualquer forma, o Estado, nessa concepção de transição que se verifica na primeira metade do século XX, assume o papel de provedor do bem-estar social

²¹⁰ Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição". DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. In: COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 158

²¹¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 52-53.

e garantidor de uma política de atenuação das desigualdades sociais, o que muitas vezes lhe conferiu um componente repressivo. Essa transição foi desencadeada, entre outros fatores, pela situação de penúria por que passavam algumas grandes nações, fortemente atingidas pelas consequências nefastas do período beligerante, reavivando o instinto de solidariedade para fins de reconstrução e pressupondo a busca pela igualdade substancial.

Há, pois, uma transição de uma concepção de Estado Liberal para o de Estado Social de Direito, no qual, na observação de Silva, citando Elias Díaz, “o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”²¹².

É neste sentido que Zimmermann tenta explicar o Estado Social de Direito:

a concepção do chamado Estado Social de Direito, objetivando um desempenho do governo que não se restringe apenas aos limites da proteção à liberdade individual e à propriedade privada. Nesse caso, o Estado também passa a estar comprometido com a ideia do apoio solidário ao indivíduo, para que este alcance a maximização do seu livre desenvolvimento pessoal, sendo muitas vezes necessário que se possibilite um mínimo de condições materiais.

E finaliza:

O conceito de Estado Social de Direito deve significar o alcance de um grau de desenvolvimento social que permita com que todas as pessoas tenham uma capacidade própria de decisão acerca de suas próprias concepções acerca da vida digna”²¹³.

Há, como pressuposto do Estado Social de Direito, uma percepção clara da hipossuficiência do indivíduo, que não se encontra em condições de resolver individualmente todos os seus problemas, o que enseja a responsabilidade do Estado Nacional e a sua obrigação de superar o “não fazer” de contornos liberais e fundado em uma suposta harmonia natural, lançando-se à tarefa de incrementar prestações positivas, do “fazer”, através da adoção de políticas públicas.

É evidente, a esta altura, que a Separação de Poderes, ainda que igualmente presente nesse modelo de Estado, não mais se compatibiliza com a Separação rígida, dogmática por assim dizer, que norteou e fundou a concepção

²¹² DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Editorial Cuadernos para El Diálogo, 1973. p. 96 *apud* SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 115.

²¹³ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*, p. 65.

liberal de Estado, e isto, acentuadamente pelo fato de se estar a exigir, para a concretização dos fins do Estado Social, não mais a supremacia do Legislativo, mas, diversamente, a pendência da Balança dos Poderes em favor de um Executivo cada vez mais ativo, menos dependente e mais autônomo.

É nesse momento de superação do Estado Liberal e de forte conotação social do Estado que, muitas vezes, os arranjos políticos, desenhados à luz da preponderância explícita dos Executivos sobre os demais Poderes, se afastavam de preceitos ditos democráticos, quase respirando o ar dos antigos regimes absolutistas.

É nesse momento, também, que de maneira mais acentuada se fala no fim da Separação de Poderes, se proclama a inexistência real da Teoria, se alardeia a insustentabilidade de sua permanência no mundo das ideias constitucionais, se defende a sua incompatibilidade com os novos arranjos políticos.

Na verdade, a ideia da Separação de Poderes estava tanto mais desbotada de sua inspiração essencial quanto mais distante estava o modelo de Estado que naquele momento preponderava dos contornos do Estado Constitucional do qual é elemento. E tanto quanto o Estado Constitucional foi desfigurado pela sua aproximação a um modelo que chegava a lembrar o Estado Absoluto e sua correlata concentração no exercício do Poder, assim também a ideia de Separação de Poderes beirou o perecimento. Mas, assim como perdurou o modelo de Estado que aqui se denomina de Constitucional, também persistiu a Separação de Poderes, em seus elementos essenciais, continuando a ser elemento desse tipo de Estado.

O que pereceu, e ao que parece de forma definitiva, foi o modelo de Separação de Poderes que se concebeu como elemento do modelo de Estado dito Liberal, e isto tão somente enquanto se considerar que esse tipo de Estado esteja definitivamente superado.

Com efeito, na esteira da superação do Estado Liberal, restou mortalmente afetada a ideia de uma Separação rígida entre os Poderes, sem comunicação entre os mesmos, sem interdependência, coordenação ou cooperação e que, em última análise, levava a uma absoluta supremacia do Legislativo, a pretexto da concepção de lei como expressão da vontade geral e garantidora das liberdades individuais.

É necessário observar que, ao se colocar em xeque a Separação de Poderes, o que muitos teóricos na verdade estão impugnando é o modelo de Separação vinculado ao Estado Liberal ou, dito de outro modo, de sua concepção

rígida, dogmática, assim como de sua dimensão estritamente jurídica, ou seja, da Separação como instrumento de garantia das liberdades individuais perante o exercício do Poder Político do Estado²¹⁴.

A Separação de Poderes que se concebeu nesse momento histórico, em que já vigorava a ideia de Estado em sua feição social, afastava a supremacia do Legislativo, o que implica abandonar o modelo rígido de Separação, que mitigava a ideia de lei como expressão da vontade geral e da soberania popular, o que levava à admissão de outras formas de produção do direito e de extração da vontade popular, e enaltecia os objetivos sociais em detrimento das liberdades políticas e dos direitos individuais, o que permitia a concepção de um arranjo institucional focado na centralidade do Executivo.

O modelo de Separação que persistiu na fase do chamado Estado Social, entretanto, não significou, ainda, uma migração direta para o que se poderia extrair da interpretação contraposta ao modelo francês, ou seja, aquela decorrente do debate em torno da Constituição norte-americana de 1787 e que propugnava pela busca de um equilíbrio entre os Poderes, com a adoção do sistema de *checks and balances*. Isto se verificou pelo fato de o modelo social de Estado, tal qual inicialmente concebido, ter conduzido, como já acentuado, à preponderância do Executivo, de forma muitas vezes extremada, e não a um equilíbrio.

Vale lembrar a observação de Bonavides de que “a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram Estados sociais” e que, da mesma forma, também foram Estados Sociais “a Inglaterra de Churchill e Attlee, os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, especialmente; e o Brasil, desde a Revolução de 30” o que, segundo o mesmo, evidencia, “que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”²¹⁵.

O modelo de Separação de Poderes que se adotou no Estado Social, principalmente por sua compatibilidade original com os regimes políticos de viés autoritário, representou, pois, na prática, por um lado, um desprezo quase absoluto

²¹⁴ Inserem-se exatamente nesse contexto as críticas que faz Bonavides ao “dogma” da Separação de Poderes em muitos dos seus trabalhos e, de forma mais profunda, quando escreve sob o título “O Estado Liberal e a Separação de Poderes”. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007). Tal obra que, não obstante conduza a conclusões diversas da que almejamos alcançar, é leitura obrigatória por sua profundidade e seu acentuado grau de reflexão, o que, aliás, são peculiares ao autor.

²¹⁵ Ibidem, p. 184.

de sua dimensão jurídica, ou seja, da Separação como garante das liberdades individuais e, por outro, teve quase sempre implícita uma negação do equilíbrio em prol da supremacia do Executivo que, em um primeiro momento, parecia essencial à consolidação dos fins que aquele tipo de Estado se propunha, o que também eclipsava a dimensão política da Separação de Poderes, que pressupunha a mesma como fator de equilíbrio político entre os Poderes do Estado.

Tal equilíbrio político somente veio a inspirar mais fortemente a Separação de Poderes quando se partiu para um modelo de Estado que acoplou ao social os valores democráticos – o chamado Estado Democrático de Direito.

É sabido – e já foi mencionado – que o Estado Social, inegavelmente, superou o antigo Estado Liberal, ainda que tenha se apresentado como uma intervenção ideológica do socialismo sobre as antigas ideias liberais do Estado burguês sem, contudo, se confundir com o Estado Socialista. Representou uma releitura das antigas liberdades burguesas, agora sob o signo da justiça social, e, em última análise, levou à busca do equacionamento entre a igualdade política e a desigualdade social.

É inegável também, consoante a tese já sustentada por Bonavides, que tal Estado Social tanto se compadece com o totalitarismo quanto com a democracia, de forma a trazer certos atritos desta com a sua existência real.

É a partir dessa percepção que surge a necessidade, bem acentuada por Dallari, de se acrescentar mais um elemento à expressão “Estado de Direito”²¹⁶, o que efetivamente se observa, por exemplo, na Constituição portuguesa quando, em seu artigo 2º declara-se que Portugal é um “Estado de Direito Democrático”²¹⁷ e,

²¹⁶ Muito se tem indagado sobre qual é o verdadeiro significado do proclamado Estado Democrático de Direito, já que, como sabido, é expressão equívoca que enseja distorções e ambiguidades. É por essa razão que Dallari afirma que “entre os juristas e especialistas em Teoria do Estado a expressão ‘Estado de Direito’ é usada com muita reserva e geralmente acompanhada de explicações a respeito do sentido que se está dando a ela, para evitar o risco de interpretações equivocadas”. É por isso que, não obstante reconhecer a expressão “Estado de Direito” como equívoca, entende que, para que não se confunda a mera existência de uma legalidade formal, que também poderia estar presente nas ditaduras, com uma ordem jurídica legítima e democrática, se faz necessário o acréscimo de mais um elemento à expressão “Estado de Direito” o que, no seu entender, se pôde observar na Constituição do Brasil de 1988, que adotou o termo “Estado Democrático de Direito”. DALLARI, Dalmo de Abreu, *Estado de Direito e Cidadania*. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Coord.). *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 194.

²¹⁷ Cf. Constituição portuguesa: “**Artigo 2.º (Estado de direito democrático)**. A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

também, na Constituição brasileira de 1988, que proclama ser o Brasil um “Estado Democrático de Direito”²¹⁸.

O verdadeiro significado desse acréscimo da qualificação democrática ao Estado de Direito é a verdadeira essência que podemos extrair, nos tempos hodiernos, do significado do Estado Democrático de Direito.

Tem-se perguntado, entretanto, se esta busca do democrático terá ocasionado uma renúncia ao social ou sua superação.

Para Bonavides não, já que apregoa, manifestando sua preferência política e doutrinária, o que chama de “Estado Social da Democracia”²¹⁹, distinguindo-o do Estado Social dos sistemas totalitários e enxergando-o como evolução do Estado Social que, por sua vez, já era uma reinterpretação da liberdade do antigo Estado burguês.

Na verdade, o Estado Democrático de Direito, tal qual proclamado em muitos textos constitucionais, como a Constituição brasileira²²⁰, reintroduziu a democracia em seu conceito, mas o fez do modo que se entende atualmente o princípio democrático, ou seja, em sua concepção larga, em seu formato abrangente, que ultrapassa a esfera política para se abrigar em um contexto amplo no qual também se inserem os valores econômicos e sociais.

Isto não significa, nem poderia significar, uma renúncia aos valores sociais, ao Estado Social.

É este, portanto, o verdadeiro sentido do acréscimo da qualificação democrática ao Estado de Direito e que faz surgir o verdadeiro significado do Estado Democrático de Direito, que não importa renúncia nem superação do social, antes se traduzindo em uma incorporação dos preceitos que inspiraram o Estado Social

(MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Grifos nossos).

²¹⁸ Cf. Constituição brasileira: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 204.

²²⁰ Especificamente sobre o Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira e sua absorção dos valores do Estado Social, Sundfeld, conjugando o Estado de Direito com o Estado Social, afirma que: “para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje – não só ele: a maioria dos Estados civilizados – basta construir a noção de *Estado Social e Democrático de Direito*, agregando-se aos elementos ainda há pouco indicados a imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos, do correlato direito de exigí-los”. E acrescenta: “Em termos sintéticos, o Estado Social e Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, p. 45).

para se configurar, atualmente, como uma concepção que, despreocupada com a redundância que o social poderia se constituir, em face da amplitude do moderno conceito do princípio democrático (que atualmente também engloba o que se chama de democracia social), poderia se denominar Estado Social e Democrático de Direito.

É, pois, um Estado que persegue o equilíbrio, que abraça o social, mas não o faz como outrora, em que se permitia a transigência dos valores democráticos em nome dos objetivos por ele perseguidos. Sem se abandonarem os fins sociais do Estado, retoma-se, em sua essência, a inspiração que norteou o surgimento do Estado Constitucional sem, entretanto, se retornar ao modelo do Estado Liberal, já que incompatível com a busca de uma justiça material e não apenas formal.

No contexto do Estado Democrático de Direito, que é um Estado do equilíbrio, a Separação de Poderes ganhou os contornos dos valores por este priorizados e que, necessariamente, apontam para o equilíbrio entre os Poderes constituídos.

Dessa forma, é impossível conceber a Separação de Poderes, elemento essencial também desse tipo de Estado, com uma desproporcional tendência em favor do Executivo, como ocorreu constantemente durante o apogeu do Estado Social, assim como resta incabível render homenagens à sua interpretação mais radical, com Poderes separados de forma estanque e incomunicável, descoordenados, findando por privilegiar o Legislativo, a exemplo do modelo que emanou do debate em torno da Constituição francesa de 1791.

Preponderou, pois, um formato de Separação de Poderes em que as funções do Estado não eram exercidas com rígida exclusividade por nenhum dos Poderes, havendo certo entrelaçamento funcional, suficiente a conduzir ao equilíbrio o exercício do Poder Político, numa nítida conotação do que anteriormente aqui se denominou dimensão política da Separação dos Poderes. Tal modelo, à evidência, se aproxima do que decorreu dos debates em torno da Constituição dos Estados Unidos, ainda que tenha ido mais adiante, em especial no que diz respeito ao inter-relacionamento entre os Poderes, a reboque dos novos arranjos institucionais do Estado Constitucional.

Foi esta, portanto, de uma forma sucinta, a peregrinação do Estado Constitucional que, não obstante tenha sofrido constante mutação de sua feição, de acordo com os valores priorizados em determinados momentos históricos, pelo que

se apresentou sob diversas denominações – Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito – persistiu sempre com suas características essenciais, de Estado assentado em uma Constituição, que perseguia os equilíbrios político e social em sua organização e nas suas relações com os cidadãos, e que, em contraposição ao Estado Absolutista, limitava o exercício do Poder Político. Assim também a Separação de Poderes, que esteve presente no curso de toda essa evolução como elemento não só caracterizador do Estado, mas também como instrumento de sua sustentação, assimila a feição estatal sem, entretanto, abandonar as suas características essenciais.

3.4 AS DIMENSÕES DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Observada a evolução do Estado Constitucional e sua estreita vinculação à Separação de Poderes em todo o seu curso histórico, veja-se, agora, o significado desta no contexto atual desse tipo de Estado.

Destaca-se, inicialmente, que a evolução do Estado Constitucional, tal qual traçada no tópico anterior – de seu formato inicial, como Estado de Direito Liberal, até o atual Estado Democrático de Direito –, já é suficiente para evidenciar os seus elementos essenciais e a sua conotação hodierna, o que não impede a busca de seu mais fiel substrato, na sempre precisa lição da Canotilho:

O Estado só se concebe hoje como **Estado Constitucional**. O constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um *Estado com qualidades*, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático**. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: **Estado de direito** e **Estado democrático**²²¹.

Deixando-se de lado velhas discussões acerca da melhor expressão a ser utilizada para significar o atual estágio e as características mais marcantes do Estado Constitucional – se Estado de Direito Democrático, como na Constituição

²²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 92-93. Grifos nossos.

portuguesa, ou Estado Democrático de Direito, como na brasileira –, o certo é que não se pode fugir da precisa observação de que tal significa, contemporaneamente, a junção dos valores inerentes ao Estado de Direito e ao Estado democrático.

A partir desses dois elementos que, indubitavelmente, se integraram ao conceito de Estado Constitucional de forma a constituírem o seu eixo principal, e a própria essência de seu significado, se faz necessário, em primeiro lugar, retomar as observações que aqui foram feitas em relação às dimensões da Separação de Poderes para, assim, cotejá-las com o atual estágio desse modelo de Estado.

Bem se observou que, desde quando se apresentava apenas como ideia, a Separação de Poderes pode ser contemplada em pelo menos quatro dimensões diversas, a saber: dimensão social, em que se apresenta como forma de equilíbrio social; dimensão política, concebida como instrumento de equilíbrio político entre os órgãos encarregados do exercício do Poder Político do Estado; dimensão jurídica, em que é vista como garantia das liberdades individuais; e dimensão orgânico-funcional, contemplada a partir da distinção material das funções do Estado, e que se traduz na busca de adequação orgânica e eficiência funcional.

Tais dimensões – também já foi dito – estiveram presentes em Montesquieu e nisto, acredita-se, residiu o diferencial em relação à doutrina dos seus antecessores, em especial Locke, bem como em relação aos que, partindo de premissas diversas, destacadamente da supremacia da lei e do Legislativo, como Rousseau, não poderiam contemplar dimensões como, por exemplo, a política, que pressupunha o equilíbrio entre os Poderes.

Percebeu-se, igualmente, que a visão unidimensional da Separação de Poderes foi muitas vezes responsável pela sua incompreensão ou, pelo menos, pela não compreensão de sua abrangência e verdadeiro e total significado. Assim, por exemplo, foi uma visão de sua dimensão estritamente política, que pressupõe equilíbrio no exercício do Poder, que fez que muitos não vislumbrassem, na doutrina de Rousseau, ou mesmo na doutrina de Locke, impregnadas pela ideia de supremacia do Legislativo, a presença de uma proposta de Separação de Poderes. Foi também por vislumbrar a Separação com ênfase em sua dimensão orgânico-funcional, que aponta para uma correlação entre Poder e função, que muitos constitucionalistas constataram equivocadamente o fim prático da teoria quando da manifestação do Estado de Direito em sua feição social ou quando da eclosão de novos arranjos institucionais funcionalmente entrelaçados.

Mais recentemente, a ausência de uma visão multidimensional tem levado muitos doutrinadores a, igualmente, contemplar a Separação de Poderes como uma doutrina obsoleta, em vias de extinção e sem nenhuma significação no atual estágio do Estado contemporâneo. Não obstante, e em manifesta contradição, persiste o postulado insculpido em praticamente todos os textos constitucionais.

Neste particular, tem-se argumentado o aspecto meramente formal das declarações constitucionais do postulado separatista, defendendo-se que se trataria apenas de uma reminiscência teórica sem significação prática. A leitura de qualquer dessas Constituições, entretanto, será capaz de demonstrar que a Separação de Poderes não se esgota nas proclamações preambulares, mas, em geral, avança sobre a institucionalização de órgãos diferentes, aos quais são atribuídas funções específicas, ainda que, há de se reconhecer, em nada se assemelhe ao modelo estanque que emanou do debate francês e que norteou as manifestações tão comuns, principalmente no continente europeu, quando da preponderância do chamado Estado burguês.

Não se tem dúvida, no entanto, de que compreendendo a Separação de Poderes em sua quádrupla dimensão, não há como não encontrá-la presente, absolutamente viva e eficaz, em praticamente todas as Constituições do mundo contemporâneo, ainda que se apresente ou seja preponderante apenas uma ou algumas dessas dimensões.

Há, entretanto, uma dificuldade de se perceber, no atual estágio do constitucionalismo, a presença da dimensão social da Separação de Poderes, entendida como forma de equilíbrio social, ou seja, de equilíbrio entre os segmentos sociais, no exercício do Poder Político, assim como da dimensão jurídica, compreendida a Separação de Poderes como instrumento de garantia das liberdades individuais.

Neste particular, impõem-se algumas considerações. A primeira delas diz respeito à dimensão jurídica. Talvez seja esta a mais tradicional das dimensões que se pode contemplar – tão tradicional que está presente em pensamentos tão diversos como os de Montesquieu e de Rousseau e também o de Locke. Para alguns, a exemplo de Piçarra, tal dimensão se traduziu na primeira manifestação da teoria separatista, quando a Separação de Poderes surge como limitadora do exercício do Poder Político na garantia das liberdades individuais, se apresentando como instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio dos governantes.

De fato, há uma certa dificuldade em contemplar a Separação de Poderes como instrumento de limitação de Poder com o fim de garantir os direitos e liberdades individuais, o que não implica dizer que o mundo contemporâneo tenha abdicado da ideia do Poder limitado, passando a prestigiar o exercício absoluto e ilimitado do Poder, nem que tenha renunciado à proteção aos direitos individuais. Ao contrário, continua cada vez mais perceptível a veracidade da máxima de que a concentração no exercício do Poder leva inexoravelmente ao abuso, assim como é cada vez mais ampla a proteção que o Estado tem procurado dar aos direitos dos seus cidadãos.

Ocorre que, ao acoplar à sua própria essência os valores do Estado de Direito, o Estado Constitucional assumiu diretamente a proteção dos direitos e liberdades individuais, como também refutou o exercício concentrado do Poder, consagrando a limitação do Poder Político. É que o Estado de Direito, desde as suas manifestações mais primárias – o *Rule of Law* inglês, o *l'État légal* francês e o *Rechtsstaat* alemão – já cumpria a função limitadora do Poder Político e garantidora dos direitos individuais, passando a cumpri-la de forma mais completa quando incorporado ao Estado Constitucional, em especial pelo seu convívio com outros valores, como os de inspiração democrática.

É neste sentido que Canotilho, ao constatar que “o Estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político”, considera que “o Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma Constituição limitadora do poder através do império do direito”²²².

O Estado Constitucional, portanto, assumiu, em sua essência e de forma direta, a noção de limitação do Poder e de garantia dos direitos individuais, razão pela qual a Separação de Poderes, outrora consagrada como instrumento garantidor desse fim, deixou de ser vista como tal. No entanto, em nenhum momento a Separação de Poderes deixou de ser o mecanismo utilizado pelo Estado Constitucional na consecução de seus objetivos, o que lhe confere a qualidade de elemento do próprio Estado Constitucional.

A Separação de Poderes, desta forma, não mais é vista como instrumento direto de garantia da limitação do Poder e dos direitos individuais, mas como

²²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 98.

elemento de um determinado tipo de Estado que, por sua vez, assumiu diretamente tal função.

Vale salientar que a Separação de Poderes, tida como elemento do Estado Constitucional, assume, nesta perspectiva, dupla posição. Por um lado, constitui elemento caracterizador desse Estado, uma vez que está invariavelmente presente em sua conformação, como mecanismo de efetivação da ideia de limitação do Poder que, como visto, é da essência do Estado de Direito e, portanto, também do Estado Constitucional. Por outro lado, a Separação de Poderes também se apresenta como elemento garantidor do Estado Constitucional, o que ocorre porque, como mecanismo de limitação e diluição do exercício do Poder Político, apresenta-se como contraponto à concentração que, levada ao extremo e às suas últimas consequências, pode conduzir à própria destruição do Estado Constitucional.

De qualquer forma, e ainda que permaneça vinculada ao Estado Constitucional, seja como elemento intrínseco caracterizador deste Estado, seja como elemento extrínseco garantidor do mesmo, a Separação de Poderes deixou de ser vista como instrumento diretamente garantidor da limitação do exercício do Poder e dos direitos individuais, cumprindo tal tarefa de forma secundária já que, de forma direta, seria esta cumprida pelo próprio Estado Constitucional.

Disso decorre a dificuldade de se contemplar, no atual estágio do constitucionalismo, a Separação de Poderes em sua dimensão jurídica o que, para nós, e na linha de raciocínio do presente trabalho, não significa que tal dimensão não mais exista, mas apenas que se encontra eclipsada pelo Estado Constitucional, bem como pela incorporação, que pelo mesmo se efetuou, dos valores inerentes ao Estado de Direito, em particular, das ideias, para lembrar Canotilho, do “governo de leis e não de homens”, do “Estado submetido ao direito” e da “Constituição como vinculação jurídica do poder”²²³, as quais conduzem necessariamente à limitação do Poder e à garantia dos direitos individuais²²⁴.

A segunda observação diz respeito à dimensão social da Separação de Poderes.

²²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 98.

²²⁴ É interessante observar que Bonavides, ao proclamar a Separação de Poderes como “um princípio decadente”, se funda no fato de o Estado ter, assumido, entre os seus fins, o de “proteger eficazmente a liberdade do indivíduo”. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 86).

Aqui, diferentemente da dimensão jurídica eclipsada pelo Estado de Direito, cujos valores foram incorporados pelo Estado Constitucional, a dificuldade de percepção decorre de sua contraposição ao outro elemento integrante desse Estado, o qual se pode traduzir como Estado democrático.

Com efeito, os valores democráticos inseridos no Estado Constitucional são incompatíveis com a “separação social do poder” já que conduzem necessariamente à ideia de igualdade

Dallari identifica a igualdade de direitos – ao lado da supremacia da vontade popular e da preservação da liberdade – como um dos pontos fundamentais norteadores dos Estados que se pretendem democráticos, entendendo-a como “a proibição de distinções no gozo dos direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de **discriminação entre classes sociais**”²²⁵. Vale mencionar também que Silva considera que tal igualdade, juntamente com a liberdade, “não são princípios, mas valores democráticos”²²⁶.

De qualquer forma, a ideia de igualdade, invariavelmente presente nas possíveis noções de Estado democrático, já que compõe a própria noção de democracia, seja esta contemplada sob o ângulo político, tal qual concebida em sua origem, ou mesmo nos variados ângulos em que modernamente se contempla o fenômeno democrático – social, econômico, etc. – afasta a possibilidade de que a Separação de Poderes esteja a serviço de um equilíbrio social no exercício do Poder Político.

Tal ideia, dotada de amplo sentido aos tempos da Constituição mista de Aristóteles ou Políbio e mesmo da Monarquia mista inglesa, em que os Poderes Políticos eram divididos entre os estamentos sociais, não mais se coaduna com os valores democráticos consagrados no Estado Constitucional. Isso se justifica pelo fato de que a noção de democracia se apresenta incompatível com a atribuição de espaço político de acordo com a classe social, núcleo da ideia que inspirou a busca do equilíbrio pela distribuição adequada destes espaços.

Assim, a Separação de Poderes não mais é vista como instrumento de equilíbrio social no exercício do Poder Político, uma vez que o Estado democrático, inserido no Estado Constitucional hoje prevalente, não mais busca o equilíbrio pela

²²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 128.

²²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 131.

distribuição social do Poder Político, mas através da igualdade de todos, social e politicamente.

A Separação de Poderes, entretanto, como mecanismo garantidor do Estado Constitucional incorporador, por sua vez, dos valores democráticos, finda por defender o equilíbrio social, ainda que indiretamente e de forma especificamente delineada pela igualdade de todos e não pela valorização de estamentos sociais.

Com efeito, como instrumento que se opõe à concentração do Poder – concentração esta que invariavelmente conduz a tendências absolutas e totalitárias –, a Separação de Poderes tem sido mecanismo eficiente de preservação do próprio Estado Constitucional e, por consequência, de todos os valores que integram e delineiam a sua substância, entre os quais estão os que se inserem no Estado democrático.

De qualquer forma, não mais se contempla, pelo menos no atual formato do Estado Constitucional, a Separação de Poderes em sua dimensão social, o que não significa dizer que se abandonou a perseguição do equilíbrio social, mas apenas que não mais se concebe a sua busca através do equilíbrio político dos estamentos sociais, já que tal se revela incompatível com um aspecto inerente ao fenômeno democrático, qual seja, a “igualdade de todos”.

Portanto, os valores democráticos absorveu o fim perseguido pela dimensão social da Separação de Poderes, que era o equilíbrio social, alterando, entretanto, substancialmente a maneira de persegui-los e abandonando, por óbvio, a distribuição social típica dos Estados estamentais, de forma que não mais é possível contemplar-se a Separação de Poderes em sua dimensão social – pelo menos no atual estágio do Estado Constitucional e enquanto permanecer repassado pelos valores do Estado democrático.

Após tais observações, que conduziram à conclusão da ausência da dimensão social da Separação de Poderes no atual estágio do Estado Constitucional, e considerando-se eclipsada a sua dimensão jurídica, examinar-se-á as duas outras dimensões historicamente concebidas, ou seja, a dimensão política e a dimensão orgânico-funcional.

A dimensão política da Separação de Poderes, tida em sua finalidade de equilíbrio político entre os órgãos que exercem o Poder do Estado, persiste, em cores absolutamente nítidas, no Estado Constitucional contemporâneo.

Com efeito, os arranjos institucionais concebidos à luz desta forma de Estado se apresentam com forte tendência ao equilíbrio, em que as três grandes esferas de Poder comumente presentes – Executivo, Legislativo e Judiciário – interagem e se harmonizam, com uma constante preocupação de que nenhuma delas se sobreponha às demais²²⁷.

É importante ressaltar que tal tendência ao equilíbrio não implica a inexistência real de arranjos institucionais em que a Balança dos Poderes tenda, de forma mais ou menos acentuada, para uma das esferas de Poder, o que não raro ocorre nos Estados tidos como politicamente instáveis e considerados destoantes do que se imagina ideal – que é aquele equilibrado e consonante com os ditames do Estado Constitucional desejável. A própria desconfiança com que se lança observação sobre tais Estados é suficiente para demonstrar ser esta uma situação fática, real e inegável, mas não uma tendência.

Mesmo em países politicamente estáveis tem sido observada a preponderância de um Poder sobre o outro, particularmente do Executivo sobre o Legislativo, como formação do que a professora Caggiano denomina *bloco Executivo/Legislativo*, sob o comando do primeiro, o que tem ensejado a “emergência do Poder Judiciário como contraponto” a este bloco, gerando, inclusive, a necessidade de uma reflexão acerca de diversos aspectos deste ‘reposicionamento do Poder Judiciário’²²⁸.

Apesar dessa realidade, a tendência continua sendo a da busca do equilíbrio entre os Poderes, no que inicialmente se poderia definir como de forte inspiração no sistema de *checks and balances* que, desde o início, se fez presente no constitucionalismo norte-americano. A inspiração dos diversos arranjos institucionais neste modelo não significa, entretanto, a adoção exata do que fora concebido pelos delegados da Convenção de Filadélfia, tendo sido tal modelo inspirador moldado pelas circunstâncias e pela evolução do tempo e das ideias, assim como também o foi a própria realidade do constitucionalismo norte-americano.

²²⁷ Também neste jogo de equilíbrio se inserem outras estruturas de Poder menos tradicionais, ainda que a eles não se atribua o *status* de Poder do Estado, a exemplo, destacadamente no Brasil, do Ministério Público.

²²⁸ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. A Emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo: o exame do quadro brasileiro, tendo por base a reforma política realizada quase por inteiro pelos tribunais superiores. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*, p. 99 e 115.

Assim, por exemplo, o *judicial review* que, não obstante já estar presente nas ideias de Hamilton, que defendia o controle de constitucionalidade das leis²²⁹, não se encontra de maneira nítida no texto da Constituição norte-americana, e somente veio a se consolidar com o tão citado caso *Marbury v. Madison*, relatado pelo *Chief Justice* John Marshall no início do século XIX e ratificado em 1857 pela “Corte Taney” no caso *Dred Scott v. Sandford*²³⁰.

Tais episódios e circunstâncias moldaram o modelo originalmente concebido, não somente nos Estados Unidos, como também em todos os sistemas inspirados nesse modelo, inserindo-se concretamente o Judiciário no processo de equilíbrio entre os Poderes, antes restrito ao Executivo e Legislativo. Neste sentido, assinala Piçarra ao examinar o *judicial review*:

Outro desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação dos poderes consiste na integração do poder judicial no ‘processo equilibrante’ entre os órgãos estaduais, processo este que, de acordo com o esquema da balança dos poderes, apenas englobava até então o poder legislativo e o poder executivo²³¹.

Já em outros sistemas que não se inspiraram exatamente no modelo norte-americano e que adotaram um controle de constitucionalidade concentrado em uma Corte Constitucional, não foram movidos por outro sentimento senão o da prevenção em favor do equilíbrio, e isto em razão da perspectiva de que o Judiciário, com a prerrogativa de exercer o controle da constitucionalidade dos atos do Legislativo, assumisse a posição de Poder preponderante e com supremacia sobre os demais.

De qualquer forma, entretanto, é visível a busca do equilíbrio entre os Poderes constituídos sob o arcabouço institucional do Estado Constitucional e o objetivo explícito da Separação de Poderes, com a sua instituição de órgãos distintos, aos quais são atribuídas funções diversas, de promover o equilíbrio político, pelo que visível e incontestável a dimensão política, tal qual aqui concebida, da Separação de Poderes presente nesta forma de Estado.

Quanto à dimensão orgânico-funcional, que se vislumbra a partir da distinção material das funções do Estado e que se traduz na busca de adequação

²²⁹ A respeito, vide o 78º artigo federalista. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*, p. 457-463.

²³⁰ A respeito dessas famosas decisões, é interessante a observação, a partir dos seus bastidores, que faz Zaffaroni. Para tanto, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*, p. 67-71. Cf., também, MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2003.

²³¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 202.

orgânica e eficiência funcional, pode-se afirmar que, não obstante o seu redimensionamento, tal dimensão também se faz indubitavelmente presente na atual conformação do Estado Constitucional.

Bem observa Miranda que a Separação de Poderes continua a ser exigida pelo Estado de Direito, pelo menos no tocante aos aspectos de pluralidade de órgãos de função política (cada qual com competência própria), de primado da competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de independência dos tribunais, de criação de mecanismos de fiscalização e de controle interorgânico, razão pela qual

o princípio da separação de poderes vai permanecer como princípio de organização ótima das funções estatais, de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão²³².

Na esteira da visão de Miranda, não são poucos os autores que vislumbram atualmente a Separação de Poderes exclusivamente como princípio de organização adequada das funções estatais o que, embora não se conceba como verdadeiro, pelo menos evidencia esta dimensão orgânico-funcional, que se entende inapelavelmente presente e que aponta para uma Separação tendente a atribuir a cada órgão de exercício do Poder Estatal, pelo menos de forma preponderante, a tarefa que lhe seja mais adequada aos meios disponíveis e à sua própria estruturação e composição.

Tal assertiva fica bem clara a partir do argumento exemplificativo de Hesse, ao examinar a Constituição da Alemanha:

Um parlamento é, segundo sua estrutura, manifestamente inadequado para cumprir tarefas detalhadas administrativas; as autoridades do poder executivo, vinculados a instruções, não estariam em condições para decisão apropriada de litígios; os tribunais não poderiam vencer apropriadamente tarefas da legislação. Para assegurar um cumprimento bom e apropriado correspondente à peculiaridade da tarefa, estrutura, composição e provimento dos órgãos devem, antes, ser adaptadas à função²³³.

Entretanto, a necessidade de equilíbrio entre os órgãos que exercem o Poder Político do Estado (traduzida na dimensão política antes analisada), afastando-se a possibilidade de supremacia de um sobre os outros, – impõe, de forma inapelável,

²³² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. III, p. 384-385.

²³³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 372.

que tais funções não sejam exercidas com exclusividade por qualquer dos órgãos, mas apenas de forma preponderante.

Assim, não obstante a necessidade de se distinguirem materialmente as funções do Estado e de se contemplar um órgão que seja funcionalmente mais adequado ao exercício daquela função, não se poderia atribuir a tal órgão a exclusividade absoluta da função. É nesse sentido que se fala em redimensionamento da feição orgânico-funcional da Separação de Poderes, outrora concebida com a rigidez da correlação exata entre órgão e função, o que não mais se apresenta viável nos contornos do atual Estado Constitucional.

É visível, portanto, que a Separação de Poderes guarda tal conotação, que parte de uma distinção das funções do Estado para se lançar à atribuição das diferentes funções aos diversos órgãos, ainda que não o faça em caráter de exclusividade.

Há, pois, de forma clara, uma dimensão orgânico-funcional na Separação de Poderes que se apresenta no Estado Constitucional contemporâneo.

Pode-se vislumbrar, portanto, a Separação de Poderes como elemento do Estado Constitucional contemporâneo, que se apresenta em mais de uma dimensão, entre aquelas historicamente assinaladas e que haviam recebido, de forma integral, guarida na doutrina de Montesquieu.

Não mais se contempla, é verdade, a dimensão social, pelo menos nos moldes historicamente concebidos, enquanto divisão do Poder como forma de equilíbrio dos estamentos sociais, em face dos valores democráticos que se inserem no Estado Constitucional, norteados pelo signo da igualdade. A dimensão jurídica, por sua vez, foi de certa forma eclipsada pelos valores decorrentes do Estado de Direito, também inserido no Estado constitucional, tendo este assumido diretamente a função limitadora do Poder e de garantia dos direitos individuais, pelo que restou à Separação de Poderes uma função apenas secundária, de mecanismo caracterizador e, ao mesmo tempo, garantidor do próprio Estado Constitucional.

Já a dimensão política (traduzida na busca do equilíbrio político entre os órgãos destinados ao exercício das funções do Estado) e a dimensão orgânico-funcional (que se traduz na instituição de órgãos diversos a que são atribuídas, a partir de uma distinção material das funções do Estado, tarefas não exclusivas, mas sim preponderantes, que a eles melhor se adéquam, objetivando a obtenção de uma maior eficiência possível) podem ser visivelmente contempladas.

A Separação de Poderes, portanto, se apresenta no Estado Constitucional contemporâneo pelo menos em suas dimensões política e orgânico-funcional.

3.5 A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A Separação de Poderes se faz igualmente presente em todo o curso do constitucionalismo brasileiro, ainda que não de forma idêntica nem com as mesmas características, aparecendo nas Constituições brasileiras em formatos que variaram de acordo com o momento político e as circunstâncias definidoras do estabelecimento do texto constitucional.

A primeira Constituição, de 1824, do período imperial e de inspiração liberal conservadora, enunciava, em seu artigo 10, que “os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”²³⁴.

Não é difícil perceber, já do enunciado básico que concebia o exercício do Poder de forma separada, a influência do pensamento de Benjamin Constant e a instituição do seu “poder real” ou “poder neutro” – aqui denominado “moderador” – que, pelos próprios dizeres constitucionais seria a chave de toda a organização política, numa literal repetição da expressão de Constant²³⁵, e exercido privativamente pelo Imperador, o qual era tido como “chefe supremo da Nação e seu Primeiro Representante”²³⁶.

A pretexto de buscar a manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia dos Poderes Políticos, a Constituição de 1824 estimulou um contexto de flagrante desequilíbrio em favor do Imperador que, pelo arranjo institucional concebido, ao exercer o Poder Moderador, imiscuía-se em todos os demais Poderes. Assim, tanto tinha controle do Legislativo, por meio do Poder de sanção, da nomeação dos senadores, da dissolução da Câmara dos Deputados, do Poder

²³⁴ BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil. 22 abr. 1824. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²³⁵ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*, p. 203.

²³⁶ O artigo 98 da Constituição de 1824 assim preceituava: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos”. BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil. 22 abr. 1824. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

de convocar, prorrogar ou adiar a Assembleia Geral (formada por Câmara dos Deputados e Senado), como também do Poder Judiciário, uma vez que poderia suspender os magistrados, perdoando e moderando penas ou até mesmo concedendo anistias. Quanto ao Poder Executivo propriamente dito, era o Imperador declaradamente seu chefe, ainda que fosse este Poder exercido pelos Ministros que, a propósito, eram por ele livremente nomeados e demitidos.

Pela ausência de equilíbrio, com forte centralidade do Poder na figura do Imperador, não se fazia presente a Separação de Poderes em sua dimensão política, assim como também não se vislumbrava a sua dimensão social, não obstante a existência de uma sociedade de certa forma segmentada. A atribuição de funções distintas a órgãos diferentes, no entanto, fazia emanar uma feição orgânico-funcional da Separação ali proclamada, assim como presente também uma dimensão jurídica, bem ilustrada pelo artigo 9º, que dispunha que “a Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece”, seguindo-se, ao final do texto constitucional, uma declaração dos direitos civis e políticos dos cidadãos²³⁷.

A Constituição de 1891, por sua vez, imbuída do espírito da República recém-proclamada, abandonou o modelo de Separação de Poderes de Constant, de forte feição monárquica, para buscar inspiração no modelo norte-americano, no sentido de instituir certo equilíbrio entre os Poderes.

Daí ter proclamado, em seu artigo 15, que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”, determinação seguida pela atribuição de funções distintas e específicas a cada um dos Poderes correlatos, bem como de mecanismos que podem ser considerados *checks and balances*, a exemplo do Poder de veto e da nomeação de magistrados pelo Chefe do Executivo, da fixação e do controle

²³⁷ Ainda que aqui se considere a existência de uma dimensão jurídica, a sua invocação somente se dá pela maneira direta e incisiva em que a Separação de Poderes é concebida com o fim de proteção dos direitos dos cidadãos. Vale, entretanto, a observação já feita no corpo do texto, de que tal dimensão foi, de certa forma, eclipsada pelos valores inerentes ao Estado de Direito e, igualmente, as observações feitas em relação à dimensão social frente ao Estado constitucional, razão pela qual, daqui em diante, se examinará o constitucionalismo brasileiro tão somente à luz das dimensões política e orgânico-funcional.

orçamentário exercido pelo Congresso Nacional e também, até certo ponto, do controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Judiciário²³⁸.

Há, pois, nitidamente uma Separação de Poderes tanto em sua dimensão política quanto em sua dimensão orgânico-funcional.

A Constituição de 1934, ao proclamar, em seu artigo 3º, que “são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si” e ao vedar a delegação de Poderes e proibir que os membros de um Poder possam exercer a função de outro, manteve, no texto constitucional, a Separação de Poderes. Ao atribuir funções distintas a órgãos diferentes, a partir de uma distinção material das funções do Estado, conferiu a tal separação sua dimensão orgânico-funcional.

No que diz respeito à dimensão política, o texto constitucional de 1934 também preservou, a exemplo da Constituição anterior, o equilíbrio entre os Poderes. No entanto, de forma peculiar, atribuiu certa centralidade ao Senado ao situá-lo na “Coordenação dos Poderes”, em detrimento, inclusive, da plenitude de sua função legislativa²³⁹, com a tarefa específica de “promover a coordenação dos poderes federais entre si”²⁴⁰.

Tal centralidade do Senado – e não do Executivo – destoa de uma natural tendência centralizadora do Chefe de Governo por ocasião da guinada do modelo de Estado Liberal para uma feição social, o que, de alguma forma já é prenunciada por esse texto constitucional, cujo preâmbulo declarava entre seus objetivos a busca do

²³⁸ Observa Moraes que “a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade no sistema brasileiro existe desde a primeira Constituição republicana, que, em seu art. 59, como ressaltou Rui Barbosa, ‘obriga esse tribunal a negar validade às leis federaes, quando contrarias à Constituição, e as leis federaes são contrarias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adotando taes leis não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve”. (MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 250).

²³⁹ O artigo 22 da Constituição de 1934 preceitua que “o Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal”, de onde se deduz ter o Senado, no que diz respeito à competência legislativa, função colaboradora e não central, percepção que se reforça com a atribuição de suas competências, visivelmente limitadas nesta esfera. Cf. artigos 90, 91 e 41, § 3º. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 jul. 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁴⁰ O artigo 88 da Constituição de 1934 preceitua que “ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 jul. 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

“bem-estar social e econômico”²⁴¹, de incontestável influência da Constituição de Weimar de 1919²⁴².

De qualquer forma, a referida centralidade senatorial, até mesmo por não ter sido concretizada na prática, não é suficiente para ofuscar a percepção da dimensão política da Separação de Poderes, pelo que, juntamente da orgânico-funcional, entendemos se manifestar na Constituição de 1934.

A Constituição de 1937, por sua vez, a chamada Constituição do Estado Novo e apelidada de “polaca” em virtude de sua inspiração na Constituição da Polônia, de índole nitidamente autoritária, consagrou no constitucionalismo brasileiro aquela já acentuada tendência de Estados de feição social para a centralidade do Executivo, por vezes se colocando até mesmo em zonas limítrofes entre o Estado Constitucional e velhas formas de exercício concentrado do Poder. E, como já alertado, quanto mais distante do Estado Constitucional se encontra o modelo estatal adotado, menos nítida se apresenta a Separação de Poderes, ainda que formalmente declarada.

Assim, a Constituição de 1937, ainda que apresente a previsão de três Poderes distintos – Executivo, Legislativo e Judiciário – consagra uma absoluta centralização do Poder nas mãos do Presidente da República, o qual, nos termos do artigo 73, é a “autoridade suprema do Estado” que “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”²⁴³.

Uma mera leitura do texto constitucional de 1937 é suficiente para constatar o domínio que o Executivo exerce sobre os demais “Poderes”. A título apenas ilustrativo, observa-se que a função naturalmente reservada ao Legislativo, de elaboração da lei, se encontra de tal forma represada que seria difícil supor que ali

²⁴¹ O preâmbulo da Constituição de 1934 tinha o seguinte teor: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o **bem-estar social e econômico**, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL”. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 jul. 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁴² É possível que essa divergência entre o texto de 1934 e a tendência de Executivos centralizadores, comum quando o Estado Liberal cedeu lugar ao Estado Social, tenha sido fundamental para a curta vida desta Constituição que, a rigor, só teve vigência por aproximadamente um ano, e isto em face tanto da subsequente Constituição de 1937 quanto da Lei de Segurança Nacional 1935. (Lei Ordinária n. 38, de 04 de abril de 1935).

²⁴³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 10 nov. 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

se encontrava um verdadeiro Parlamento. Assim, por exemplo, a iniciativa dos projetos de lei é primordialmente do Governo, não podendo nenhum membro do Legislativo, individualmente, ter iniciativa legislativa, a qual é restrita a 1/3 dos membros de uma das duas Casas (Câmara dos Deputados e Conselho Federal) e, mesmo assim, com restrição de matérias. E ainda que a Casa consiga o *quorum* para ter a iniciativa legislativa, fica o trâmite suspenso acaso o governo “comunique o seu propósito de apresentar projeto que regula o mesmo assunto”²⁴⁴. Desnecessário seria acrescentar a participação do Presidente da República na composição do Legislativo, em especial do Conselho Federal, sua competência para legislar através de decretos-lei e sua prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados.

Flagrante desequilíbrio se apresenta como absolutamente incompatível com o equilíbrio entre os Poderes, caracterizador da chamada dimensão política que, à evidência, não se pode identificar no referido texto constitucional. Seria possível, com esforço, contemplar uma dimensão orgânico-funcional na atribuição de diferentes funções a órgãos distintos, a qual, no entanto, resta mitigada pelas enormes prerrogativas de um órgão singular e autocrático, no caso o Executivo, em matéria legislativa. É na minúcia deste detalhe e no tênue limite entre a presença ou não dessa dimensão, que se assenta a conclusão pela adoção ou não, em termos reais, da Separação de Poderes na Constituição de 1937, sendo certo, apenas, o acolhimento formal do referido princípio²⁴⁵.

Na esteira da redemocratização do Brasil, adveio a Constituição democrática de 1946, com o restabelecimento do equilíbrio entre os três Poderes, em contraposição ao período de franca prevalência do Executivo na chamada Era Vargas.

²⁴⁴ Art. 64 da Constituição brasileira de 1937: “A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outras resulte aumento de despesa. § 1º - A nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projetos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal. § 2º - Qualquer projeto iniciado em uma das Câmaras terá suspenso o seu andamento, desde que o Governo comunique o seu propósito de apresentar projeto que regule o mesmo assunto. Se dentro de trinta dias não chegar à Câmara a que for feita essa comunicação, o projeto do Governo, voltará a constituir objeto de deliberação o iniciado no Parlamento”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 10 nov. 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁴⁵ Na verdade, inexistente na Constituição de 1937 uma declaração formal da existência dos Poderes independentes, como de costume, ainda que, em seu corpo, os três Poderes estejam presentes.

Acentua Zimmermann, invocando o magistério de Celso Ribeiro Bastos, que com a Constituição de 1946

ficava restabelecido o princípio da separação e harmonia dos poderes (...). Legislativo e Judiciário, resultaram então engrandecidos, em detrimento do Executivo, que, não podendo mais ser exercido ditatorialmente, evidentemente teve que abdicar de parcela dos seus poderes²⁴⁶.

Com efeito, o artigo 36 da Constituição de 1946 declara que “são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si” e, a exemplo da Constituição de 1934, proíbe que um cidadão investido na função de um deles exerça a de outro Poder, salvo as exceções previstas na própria Constituição, e veda a delegação de Poderes.

Ao tempo em que restabelece a plenitude da função legislativa, em especial estendendo a iniciativa legislativa aos parlamentares individualmente, e atribui as demais funções – executiva e judiciária – preponderantemente aos órgãos tradicionalmente por elas responsáveis, adota sistema de freios e contrapesos, a exemplo do Poder de sanção e veto do Presidente da República (art. 87, I e II, da Constituição de 1946), do julgamento de crimes de responsabilidade do Presidente da República pelo Senado (art. 88 da Constituição de 1946) e do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário (art. 101, III, “a” e “b”, da Constituição de 1946) que, dependendo do ângulo de visão que dele se tenha, pode ser visto como tal.

Há, pois, nitidamente, uma Separação de Poderes, que aflora tanto em sua dimensão política quanto orgânico-funcional.

Registra-se que na vigência desta Constituição, e mais precisamente a partir de 1961, com a renúncia do então Presidente Jânio Quadros, passou a Constituição a sofrer diversas emendas que findaram por dar formato variado e variável à Separação de Poderes, em período institucionalmente bastante instável, chegando-se, por exemplo, tanto a se implantar um sistema parlamentarista²⁴⁷ quanto a se restabelecer o sistema presidencialista através da realização de plebiscito²⁴⁸,

²⁴⁶ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*, p. 211.

²⁴⁷ Cf. BRASIL. Emenda Constitucional n. 04, de 2 de setembro de 1961. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁴⁸ Em um período de pouco mais de dois anos – 1961 a 1964 – a instabilidade institucional, inclusive com a variação de sistema de governo, alternando-se entre parlamentarismo e presidencialismo, trouxe, também, até certo ponto, um divórcio entre a realidade e o texto constitucional, o que

tornando também variável e indefinido o tipo de Separação de Poderes que daí aflorava.

Com o Regime Militar instaurado a partir de 1964, reinaugura-se um período de completo desequilíbrio entre os Poderes Políticos do Estado, com preponderância absoluta do Executivo sobre os demais Poderes.

O texto da Constituição de 1967, assim como também o texto da Emenda Constitucional n. 01, de 1969, em sua fachada formal, declara que “são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, numa retórica totalmente divorciada da realidade, uma vez que a base do exercício do Poder, de fato, se fundava nos chamados Atos Institucionais, o que, de maneira rasgada, atribuía o controle do Poder, de forma ampla, ao Executivo.

Assim, por exemplo, o Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968, considerado o mais extremado dessa espécie, autorizou o Presidente da República a decretar o recesso do Congresso Nacional, durante o qual o Poder Executivo ficaria autorizado a legislar em todas as matérias e exercer todas as suas atribuições²⁴⁹, assim como cassar os direitos políticos dos parlamentares²⁵⁰.

No que diz respeito ao controle que exerce o Executivo sobre o Judiciário, basta citar a suspensão das garantias institucionais de vitaliciedade e inamovibilidade e a possibilidade de demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade os magistrados²⁵¹.

ocasionou uma dificuldade natural em se estabelecer o verdadeiro relacionamento entre os Poderes e, em consequência, as dimensões em que se poderia vislumbrar a Separação de Poderes.

²⁴⁹ É este o texto do Ato Institucional n. 5: “Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios”.

²⁵⁰ Também preceitua o chamado AI-5: “art. 4º. No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos”.

²⁵¹ De acordo com o AI-5: “Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. § 1º O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço”.

A supremacia do Executivo, portanto, impondo um absoluto desequilíbrio entre os Poderes, afasta por completo a possibilidade de se contemplar uma dimensão política da Separação de Poderes, que constava formalmente do texto constitucional, mas estava neutralizada pelos Atos Institucionais. Quanto à dimensão orgânico-funcional, ainda que presente, somente pode ser constatada em um grau mínimo, visto que a atribuição plena das funções legislativas ao Executivo, por ocasião da decretação do recesso do Congresso Nacional, compromete a adequação orgânica e a eficiência funcional que bem a caracterizam, donde, de forma idêntica ao que foi dito por ocasião do exame da Constituição de 1946, o momento institucional se situava numa zona limítrofe entre a existência ou não, de forma efetiva, da Separação de Poderes, e o mesmo poderia ser afirmado em relação ao próprio Estado Constitucional.

Por fim, a redemocratização do país, a partir da Constituição de 1988, merece um exame mais circunstanciado.

Nesse texto constitucional se encontra a Separação de Poderes na plenitude de suas dimensões política e orgânico-funcional. Com efeito, desde o seu capítulo II, a Constituição declara que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁵².

A primeira observação que se pode fazer é a de que, a despeito do reconhecimento de outras funções tipicamente estatais, como a atribuída ao Ministério Público (art. 127), a Constituição somente reconheceu o *status* de Poder às três mais tradicionais – legislativa, executiva e judiciária – condensando-as em grandes núcleos a que denominou Poder. Na verdade, são grandes estruturas de Poder que o texto constitucional delineou ao atribuir uma função precípua a cada uma delas, dotando-lhes do que chamou de independência. Adotou-se, portanto, a Separação de Poderes e, ainda que apenas formalmente, segundo a tradicional concepção tripartida²⁵³.

Quanto ao relacionamento entre essas estruturas de Poder, a Constituição proclamou a independência e a harmonia como nortes a serem seguidos. A

²⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁵³ Pode-se dizer que, em essência, da Constituição de 1988 se extraem mais do que três funções do Estado, ainda que somente estas sejam alçadas ao *status* de Poderes do Estado. As demais ou são atribuídas a órgãos autônomos, como o Ministério Público, ou diluídas entre a função dos Poderes, como é o caso das relações internacionais que, em princípio tida como “executiva”, é na verdade distribuída entre os órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

independência reflete a dimensão orgânico-funcional imposta pelo texto constitucional, que estabeleceu uma função precípua a cada um dos Poderes, de acordo com a formação, composição e estrutura dos seus órgãos, e a possibilidade de bem desempenharem tal função sem interferências indevidas dos demais Poderes. Já a harmonia é bem representativa da dimensão política que igualmente adviria do corpo constitucional, apontando para o equilíbrio político que se procuraria obter entre os Poderes constituídos, principalmente através de instrumentos de inter-relacionamento, de cooperação e, também, de controle mútuo – os chamados *checks and balances*.

O terceiro ponto a destacar, é que a Constituição de 1988, ao estabelecer a função precípua de cada um dos Poderes, não o fez de maneira autoexplicativa, ou seja, não estabeleceu a função explicando o seu conteúdo. Preferiu atribuir competências aos diversos órgãos integrantes de cada Poder, e é do conjunto de tais competências que se pode inferir uma função precípua conferida ao Poder. Assim, por exemplo, ao atribuir aos órgãos integrantes do Judiciário competências diversas, confere ao mesmo, de forma geral, a função de julgar sem, no entanto, definir o que é “julgar”, o que, entretanto, pode ser inferido a partir do conteúdo das próprias competências estabelecidas. Também assim ocorre ao estabelecerem-se as competências dos órgãos do Legislativo, que conduz à sua função de legislar, e do Executivo, do que emana sua função de “Governo”.

Um último aspecto que merece destaque é o fato de que, o texto constitucional, além de estabelecer uma função precípua a cada um dos Poderes, o que faz através da fixação das competências de seus órgãos, também confere a cada um deles atribuições que não traduzem propriamente a função precípua estabelecida.

Já é possível vislumbrar uma importante distinção entre função e atribuição, essencial para a melhor compreensão do relacionamento entre os Poderes. Trata-se de assunto ao qual se retornará de forma mais explicativa e sistemática em tópicos subsequentes, por agora bastando a observação de que as atribuições são de duas ordens: as que se traduzem em mecanismos de garantia da independência de cada Poder – o que não deixa de ser uma forma de preservar a dimensão orgânico-funcional do mesmo – e as que constituem mecanismos de limitação dos demais Poderes, o que, em última análise, faz aflorar a dimensão política da Separação de Poderes, ou seja, a busca do equilíbrio político entre os Poderes constituídos.

De qualquer forma, ao estabelecer tais mecanismos, a Constituição não está estabelecendo uma função do Poder, mas tão somente lhe conferindo uma atribuição, ainda que tal atribuição corresponda a uma parcela da função de outro. Portanto, além de sua função precípua, a cada um dos Poderes do Estado são conferidas atribuições que se destinam ora a garantir a sua própria independência e, em consequência, preservar a possibilidade de adequado desempenho de sua função, ora a limitar os demais Poderes, na busca da harmonia e do equilíbrio entre todos.

Emana, pois, da Constituição de 1988, a Separação de Poderes, aflorando, com absoluta nitidez, a suas dimensões política e orgânico-funcional.

CONCLUSÃO DA PARTE I: O Significado Atual da Separação de Poderes

A partir da constatação de que a Separação de Poderes, diferentemente do que muitos apregoam, se encontra presente no atual estágio do Estado Constitucional, assim como também ocorreu em todo o desenvolvimento histórico dessa específica forma de Estado, inclusive no constitucionalismo brasileiro, se apresentando, de forma visível, em suas dimensões política e orgânico-funcional, há de se buscar, no presente tópico, e como desfecho conclusivo desta primeira parte, o seu exato e atual significado.

Primeiramente, faz-se necessário acentuar que a Separação de Poderes, não obstante as suas variações, suas acomodações, suas adaptações e seus ângulos de visibilidade distintos, preservou, desde a sua inicial concepção, os seus traços mais marcantes, em especial a sua conotação de mecanismo de oposição ao exercício concentrado e potencialmente abusivo do Poder Político do Estado.

Assim, ainda que possa haver divergência quando ao significado do termo *Separação* ou quanto à sua real concretização – se realmente ocorre “separação”, “divisão”, “distribuição”, “diferenciação”, “colaboração”, “coordenação”, “harmonização” ou, ainda, tantos outros termos empregados para se tentar traduzir com fidelidade o fenômeno que se verifica – o certo é que ela “opera antes contra uma concentração”, para usar a expressão de Kelsen²⁵⁴, ou seja, se traduz em mecanismo que busca evitar o exercício do Poder Político do Estado de forma concentrada, atribuindo funções distintas a órgãos diversos e, com isto, previne a tendência natural ao abuso do Poder por parte dos seus detentores.

Um segundo ponto a ser acentuado, no intuito de se traduzir o verdadeiro e atual significado da Separação de Poderes, é o predomínio da concepção de Montesquieu, em detrimento da concepção de Rousseau.

Com efeito, passada a fase radical e eufórica das ideias liberais, em seu perfil de contraface do Absolutismo, arrefeceu o ímpeto em torno do qual se tomavam as ideias de soberania popular, de “lei como expressão da vontade geral”, enfim, daquelas ideias que, de certa forma, se traduziam na supremacia absoluta do

²⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 402.

Legislativo e conduziam a concepção de Separação de Poderes a uma interpretação extremada. Passou, então, a predominar uma tendência acentuada ao equilíbrio.

É verdade que o desenvolvimento de teorias constitucionais que conduziam a Constituição à posição de centralidade e, portanto, de certa forma deslocavam a soberania popular para o nível do Poder constituinte, o que permitia deslocar a questão da Separação de Poderes para um nível infraconstitucional, em muito contribuiu para solucionar um aparente conflito entre a soberania popular e a propugnada busca do equilíbrio entre os Poderes.

De qualquer maneira, entretanto, houve uma nítida predominância da mensagem equilibrante de Montesquieu e, pelo menos no tocante à Separação de Poderes, o abandono da concepção hierarquizada que se extraía de Rousseau.

Consequência dessa assertiva é a tendência da Separação de Poderes, tal qual atualmente concebida, a se inclinar para a interpretação que lhe foi imposta pelo debate travado em torno da Constituição norte-americana de 1787, e a decisiva contribuição dos “federalistas”, de forma que prepondera, na quase totalidade dos sistemas constitucionais hodiernos, a busca do equilíbrio entre os Poderes e, em consequência, a adoção de mecanismos como os chamados *checks and balances*.

Não significa isto dizer que se adota contemporaneamente o modelo originalmente concebido pelos delegados da Convenção de Filadélfia e insculpido no texto da Constituição norte-americana de 1787, até porque, como já foi dito, o próprio desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano levou ao aperfeiçoamento desse modelo por meio, principalmente, da ampliação dos mecanismos de equilíbrio, a exemplo do *judicial review*, que, como visto, significou, em termos práticos, a inclusão do Judiciário no eixo central da balança de equilíbrio.

Tal tendência implica, entretanto, o desprezo pelo sistema de Separação rígida, em que os poderes eram postos de forma estanque e incomunicável, sem harmonia ou coordenação, sistema esse que decorre de uma interpretação extremada que teve sua origem, principalmente, na Assembleia Nacional francesa de 1789.

Um terceiro ponto a ser observado é a constatação de que as funções do Estado não se esgotam necessariamente na tripartição tradicional, ainda que as funções legislativa, executiva e judiciária sejam as consagradas na quase totalidade dos ordenamentos, por figurarem como núcleos do eixo central da organização estatal.

É a lição que já se podia extrair, por exemplo, e independentemente de sua viabilidade prática, da proposta alternativa de Benjamin Constant que, sem fugir da ideia central da Separação, concebeu e idealizou função diversa, extrapolando a tripartição tradicional.

Implica isto reconhecer, sem se afastar da linha de raciocínio até agora desenvolvida, a possibilidade de que sejam contempladas outras tantas funções decorrentes diretamente da distinção funcional inerente ao exercício do Poder Político do Estado, bem como a possibilidade de se atribuir paridade dessas novas funções, que vierem a ser contempladas, com as reconhecidas e consagradas, o que, pelo menos até o momento, não se verifica.

Assim, por exemplo, não se equacionou adequadamente a distinção de duas funções nitidamente diversas e que, teoricamente, são inseridas na função executiva, sendo uma de caráter interno e outra de caráter externo, ou seja, uma voltada para as relações do Estado com os demais membros da comunidade internacional e outra para as relações com os seus próprios cidadãos. Tal distinção já aparece em Locke de forma expressa, em Montesquieu – ainda que decorrente de uma imprecisão conceitual – e também na maioria dos textos constitucionais, ainda que de forma embaraçada, tanto que, embora quase sempre se considere como função executiva a atividade referente às relações internacionais, na prática as Constituições promovem certa distribuição dessas tarefas entre os órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Também emblemático é o caso do Ministério Público que, não obstante exercer uma função estatal típica, satisfatoriamente delineada e distinta das demais funções, não tem alcançado, nos diversos ordenamentos constitucionais, o *status* de “Poder”, no sentido de estrutura nuclear central, em paridade com as demais funções já consagradas nesta dimensão, ainda que não encontre para tanto nenhum óbice teórico.

De qualquer forma, a Separação de Poderes no Estado Constitucional contemporâneo, não obstante a preponderância de uma concepção tripartida, não está adstrita a uma contemplação apenas dos Poderes tradicionalmente concebidos, não sendo incompatível com nenhum de seus fundamentos a ampliação desse leque institucional.

Um quarto ponto que se deve destacar na captação do real significado da Separação de Poderes no atual Estado Constitucional é a sua moldura norteada

pelo que representou, até certo ponto, a assimilação de algumas críticas às interpretações inicialmente lançadas em torno da doutrina de Montesquieu e que, a nosso ver, foram melhor sistematizadas nas reflexões extraídas da obra de Malberg.

A partir da assimilação dessas críticas e da construção e modelagem da ideia de Separação com o que se poderia chamar de “corretivos”, a Separação de Poderes, tal qual atualmente concebida, significa uma necessária conciliação da noção de Separação com a unidade do Estado e do Poder que dele decorre, ou seja, a Separação não rompe com a ideia de unidade do Estado, já que não significa uma divisão do Poder, mas sim divisão do seu exercício, das funções que lhe são inerentes, das atribuições que decorrem de sua manifestação.

Também a Separação de Poderes se filia ao pensamento que percebe a inadequação e até mesmo a impossibilidade de uma Separação rígida, norteada única e exclusivamente pela natureza material da função a ser exercida e pela necessidade de atribuir tal função a um órgão único e exclusivo. Daí a necessidade de um relacionamento cada vez mais ativo, mais profundo entre os Poderes, o que se manifesta nos variados arranjos institucionais que podem ser contemplados em diferentes ordenamentos, em especial entre o Executivo e o Legislativo, na concretização dos objetivos do Estado, pelo que comporta, até mesmo, a adoção de sistemas parlamentaristas.

São estas, portanto, as críticas que, partidas de doutrinadores como Malberg e tendo sido assimiladas e incorporadas, modelaram a ideia de Separação.

Um quinto ponto a ser acentuado diz respeito à observação de que, pelo menos nos moldes atuais em que a Separação de Poderes é aqui contemplada, não há incompatibilidade desta com os arranjos institucionais que adotam o chamado sistema parlamentarista. Primeiramente porque os sistemas parlamentaristas partem sempre de uma distinção entre Chefia de Estado e Chefia de Governo, ainda que de variadas formas, o que, a nosso ver, é mais uma distinção entre os órgãos do Estado com atribuições de funções distintas aos mesmos, a qual corrobora, pelo menos nessa dimensão, a existência do exercício separado, e não concentrado, do Poder.

Em segundo lugar, porque persiste, no parlamentarismo, a distinção entre as funções legislativa e executiva, bem como a atribuição a órgãos distintos, no caso o Parlamento e o Gabinete, o que configura a dimensão orgânico-funcional da

Separação de Poderes, estando presente também certo equilíbrio entre tais órgãos, o que caracteriza a dimensão política.

Não há, diferentemente do que afirmam alguns, uma fusão dos dois órgãos. O que há, na verdade, é um estreito e umbilical relacionamento entre os mesmos, a ponto de um ser integralmente formado pela vontade do outro e, na maioria das vezes, a partir de seus próprios membros, o que não implica dizer que não preservem o caráter de órgãos distintos, orgânica e funcionalmente diferentes, nem que não disponham de instrumentos para se controlarem reciprocamente. Em geral, tanto quanto o Parlamento pode determinar a queda do Gabinete, pode este dissolver o Parlamento.

Não há, pois, um governo do Parlamento. Não é o Parlamento que governa. Se assim o fosse, estaríamos diante do que se denomina Governo de Assembleia. O Parlamento tão somente escolhe o governo e, a partir daí, passa a haver um mútuo controle, em especial pelos dois instrumentos acima mencionados, levando ao equilíbrio.

Em relação a esse aspecto, significativa é a observação de Hesse, quando do exame da Constituição da República Federal da Alemanha, com o seu arranjo institucional parlamentarista, de que

mesmo que o Governo Federal seja dependente da confiança do Parlamento Federal, ele é, todavia, correspondente à função atribuída a ele, órgão da federação superior e autônoma, que não pode ser vinculado a instruções de um outro órgão, especialmente do parlamento²⁵⁵

Assim, não obstante o íntimo inter-relacionamento entre Parlamento e Governo e o acentuado controle que um exerce sobre o outro, há uma distinção nítida entre os dois órgãos, com atribuição de funções distintas a cada um deles – nem o Governo é responsável pela plena elaboração das leis nem o Parlamento pelos atos de governo. Tal atribuição tem finalidade de adequação orgânica e eficiência funcional, tanto que a preponderância da função de governo se dá a um órgão menor (o Gabinete) e a de legislar a um órgão coletivo mais amplo (o Parlamento), tal qual ocorre no presidencialismo. Além do mais, como já acentuado, há certo equilíbrio entre os dois órgãos, o que se manifesta através do controle reciprocamente exercido de um sobre o outro, o que acima já foi acentuado.

²⁵⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 463.

Há, pois, Separação de Poderes também nos sistemas parlamentaristas, não havendo, como se costuma afirmar, incompatibilidade, pelo menos na concepção que adotamos no presente trabalho para se compreender a Separação de Poderes e suas dimensões.

Por fim, o sexto e último ponto a ser destacado – ponto este de feição nitidamente conclusiva – pode ser resumido na assertiva de que a Separação de Poderes significa, nos dias hodiernos, basicamente o equilíbrio e harmonia entre suas dimensões política e orgânico-funcional.

Acentuada a persistência, pelo menos, das dimensões política e orgânico-funcional da Separação de Poderes, e bem compreendido o significado de cada uma destas, não é difícil observar que a dimensão orgânico-funcional está, até certo ponto, limitada pela própria dimensão política, uma vez que é a finalidade de obtenção do equilíbrio político que refuta uma correlação absoluta entre órgão e função, a qual significaria a plenitude da dimensão orgânico-funcional.

Não mais é possível conceber a atribuição exclusiva de uma determinada função do Estado a um órgão específico sem que haja – como de fato é comprovado, inclusive historicamente – a supremacia de um sobre o outro, em especial do Legislativo sobre os demais, o que comprometeria, inequivocamente, o equilíbrio perseguido pela sua dimensão política.

Por outro lado, também a dimensão política se encontra limitada, até certo ponto, pela dimensão orgânico-funcional, no momento em que a mera distribuição aleatória das funções pelos diversos órgãos, ainda que conduzissem à melhor forma de equilíbrio político possível, estaria naturalmente impregnada de uma inadequação entre órgão e função o que, inevitavelmente afetaria a eficiência a ser perseguida pela máquina estatal.

Por essa razão, a busca do equilíbrio político não pode significar um absoluto descomprometimento com a adequação orgânica e a eficiência funcional, tanto quanto a busca de uma adequação orgânico-funcional não pode abdicar do equilíbrio político.

A busca do equilíbrio político e, ao mesmo tempo, da adequação orgânica e da eficiência funcional são, pois, os dois nortes perseguidos pela Separação de Poderes. Busca-se atribuir a cada órgão constituído determinadas funções que permitam, dentro de um sistema de *checks and balances*, de harmonia, coordenação, interdependência, cooperação, se chegar ao equilíbrio mais pleno que

se possa alcançar, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a tarefa de, na medida do possível e sem prejudicar o equilíbrio perseguido, atribuir as funções de acordo com a constituição, a capacidade, a formação, a composição, enfim, o perfil, a vocação e a habilidade específica de cada órgão, o que implica dizer que, não obstante não possa haver uma atribuição com ares de exclusividade, se deve dar a cada órgão uma função preponderante.

Em face disto, se pode concluir que, em essência, a Separação de Poderes tem, atualmente, o exato significado da conciliação, do equilíbrio e da harmonia entre as suas dimensões política e orgânico-funcional.

PARTE II

O PODER JUDICIÁRIO E A RESERVA DE JURISDIÇÃO

4 O PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

4.1 O Poder, os Poderes e os “Poderes”. 4.2 Poder, Função, Atribuição e Competência. 4.3 O Poder Judiciário. 4.4 A Função Jurisdicional. 4.5 Atribuições Judiciárias. 4.6 A Prestação Jurisdicional em uma Visão Panorâmica: do Apogeu Institucional do Judiciário à Crise Funcional e Política. 4.6.1 O Apogeu Institucional do Judiciário. 4.6.2 A Crise Funcional e Política e a Necessidade do Reequilíbrio Político e da Readequação Funcional.

4.1 O PODER, OS PODERES E OS “PODERES”

Antes de avançar na distinção entre Poder, função, atribuição e competência, faz-se necessário afastar eventuais equívocos que decorrem da utilização do termo *Poder*, que não raramente têm conduzido a certa confusão no trato e na compreensão do tema “Separação de Poderes”.

Já advertia Afonso, com inegável acerto, ao analisar o tema *Poder e Jurisdição*, que “a palavra poder não é unívoca e a definição de poder revela-se extremamente difícil não só pela polissemia do conceito, mas também, e sobretudo, pela substância do objeto a definir”²⁵⁶.

Para o que interessa no presente trabalho, com foco nos aspectos políticos e jurídicos do *Poder*, basta acentuar o que se pretendeu com o título acima posto que, se por um lado evidencia a utilização do mesmo termo para definir diferentes concepções, por outro, destaca os significados aqui atribuídos aos termos Poder, Poderes e “Poderes”, os quais, a rigor, querem significar apenas as suas acepções política, orgânica e funcional.

O *Poder*, portanto, seria o Poder estatal, o Poder Político do Estado, ao passo que os *Poderes* significariam, dentro de uma acepção orgânica, a estrutura de Poder, ou seja, a estrutura nuclear condensadora de diferentes órgãos encarregados precipuamente de uma função, aos quais são conferidas competências e destinadas atribuições, a exemplo do que chamamos de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Os “*Poderes*”, por sua vez, significariam as funções, tidas estas no

²⁵⁶ AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial: independência in dependência*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 21.

sentido de atividade manifesta do Poder Político do Estado, ou seja, o Poder em uma acepção funcional propriamente dita.

Examinar-se-á um pouco mais detidamente cada uma destas acepções.

Quando se fala em Poder do Estado, que Bonavides acentuou representar “aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária”²⁵⁷, refere-se a ele como um dos elementos constitutivos do Estado, ao lado do elemento humano e do elemento territorial, cujo conceito se pode extrair da célebre definição de Duguit²⁵⁸.

É neste sentido que, ao se utilizar a expressão *Poder*, se podem acentuar a unidade e a indivisibilidade entre as suas características fundamentais. Neste particular e ainda na esteira do pensamento de Bonavides, há que se distinguir entre a titularidade do Poder estatal e o exercício deste mesmo Poder, o que se pode fazer, de modo exemplificativo, por meio das lições de Kuechenhoff, para quem, no Estado Democrático contemporâneo, “a titularidade do poder estatal pertence aqui ao povo; o seu exercício, porém, aos órgãos através dos quais o poder se concretiza, quais sejam, o corpo eleitoral, o Parlamento, o Ministério, o chefe de estado, etc.”.

A partir de tal distinção, seria possível compreender a aparente contradição entre a unidade do Poder e o princípio da Separação de Poderes, valendo a assertiva de Bonavides de que “o poder do Estado na pessoa de seu titular é indivisível: a divisão só se faz quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal”²⁵⁹.

Há, pois, coerência na ideia que concebe a existência de um Poder uno e indivisível e o seu exercício fracionado, separado, e até a necessidade de que essa noção dual se efetive, motivo da observação de Zippelius de que “um Estado que dispõe do poder de proteger eficazmente os seus cidadãos também é suficientemente poderoso para os reprimir”, razão pela qual, em sua acertada conclusão, “associa-se com a necessidade de um poder de Estado eficiente a

²⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 115.

²⁵⁸ Cf. as considerações de Bonavides, que analisa a conceituação sociológica de Duguit e dela extrai os elementos constitutivos do Estado. *Ibidem*, p. 68-70.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 118-119.

exigência de que as actividades estatais se desenrolem como um acontecimento controlado que funciona por uma distribuição equilibrada de funções”²⁶⁰.

É da necessidade de que este *Poder* do Estado seja exercido de forma distribuída por entre múltiplos e diferentes órgãos que decorre a sua concepção orgânica e a permissão para que se chame de *Poderes* as estruturas condensadoras da atividade estatal, que bem se diferenciam do *Poder* estatal em si, do Poder político do Estado, que, uno e indivisível, apenas se manifesta por meio destas estruturas orgânicas.

O que chamamos de Poder Judiciário, por exemplo, é apenas uma estrutura orgânica contemplada no arranjo institucional como núcleo aglomerador de diversos órgãos, à qual se atribui preponderantemente uma função estatal – no caso, a chamada função jurisdicional –, além de outras atribuições. É o que também se verifica nos demais Poderes.

Os *Poderes*, portanto, não correspondem ao *Poder* no sentido político, elemento constitutivo do Estado, pois, ainda que seja por meio deles que o Poder do Estado se manifesta, tal expressão é aqui utilizado apenas no sentido estrutural, orgânico. Tem o significado de uma estrutura orgânica, portanto, destinada ao exercício do Poder Político do Estado, que é formado por uma variedade de órgãos, os quais se integram e se harmonizam com o objetivo de cumprir a função que lhes é destinada, bem como todas as atribuições que lhes são conferidas.

É neste sentido que Caetano, ao distinguir o que identifica como dois sentidos da expressão *Poderes do Estado*, fala em “poderes como sistema de órgãos para desconcentração da autoridade”, do que decorre a prática de se chamar de *Poder do Estado* o “sistema de órgãos a que está confiado o exercício de uma parcela da autoridade soberana, empregando-se a expressão *Poder judicial* para designar o sistema formado pelos tribunais, ou o *Executivo* para fazer referência ao governo”, sendo, portanto, esta a acepção utilizada quando se fala em “colaboração dos poderes do Estado”²⁶¹.

Quando se fala, portanto, em Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário, emprega-se o significado orgânico, de tal forma que *Poderes* significam estruturas orgânicas ou sistemas de órgãos do Estado encarregados do

²⁶⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 70.

²⁶¹ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2006. p. 201.

desempenho das funções estatais. Para citar a expressão de Grau, invocando Alessi, Poderes podem ser entendidos como “centros ativos de funções”²⁶².

Por fim, *Poderes* no sentido funcional.

No que diz respeito a este sentido, é notório que, quando das primeiras teorizações da Separação de Poderes, se consagrava a denominação *Poderes* para a designação da função estatal, de tal forma que o que efetivamente constituía a Separação de Poderes era a entrega de tais *Poderes* a órgãos estatais diversos.

Assim, por exemplo, quando Montesquieu inicia o famoso capítulo *Da Constituição da Inglaterra* afirmando que “há em cada Estado três espécies de poder”²⁶³, evidentemente ele não está atribuindo nenhuma conotação orgânica a tais *Poderes*, mas sim dando-lhes o exato sentido de funções decorrentes do Estado, o que é facilmente perceptível pela mera leitura do desenvolvimento da ideia proclamada²⁶⁴, razão pela qual não se fazem necessárias maiores explicações, bastando acentuar que o próprio autor se encarrega de fazer a correlação entre tais *Poderes* (funções) e os respectivos *órgãos* (*Poderes* em sentido orgânico). É assim que o *Poder de julgar* “não deve ser dado a um Senado permanente” e que, em sentido contrário, os dois outros *Poderes* poderiam ser atribuídos a “corpos permanentes”. Há, também, a utilização do termo *Poderes* em sua acepção funcional por diversos teóricos da Separação de Poderes, a exemplo de Locke e Rousseau, entre tantos outros.

É imiscuído nesta percepção que Caetano afirma que a expressão *Poderes* do Estado é empregada para se referir “às diversas faculdades de agir contidas no poder político”²⁶⁵.

Tal sentido, entretanto, tem sido deliberada e cuidadosamente relegado por questão prática, evitando-se confusões terminológicas. Prefere-se hoje em dia falar-

²⁶² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 237.

²⁶³ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 165.

²⁶⁴ Cf. como se expressa Montesquieu: “pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos, simplesmente, ‘o poder executivo do Estado’”. Ibidem, p. 165.

²⁶⁵ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 199.

se diretamente em *funções do Estado* em vez de se empregar a palavra *Poderes* em sentido funcional²⁶⁶.

De todo modo, inspira cuidados a utilização das diversas acepções do termo, de tal forma que se exige, para uma melhor compreensão do tema, a percepção dos verdadeiros significados empregados, sendo admissível a utilização dos termos Poder, Poderes e até mesmo “Poderes” tomados em suas acepções política, orgânica e funcional, respectivamente, ou mesmo que se adotem outras correlações entre os termos e os sentidos empregados, desde que se faça de maneira a se deixar claros o sentido e significado em que são empregados.

Feitas tais observações e distinções, portanto, seguimos a presente elaboração teórica com base na noção conceitual que daí emana.

4.2 PODER, FUNÇÃO, ATRIBUIÇÃO E COMPETÊNCIA

A partir do exame acima procedido sobre as diversas acepções do termo *Poder* e estando claro que, em princípio, ao utilizarmos a expressão *Poderes do Estado* estamos nos referindo às estruturas orgânicas – ou aos sistemas de órgãos encarregados das funções estatais e de atribuições que lhe são conferidas –, parece-nos óbvio que a cada Poder do Estado se atribui pelo menos uma função, que deve ser precipuamente por ele exercida.

Assim, ao Poder Legislativo cabe precipuamente a função de legislar, ao Poder Executivo a função de Governo e ao Poder Judiciário a função jurisdicional.

Decorre daí a perplexidade da doutrina em geral quando se depara com a questão da correlação entre Poder e as respectivas funções, emergindo a questão do entrelaçamento entre as funções do Estado como decorrência quase natural da complexidade da sociedade, de suas necessidades e, por efeito, das instituições políticas criadas pelo Estado para satisfazê-las.

²⁶⁶ Ao que nos parece nem sempre foi assim, já que, para evitar os mesmos embaraços, predominou, por certo tempo, a tendência de se evitar a denominação Poder em sentido orgânico, donde decorre algumas Constituições do início do século XX terem se referido a *órgãos da soberania*, em vez de *Poderes do Estado*, como aliás observa Caetano em relação à Constituição portuguesa de 1933. Atualmente, porém, parece-nos que predomina uma nítida tendência de se afastar a denominação *poderes* para designar as funções do Estado.

Em razão disto, surgem estudos que apontam, neste fator – ou seja, no entrelaçamento das funções do Estado, em que cada uma das estruturas de Poder exerceria não apenas a sua função preponderante, mas todas as demais funções estatais –, a comprovação da inexistência, nos dias hodiernos e na realidade institucional, do postulado da Separação de Poderes ou, pelo menos, de uma radial relativização do mesmo.

É neste sentido que Ferreira Filho identifica que “o legislativo às vezes julga (p. ex., o Senado brasileiro, os crimes de responsabilidade do Presidente) e não raro administra (p. ex., quando admite pessoal para a sua secretaria)” e que “igualmente o Judiciário ora administra (quando um tribunal organiza o seu secretariado) ora participa da elaboração de lei (pela iniciativa de certos projetos)” e, enfim, que “o Executivo não raro legisla (formalmente pelas medidas provisórias, informalmente por meio dos regulamentos) e julga (o contencioso dito administrativo)”²⁶⁷.

A constatação simplória denuncia um fato, qual seja, a não exclusividade no exercício das funções estatais pelos respectivos Poderes. Porém, a nosso ver, também permite que os mais desatentos se alojem apenas na superficialidade da observação, de forma a não encontrar resposta adequada à indagação que daí emana, ou seja, àquela de até onde tal “entrelaçamento funcional” se constituiria, como pretende o doutrinador, em “certa invasão de um poder na função reservada ao outro”²⁶⁸.

A grande indagação, portanto, não é se há – ou não – um entrelaçamento funcional, o que nos parece patente, mas gravita necessariamente em torno do verdadeiro alcance de tais atos ditos *invasivos* e de sua configuração como função estatal. Para ficarmos apenas na exemplificação de Ferreira Filho, é de se indagar, por exemplo, se a contratação de pessoal pelo órgão legislativo, de inegável feição administrativa, corresponde à função típica de Estado atribuída ao Executivo. Da mesma forma, seriam a administração interna do Judiciário e a sua iniciativa de lei funções tipicamente administrativas ou legislativas?

Para que indagações como estas possam ser satisfatoriamente equacionadas e, mais ainda, para que se possa dissolver tal perplexidade, faz-se necessário enfrentar adequadamente a questão da correlação entre Poder e função

²⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 118.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 118.

a partir da compreensão, dentro de uma perspectiva diferente e menos tradicional, do que seja função, atribuição e competência. É o que tentaremos fazer adiante.

Primeiramente, devemos acentuar que, a nosso ver, persiste a veracidade da afirmação de que ao Poder Legislativo cabe precipuamente a função de legislar, ao Poder Executivo a função de Governo e ao Poder Judiciário a função jurisdicional²⁶⁹.

Não há, entretanto, uma relação exata entre Poder e função a ponto de podermos estabelecer uma máxima do tipo “*a cada função do Estado corresponde um Poder e a cada Poder uma função*”. No primeiro caso, porque nem toda função estatal encontra um Poder específico que a desempenhe com exclusividade. Já no segundo, não somente pelo fato de que nem todo Poder exerce com exclusividade determinada função, como também porque sua atividade não se esgota na função que lhe é atribuída precipuamente. Desdobremos o exame destas observações.

Quanto ao fato de que nem toda função estatal encontra um Poder específico que a desempenhe com exclusividade, é possível percebê-lo pela constatação de que as funções do Estado não se reduzem aos três Poderes tradicionalmente consagrados pela quase totalidade dos ordenamentos jurídicos. É possível, por exemplo, identificar funções distintas que normalmente são exercidas por um mesmo Poder, como é o caso da função de Governo propriamente dita e da função referente à chefia de Estado que, de forma geral, pelo menos nos sistemas presidenciais, são exercidas cumulativamente pelo Poder Executivo. Também se identificam funções estatais que, não obstante delineadas e autônomas, são atribuídas a órgãos independentes, vinculados ou não a um dos Poderes constituídos, sem que, entretanto, tenham recebido tal *status* constitucional. Entre nós, o exemplo típico e emblemático é a função que se atribui ao órgão do Ministério Público²⁷⁰.

²⁶⁹ Tal afirmativa parte da perspectiva dos arranjos institucionais que, tal como o que decorre da Constituição brasileira, contempla uma tripartição dos Poderes nos moldes tradicionalmente concebidos.

²⁷⁰ Alexandre de Moraes, por exemplo, equipara o Ministério Público aos Poderes do Estado, ao tratar da separação das funções estatais e considera que a Constituição Federal “(...) previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais”, para, mais adiante, acentuar que “a Constituição de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público”. (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 407 e 411).

De qualquer forma, o fato de determinada Constituição instituir estruturas orgânicas e lhes atribuir funções específicas, conferindo-lhes o *status* de Poder, é uma opção constitucional. É uma questão de mero arranjo institucional. Assim, por exemplo, tanto poderia um determinado ordenamento conceber uma estrutura Judiciária formada pelos órgãos encarregados da função jurisdicional em paridade com os demais Poderes constituídos, como também poderia optar por constituir apenas os Poderes Legislativo e Executivo, atribuindo a função jurisdicional a um órgão, vinculado ou não a um destes Poderes, sem, no entanto, conferir ao órgão judiciário o *status* de Poder. É esta mesma opção que faz uma Constituição que institui, por exemplo, um Poder encarregado especificamente da função de Governo em sentido estrito e outro destinado ao exercício da Chefia de Estado ou aquela que, diferentemente, atribui tais funções conjuntamente a um mesmo Poder.

Aliás, é igualmente a mesma opção que fez a Constituição brasileira de 1988 que, ao instituir o órgão do Ministério Público de forma independente e autônoma, atribuindo-lhe uma função específica tipicamente estatal, impôs-lhe um desenho institucional assemelhado aos chamados Poderes do Estado, constituindo inegavelmente, tal qual estes, um dos centros ativos das funções do Estado, negando-lhe, entretanto, o *status* de Poder, de maneira até certo ponto inexplicável, salvo se pelo apego à uma tradição que remonta os antigos teóricos e que ganhou particular destaque na obra de Montesquieu.

A atribuição do *status* de Poder, portanto, a um órgão ou sistema de órgãos – repita-se – é mera opção constitucional. Se comumente se atribui tal *status* aos chamados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, trata-se de uma questão meramente de tradição, tradição esta ancorada pelos ensinamentos dos antigos teóricos, desde Aristóteles até Montesquieu. Quando muito, tal atribuição se dá pelo fato de as três funções tradicionalmente concebidas, por sua importância e, principalmente, por sua abrangência, terem merecido, na visão constituinte, um tratamento destacado que as abrigasse sob grandes núcleos orgânicos aos quais se concede o *status* de Poder.

Sendo, portanto, a instituição de determinado Poder uma opção constitucional, parece-nos intuitivo que a cada função que se pode identificar e distinguir – as quais são várias e, pelo menos, em número superior ao dos três Poderes tradicionalmente concebidos – não necessariamente corresponde um Poder em seu sentido estrutural e orgânico.

No segundo caso, por sua vez, há um desdobramento entre duas assertivas: a de que nem todo Poder exerce com exclusividade determinada função e a de que a atividade de um determinado Poder não se esgota na função que lhe é atribuída precipuamente.

Quanto à primeira assertiva, de fato não há exclusividade no exercício, por qualquer dos Poderes, de sua função precípua, o que, entretanto, não afasta a sua preponderância no exercício desta função. Isso se deve ao fato de que, em nome do equilíbrio entre os Poderes – ideia que afasta uma Separação rígida entre os mesmos e que levaria a uma estrita e, conforme já acentuado, indesejável correlação absoluta entre Poder e função –, parcela da função de determinado Poder é comumente atribuída a outros Poderes, a exemplo da iniciativa legislativa e do veto que comumente se atribuem ao Poder Executivo, os quais, inegavelmente, constituem parcelas da função legislativa precipuamente conferida ao Poder Legislativo.

Não há, no exemplo citado, como pretendem alguns, uma repartição da função legislativa entre Executivo e Legislativo já que, se assim ocorresse, restaria indubitavelmente afastada a dimensão orgânico-funcional da Separação de Poderes, o que, conforme ampla fundamentação anterior, não é realidade que se pode extrair da observação dos ordenamentos concebidos à luz do atual formato do Estado constitucional. O que ocorre, neste caso, é a atribuição de parcela pontual da função legislativa ao Poder Executivo como forma de contrabalançar o Poder Legislativo que, acaso exercesse com exclusividade e de forma estanque a função legiferante, estaria impondo um indesejável predomínio de seu Poder sobre todos os demais.

Exercer uma parcela da função legislativa, entretanto, em nossa maneira de ver, não significa exatamente exercer a função legislativa, assim como exercer uma parcela da função de Governo não significa governar. Exercem-se atribuições legislativas ou governativas e não tais funções propriamente ditas, conforme mais adiante se verá.

No momento, basta destacarmos que, nos termos do exemplo citado, o certo é que o Legislativo, ainda que lhe seja atribuída a função precípua de legislar, não exerce tal função de forma exclusiva e isto ocorre pelo fato de que, em nome do equilíbrio entre os Poderes, parcela pontual desta função é atribuída a outro Poder, situação que, a rigor, se verifica em relação a todos os Poderes quanto ao exercício de sua função precípua.

Portanto, não há exclusividade no exercício, por qualquer dos Poderes, de sua função precípua.

A simples constatação de que parcela de função de um Poder é atribuída a outro já é suficiente para levar à segunda assertiva, de que a atividade de um determinado Poder não se esgota na função que lhe é atribuída precipuamente. Parece óbvio que, ao assumir parcela da função de outro Poder, o Poder receptor terá atribuições para além de sua função precípua.

Com efeito, quando um determinado texto constitucional estabelece uma função primordial a cada um dos Poderes – o que normalmente o faz por meio da fixação de competências de seus órgãos – também confere a cada um deles atribuições que não se traduzem propriamente na função precípua estabelecida, ou seja, a atividade de cada um dos Poderes vai além de sua função principal.

Em suma, poderíamos dizer que os Poderes constituídos não exercem com exclusividade a função do Estado que lhe é atribuída primordialmente, como também não exercem exclusivamente tal função.

Daí decorre que a cada Poder é conferida uma função precípua – ou até mais de uma – além de outras atribuições.

Aqui já se percebe uma importante distinção entre função e atribuição, que impõe um melhor e mais minucioso exame, que faremos agora.

Função, que os antigos doutrinadores já contemplavam em suas múltiplas manifestações – a qual por vezes denominavam “Poderes” -, é uma manifestação direta do Poder Político do Estado e se traduz no conjunto coordenado de atividades conferidas a determinado Poder (Poder aqui entendido em sentido orgânico) para a consecução dos fins específicos do Estado.

É o que Miranda chama de “função no sentido de atividade”, considerando-a como “uma manifestação específica do poder político, um modo tipicizado de exercício do poder” e conceituando-a como “um complexo ordenado de actos destinados à prossecução de um fim ou de vários fins conexos, por forma própria”, acentuando, ainda, que “consiste na actividade que o Estado desenvolve, mediante os seus órgãos e agentes, com vista a realização das tarefas e incumbências que, constitucional ou legalmente, lhe cabem”²⁷¹.

²⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 231-232.

Aqui, merecem destaque as três características que Miranda observa estarem presentes na função estatal. Primeiramente a de ser

específica ou diferenciada pelos seus elementos *materiais* – as respectivas causas e os resultados que produz –, *formais* – os trâmites e as formalidades que exige – e *orgânicos* – os órgãos e agentes por onde corre.

Depois, pelo fato de ser *duradoura*, já que “prolonga-se indefinidamente, ainda que se desdobre em actos localizados no tempo que envolvem pessoas e situações diversas”. Por fim, pelo fato de ser *globalizada*, no sentido de que “tem de ser encarada como um conjunto, e não como uma série de actos avulsos”²⁷².

Esta especificidade ou diferenciação a que se refere Miranda – seja pelos seus elementos materiais, formais ou orgânicos – e, principalmente, esta noção de conjunto, e não de uma série de atos isolados, que aponta para uma integralidade funcional, somada ao seu objetivo direto de obtenção dos fins do Estado, é que conferem à função, no nosso entender, esta conotação que a diferencia das atribuições.

A função, portanto, é um conjunto de atos, um complexo ordenado de atos, específicos e diferenciados, que apontam para uma integralidade funcional, os quais são atribuídos a determinado Poder com a finalidade específica e direta de obtenção dos fins do Estado, ao passo que atribuições são atos avulsos – ainda que múltiplos e mesmo que minimamente coordenados – conferidos a um Poder, que não correspondem à sua função propriamente dita, mas apenas são necessários para garantir o cumprimento de sua função precípua ou para manter o seu equilíbrio com os demais Poderes.

Mesmo quando a atribuição corresponde a uma parcela da função de outro Poder, como é o caso da iniciativa legislativa ou do veto, ainda assim ela não constitui função do Poder, mas mera atribuição do mesmo.

Assim, por exemplo, a possibilidade de se tomar a iniciativa legislativa ou de vetar não implica dizer, no nosso entender, que o Executivo tenha função legislativa, mas apenas atribuição legislativa. O veto e a iniciativa legislativa jamais serão, em sentido próprio, funções do Executivo, o qual continua a ter por função a de Governo – ou a de chefia de Estado –, não obstante tenha a atribuição de iniciar o processo

²⁷² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 232.

legislativo e a de vetar os atos legislativos dele decorrentes, como instrumentos de equilíbrio político entre os Poderes do Estado.

No nosso pensar, se o Executivo assimila tais atribuições legislativas a título de função propriamente dita – o que ocorreria se constasse, em sua competência, a atribuição de um conjunto de atos, um complexo ordenado de atos, com a finalidade específica e direta de obtenção dos fins do Estado, e que apontassem para uma totalidade do exercício da função –, elas deixariam de ser instrumentos de controle do Poder Legislativo, de *checks and balances*, e passariam a ser exercício funcional pleno, incompatível com a Separação de Poderes e, portanto, também com o Estado Constitucional contemporâneo, o qual foi erigido sob o signo dos valores democráticos. Tal situação muito frequentemente ocorre nos chamados regimes de exceção²⁷³.

A função, portanto, seja pelo seu caráter de manifestação do Poder Político, seja por sua especificidade, seja por sua diferenciação e, principalmente, por sua conotação de conjunto, de ordenação, de integralidade funcional, possui um *plus* quando comparada às atribuições.

É neste sentido que se fala em função legislativa, função de Governo e função jurisdicional. É também neste sentido que se atribui, a cada um dos Poderes constituídos, pelo menos uma função precípua. Assim, confere-se principalmente ao Legislativo a função legislativa, ao Executivo a função de Governo e ao Judiciário a função jurisdicional.

Mas, como já destacado e devidamente explicado, cada um destes Poderes não exerce com exclusividade e nem exclusivamente a função que lhe é conferida. No primeiro caso, porque parcela desta função é atribuída a outros Poderes como fator de equilíbrio entre os mesmos, que a exercem a título de atribuição. No segundo, pelo fato de que cada Poder, além de sua função precípua, exerce outras atribuições que lhe são conferidas.

²⁷³ Talvez aqui se possa identificar um traço distintivo entre um regime democrático e um autocrático, qual seja: em um regime democrático um Poder pode até exercer parcela da função de outro Poder a título de *atribuição*, como forma, inclusive, de *checks and balances*, de obtenção do equilíbrio político, mas, no momento em que passa a exercer tal parcela como *função* propriamente dita, a partir de um conjunto ordenado de competências que aponte para uma integralidade funcional, ultrapassados estariam os limites democráticos. No exemplo citado, a possibilidade de o Executivo iniciar o processo legislativo e de vetar leis aprovadas não parece constituir mais do que atribuições legislativas equilibrantes do exercício do Poder. Porém, no momento em que em suas competências se encontrarem atividades legislativas que indiquem uma integralidade funcional, não se poderá deixar de perceber a presença de um regime de viés autoritário.

Assim, ao lado da função – ou das funções – que lhe é atribuída, a cada Poder são conferidas atribuições.

Tais atribuições, por sua vez, que, diferentemente da função, são atos avulsos – ainda que múltiplos ou complexos e mesmo que guardem um mínimo de coordenação – conferidos a determinado Poder, podem ser pelo menos de duas ordens: primeiramente as que se traduzem em mecanismos de garantia da independência de cada Poder, o que não deixa de ser uma forma de preservar a dimensão orgânico-funcional que inspirou a sua instituição; e, em segundo lugar, as que constituem mecanismos de limitação dos demais Poderes e que, portanto, trabalham em favor do equilíbrio político entre os Poderes do Estado.

Assim, por exemplo, ao conferir atribuições que conduzem à autonomia administrativa, financeira e funcional do Poder, como é o caso das tarefas dos tribunais que organizam suas secretarias, elaboram seus regimentos internos, elegem seus órgãos diretivos, proveem seus cargos, etc., não se está conferindo ao Poder nenhuma função de Estado, senão atribuições com o fim de lhe garantir a proclamada independência e, em consequência e com este atributo, permitir que desempenhe adequadamente a função precípua que lhe fora conferida.

A segunda ordem de atribuições corresponde àquelas que constituem mecanismos de limitação dos demais Poderes. Podem se traduzir tais mecanismos pela intervenção de um determinado Poder na composição do outro – como é o caso da nomeação de membros dos tribunais superiores pelo Executivo ou da aprovação do Legislativo destas mesmas nomeações –, mas, em geral, eles correspondem ao desempenho parcial de alguma das funções precípua estabelecidas para outro Poder, a exemplo da ampla iniciativa legislativa do Executivo e da possibilidade do veto.

De qualquer forma, ao estabelecer tais mecanismos de limitação, a Constituição não está estabelecendo uma função do Poder, mas tão somente lhe conferindo atribuições, ainda que tais atribuições correspondam a uma parcela da função de outro, com o fim de limitar os demais Poderes. São os chamados *checks and balances* que, em última análise, fazem aflorar a dimensão política da Separação de Poderes, ou seja, a busca do equilíbrio político entre os Poderes constituídos.

Portanto, além da sua função precípua, a cada um dos Poderes do Estado são conferidas atribuições que se destinam ora a garantir a sua própria

independência e, em consequência, preservar a possibilidade de adequado desempenho de sua função, ora a limitar os demais Poderes, na busca da harmonia e do equilíbrio entre todos.

A partir da constatação destas duas ordens de atribuições e da percepção de que, ainda que elas decorram de uma parcela da função de outros Poderes, não constituem função propriamente dita, por carecerem da diferenciação e da especificidade antes definidas e, principalmente, pela ausência da conotação de conjunto, ordenação, inteireza funcional, direcionamento direto para a realização de um fim específico do Estado, não há dificuldade em se contemplar uma nítida distinção entre tais atribuições e a função atribuída a cada um dos Poderes.

Posta tal distinção, faz-se necessário acrescentar algumas palavras sobre como se pode identificar constitucionalmente uma função – diferenciando-a de mera atribuição – ou como se pode perceber a atribuição desta a um determinado Poder, tendo em vista que, tal como ocorre com a Constituição brasileira, não é comum que a atribuição de uma função a determinado Poder seja feita de forma expressa ou explicativa.

Assim, não obstante sabermos que a Constituição brasileira atribui ao Poder Judiciário a função de julgar, ao Executivo a função de governar e ao Legislativo a de legislar, inexistente, no texto constitucional, uma expressa atribuição destas funções aos respectivos Poderes e, muito menos, uma explicação do que seja legislar, governar ou julgar.

É aí que se insere a noção de competência, traduzida pelos atos – ou pelo conjunto destes – que são atribuídos aos órgãos que compõem a estrutura do Poder.

Aqui impõe-se, desde já, a advertência de que os termos *competência* e *atribuição* têm sido utilizados indistintamente como se fossem sinônimos, a exemplo do que ocorre na própria Constituição brasileira, na esteira da largueza e da abrangência dos significados que comumente lhe são empregados. A nós, entretanto e para efeito do presente trabalho, interessa a utilização dos mesmos – ou pelo menos do termo *atribuição* – com um pouco mais de rigor técnico, de tal forma que atribuição seja entendida em um sentido até certo ponto contraposto ao de função, sendo esta um conjunto de atos ordenados que apontam para uma integralidade funcional e visam diretamente um fim específico do Estado, enquanto aquela corresponde a atos que não conjugam tais caracterizações.

A competência, por sua vez, pode ser entendida de forma mais genérica, ou seja, como todos os atos – ou como o conjunto destes atos – atribuídos a um determinado órgão estatal.

Ao se atribuir competência a determinado órgão, tal competência poderá constituir mera atribuição, por se configurar em ato isolado e avulso, sem a conotação de integralidade funcional, ou sem visar diretamente os fins do Estado ou, ao contrário, em face de tais atos se inserirem no contexto de um conjunto e se postarem de maneira ordenada e coordenada, de forma a apontar para uma integralidade funcional, além de se focarem na realização dos fins específicos do Estado, delinearem uma das funções estatais.

Poderíamos dizer, portanto, que a atribuição de determinada competência a um órgão estatal, de forma isolada e sem conotação de inteireza funcional ou sem vinculação direta aos fins do Estado, constituiria uma atribuição, ao passo que o estabelecimento de competências coordenadas que apontam para a integralidade funcional de órgãos de um determinado Poder diretamente direcionadas aos fins específicos do Estado evidenciaria a função deste Poder.

Assim, do conjunto de competências coordenadas com o foco direto na atividade estatal conferidas aos respectivos órgãos, emana a função atribuída ao Poder ou, em sentido inverso, a função decorreria do conjunto das competências coordenadas e diretamente direcionadas à obtenção dos fins do Estado, que são atribuídas aos órgãos de um determinado Poder.

A Constituição brasileira, por exemplo, em seu artigo 92, enumera os diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário e, ao fixar a competência de cada órgão de forma ampla e coordenada, deixa livre de dúvida a competência de *julgar* atribuída a tais órgãos e, em consequência, a função jurisdicional conferida ao próprio Poder Judiciário.

Basta observar, a título exemplificativo, que ao atribuir a competência ao Supremo Tribunal Federal – primeiro dos órgãos judiciários instituídos –, a Constituição brasileira, em seu artigo 102, a distribui nos incisos I, II e III, nos quais se verificam, respectivamente, as chamadas competências originária, recursal ordinária e recursal extraordinária e, em todas elas, a fixação de tal competência pelo uso de termos como “processar e julgar” ou, apenas, “julgar”. Assim também dispõe o artigo 105 em relação à competência do Superior Tribunal de Justiça e, de

forma geral, quando da fixação da competência de todos os demais órgãos integrantes da estrutura judiciária.

É, pois, do conjunto de tais atos, ordenados e coordenados, atribuídos aos órgãos judiciários, ou seja, do conjunto das competências coordenadas atribuídas aos órgãos que integram o Poder Judiciário, que emana a função precípua deste mesmo Poder, que é a de julgar, chamada função jurisdicional.

Isso também pode ser observado na atribuição de competência aos órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em relação a estes, entretanto, faz-se necessário um cuidado acentuado para que possamos adequadamente perceber a função estabelecida para cada Poder, pelo fato de que, assim como ocorre, geralmente, nos países que adotam regimes presidencialistas, a Constituição brasileira abriga no Poder Executivo mais de uma função, ou seja, a função de chefia do Estado e a função de Governo propriamente dita²⁷⁴. Também costuma ser generosa ao atribuir ao Executivo um leque de atribuições legislativas relativamente amplo, na esteira de uma tendência atual de entrelaçamento cada vez mais acentuado entre Executivo e Legislativo, o qual a professora Caggiano chama de *bloco monocolor Legislativo/Executivo*²⁷⁵.

Isso não impede, entretanto, que se identifiquem, com clareza, a função de cada um destes Poderes e as atribuições que lhe são conferidas.

A função legislativa é facilmente identificável e atribuída preponderantemente ao Poder Legislativo. Com efeito, o artigo 44 da Constituição brasileira define os órgãos que compõem o Poder Legislativo em nível nacional, ao passo que o artigo 59 e seguintes, ao definirem que o processo legislativo compreende a elaboração de diversos atos legislativos de forma bastante minuciosa, especificam o exato teor desta competência dos órgãos integrantes do Legislativo, que vai desde a iniciativa até a perfeição do ato legislativo, não deixando qualquer

²⁷⁴ Nos sistemas parlamentaristas, não obstante estarem separadas as funções de chefia de Estado e de Governo, o que afastaria tal dificuldade, se encontra, entretanto, um fator complicador, que é a tendência moderna, acentuadamente nestes sistemas, de haver um controle maior de um Poder sobre o outro, em especial entre o que exerce a função de Governo e o que exerce a função legiferante, o que implica necessariamente a conferência, a cada um deles, de um maior número de atribuições que limitam os demais Poderes, naturalmente dificultando a percepção da exata função de cada Poder.

²⁷⁵ Cf. CAGGIANO, Mônica Herman Salem. A Emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo: o exame do quadro brasileiro, tendo por base a reforma política realizada quase por inteiro pelos tribunais superiores. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*, p. 99.

dúvida de que se está diante da função legislativa e de sua atribuição ao Poder Legislativo.

Há quem enxergue na função de fiscalizar, ao lado da função de legislar, também uma função típica do Legislativo. Moraes, por exemplo, afirma que “as funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento”, de forma que, tanto quanto prevê as regras do processo legislativo e a competência do Congresso Nacional para elaboração das normas jurídicas, a Constituição também “determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70)”²⁷⁶.

A função de Governo e sua atribuição ao Poder Executivo, por sua vez, decorrem da competência estabelecida para o Presidente da República, titular do Executivo nos termos do artigo 76, vastamente especificadas no artigo 84, em especial quando trata da competência para exercer “a direção superior da administração federal”, que bem configura a função de Governo em sentido estrito e a de diversas competências referentes à chefia de Estado.

Também aqui Moraes tem o pensamento aberto para vislumbrar o exercício de mais de uma função por um único Poder, quando afirma que “na estrutura do Poder Executivo verifica-se a existência de duas funções primordiais diversas, quais sejam, a de Chefe de Estado e a de Chefe de Governo”, a serem exercidas pelo Presidente da República, e acentua que “como chefe de Estado, o presidente representa, pois, nas suas relações internacionais, bem como corporifica, a unidade interna do Estado”, ao passo que “como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política como nos de natureza eminentemente administrativa”²⁷⁷.

Tanto nas competências de um Poder como nas de outro há, ainda, uma vasta previsão de atos que podem ser enquadrados como atribuição, no sentido acima referido, inclusive os que constituem parcela da função dos outros Poderes, como a iniciativa legislativa e veto do Executivo, porém não nos cabe, pelo menos para os fins do presente trabalho, examinar com profundidade tais atribuições do Executivo e Legislativo.

²⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 413.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 469.

Por ora nos interessa tão somente a observação de que, ainda que não seja de forma direta e explicativa, existe definição constitucional de cada função e sua atribuição a um Poder determinado a partir do estabelecimento de competências coordenadas aos órgãos que integram tal Poder, o que é suficiente para demonstrar, conforme acima enunciado, que o conjunto de competências coordenadas atribuídas a seus órgãos é que define a função de cada Poder.

4.3 O PODER JUDICIÁRIO

Já ficou bem definido, a partir da distinção entre as diversas acepções com que o termo *Poder* é utilizado, que quando falamos de Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário estamos nos referindo a estruturas orgânicas ou a sistemas de órgãos do Estado, que são encarregados do desempenho das funções estatais ou, na expressão de Alessi, invocada por Grau, “centros ativos de funções”²⁷⁸, pelo que não há qualquer dificuldade em se perceber o Poder Judiciário como esta estrutura orgânica ou sistema de órgãos aos quais se atribui a função jurisdicional.

Deve-se esclarecer, desde já, que não estamos aqui rendendo homenagens a uma nomenclatura que possa se entender como fixa e absoluta – qual seja, Poder Judiciário –, tendo em vista que, como sabido, não se traduz tal expressão em uma constante nos ordenamentos constitucionais, mas apenas utilizando a mais comum das denominações empregadas para significar esta estrutura orgânica, à qual invariavelmente tem sido conferida a função de julgar. Assim, por exemplo, não obstante tal sistema de órgãos receba denominações distintas em diversas Constituições – como “autoridade judiciária” na França ou simplesmente “os tribunais” em Portugal –, ainda assim são sempre amparados, principalmente doutrinariamente, sob a denominação comum de Poder Judiciário ou Poder Judicial. Quanto à atribuição a tal estrutura da função jurisdicional, valemo-nos da obviedade já que, mesmo não desconhecendo que a atribuição de certa função a um determinado *Poder* seja obra exclusiva de cada Constituição, não nos pareceria

²⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 237.

lógico, nem razoável, que um ordenamento constitucional deliberasse pela instituição de um Poder Judiciário e não lhe atribuísse a função de julgar, ainda que teoricamente essa conduta não seja impossível. Desconhecendo, entretanto, qualquer ordenamento que tenha atribuído precipuamente ao Poder Judiciário, por exemplo, a função legislativa, seguimos tranquilamente pelo caminho do óbvio para afirmar que ao Poder Judiciário se atribui precipuamente a função jurisdicional.

De forma geral, tal estrutura orgânica se perfila ao lado dos demais Poderes, com *status* institucional assemelhado, integrando-se na harmonia e no equilíbrio que devem reger a convivência entre todos e sem prejuízo do exercício de sua função jurisdicional, o que se pode facilmente constatar da mera observação de alguns textos constitucionais.

A Constituição brasileira, por exemplo, já em seu artigo 2º proclama que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁷⁹, conferindo, no imediatismo da percepção, a ideia de que alçou estas três grandes estruturas orgânicas ao *status* de Poder para que, em igualdade de condições, cada uma desempenhasse uma função que lhe seria própria e adequada de forma autônoma e independente sem, entretanto, estarem separadas de forma rígida e estanque, razão pela qual impôs, ao lado da independência, a perspectiva de deverem ser harmônicas, passando uma nítida mensagem de equilíbrio político²⁸⁰.

Na sequência constitucional, quando do trato específico de cada Poder, a Constituição evidencia e concretiza esta ideia inicial, dando a cada um – conforme anteriormente já acentuamos – uma função específica (ou mais de uma) a ser precipuamente exercida, sem prejuízo de outras atribuições destinadas ora a garantir sua própria independência, ora a limitar os demais Poderes, em busca da harmonia e do equilíbrio entre todos.

O Poder Judiciário aparece, pois, no texto da Constituição brasileira como um dos três Poderes da União, independente e autônomo em relação aos demais e situado no contexto de uma Separação de Poderes que prestigia a adequação

²⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁸⁰ Esta mensagem de equilíbrio político, como perceptível pelas só considerações anteriores, se estende também aos órgãos que, não obstante não tenham recebido da literalidade constitucional o *status* de Poder, são autônomos e independentes o suficiente para serem tidos como estruturas orgânicas assemelhadas aos chamados Poderes do Estado, e cujo exemplo mais marcante e incontestável é o Ministério Público.

orgânica por meio do exercício, por cada um, de uma função que com ele guarde afinidade institucional, mas, ao mesmo tempo, seja moldada pelo equilíbrio, o que se evidencia pela existência de mecanismos de controle entre os Poderes. Em outras palavras, o Poder Judiciário se situa no contexto de uma Separação de Poderes concebida em suas dimensões orgânico-funcional e política.

Esta posição do Poder Judiciário, no contexto de uma Separação de Poderes dimensionada sob seus aspectos orgânico-funcional e político, é observável na maioria dos ordenamentos constitucionais, não obstante as variedades de arranjos institucionais e as formas diversas em que se apresentam tais arranjos. Para que assim se perceba, basta uma breve passagem pelas Constituições de alguns Estados nacionais, independentemente de serem eles de feição presidencialista ou parlamentarista.

Na Constituição dos Estados Unidos, por exemplo, são contemplados os Poderes em sua clássica tripartição e, embora não haja uma declaração formal da Separação e do equilíbrio que deve nortear o relacionamento dos mesmos, cada um recebe uma função específica, a qual evidencia a busca da adequação orgânica e funcional, bem como atribuições diversas, que conduzem à percepção clara do controle recíproco que existe entre os mesmos. O Poder Judiciário, contemplado no artigo 3º e tal como modelado pela prática constitucional, se insere neste contexto de igualdade e independência em relação aos demais Poderes e, principalmente, de equilíbrio político.

A Constituição da República Federal da Alemanha também “não contém mandamento expresso da separação de poderes”, como lembra Hesse, e também “nada diz sobre equilíbrio dos poderes”²⁸¹, o que não implica dizer que não haja constituição de Poderes diferentes, além de coordenação e equilíbrio entre estes Poderes, como acentua o próprio Hesse²⁸².

Ao contrário, consagra, de forma aparentemente tripartida²⁸³, a instituição dos Poderes independentes, sob o signo da coordenação e do equilíbrio, ao declarar

²⁸¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 366.

²⁸² Cf. o que Hesse escreve sobre “Conteúdo e alcance do princípio da divisão de poderes na ordem constitucional da Lei Fundamental” da Alemanha. *Ibidem*, p. 370-377.

²⁸³ A expressão “aparentemente tripartida” resulta da observação de que, não obstante mencione os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, a adoção do sistema parlamentarista impôs a instituição de órgãos que, a rigor, poderiam ser tidos como *Poderes* diversos, autônomos e independentes. Assim, além do Poder Judiciário e do Parlamento Federal (*Bundestag*), consubstanciador do Poder Legislativo, aparecem de forma bem distintas e exercendo funções diversas o Presidente Federal (*Bundespräsident*) e o Governo Federal (*Bundesregierung*).

que todo poder do Estado emana do povo e ao proclamar, em seu artigo 20, que “o povo o exercerá por meio de eleições e outras votações e por intermédio de órgãos específicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”²⁸⁴. É no contexto desta Separação que se inclui o Poder Judiciário, que recebe um tratamento mais pormenorizado a partir do artigo 92, no qual se evidencia a sua inclusão neste sistema de independência, mas de harmonia e equilíbrio em relação aos demais.

Já na Constituição italiana, embora não se declare formalmente a existência dos Poderes, são instituídos órgãos destinados ao exercício das funções do Estado que bem correspondem a estas estruturas orgânicas. Assim, ali se encontram expressamente definidos o Parlamento, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado da República, estabelecendo-se que “a função legislativa é exercida coletivamente pelas duas câmaras” (art. 70); o Presidente da República, que “é o chefe de Estado e representa a unidade nacional” (art. 87); o Governo, composto pelo Presidente do Conselho e pelos Ministros que, juntos, formam o Conselho de Ministros (art. 92); e a Magistratura, que “se constitui numa ordem autônoma e independente de qualquer outro poder” (art. 104), cujos magistrados exercem “a função jurisdicional” (art. 102)²⁸⁵.

Bastam tais colocações para evidenciar que o Poder Judiciário se situa, na Constituição italiana, no contexto de uma Separação de Poderes em que se prestigia a especificidade da função jurisdicional que lhe é atribuída, resguardando-se sua autonomia e independência para o exercício de tal função e decorrendo, das disposições constitucionais, o equilíbrio entre este e os demais Poderes.

A Constituição portuguesa, por sua vez, prefere falar em *órgãos de soberania* em vez de se referir a Poderes, contemplando, entretanto, estruturas orgânicas que como tais podem ser consideradas. No artigo 110, portanto, proclama que “são órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais” para, em seguida, estipular que “os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição” (art. 111). Ao tratar dos tribunais, o texto português acentua que “são

²⁸⁴ ALEMANHA. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. 23 mai. 1949. Disponível em: <<http://brasil.diplo.de/vertretung/brasil/pt/Startseit.html>>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁸⁵ ITÁLIA. Constituição da República Italiana. 1 jan. 1948. Disponível em: <http://www.ecco.com.br/cidadania/const_italiana.asp>. Último acesso em: 8 set. 2009.

órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (art. 202)²⁸⁶.

Novamente, o Poder Judiciário surge no contexto de uma Separação de Poderes que prestigia a dimensão orgânico-funcional, atribuindo-se-lhe uma função específica – função jurisdicional ou *administração da justiça*²⁸⁷ – que se insere nas exigências do equilíbrio político entre os Poderes (“interdependência”), evidenciando-se a sua dimensão política.

Já a Espanha, que se denomina “monarquia parlamentar” e, portanto, também apresenta distinção entre chefia de Estado e o Governo, institui estruturas orgânicas que se enquadram no conceito que adotamos de *Poderes*, quais sejam, a Coroa, as Cortes Gerais, o Governo e o Poder Judicial.

Como de tradição, o Rei, representante da Coroa, é o “chefe de Estado” (art. 56), ao passo que o Governo “exerce a função executiva”, que consiste, nos dizeres constitucionais, na direção de “la política interior e exterior” e da “administración civil y militar y la defensa del Estado” (art. 97). Já as “as Cortes Gerais exercem a função legislativa” (art. 66) e o Poder Judicial “la potestad jurisdiccional”, assegurando-se a “independencia de la justicia” (art. 117)²⁸⁸.

Há, pois, uma nítida Separação de Poderes, atribuindo-se a cada uma das estruturas orgânicas tidas como tal uma função específica, de tal forma que ao Judiciário compete a função jurisdicional, que deve ser exercida em um contexto de igualdade e equilíbrio com os demais Poderes.

A partir deste breve exame de alguns textos constitucionais, que abrangeu tanto Constituições que adotam o sistema presidencialista de governo quanto aquelas que adotam o parlamentarismo, já é possível concluir que, de forma geral, a estrutura orgânica que denominamos Poder Judiciário se apresenta ao lado dos demais Poderes, com *status* institucional a estes assemelhado, no contexto de uma Separação de Poderes que prestigia a independência, a harmonia e o equilíbrio.

Salientamos que a observação geral que aqui se faz não alcança a totalidade dos ordenamentos, já que sequer pretendemos alcançar as especificidades de cada arranjo institucional – o que, a rigor, seria impossível –,

²⁸⁶ MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

²⁸⁷ Ressalva-se que o termo “administração da justiça” não tem o sentido de função administrativa que comumente se emprega no Brasil, mas de função jurisdicional em sentido próprio.

²⁸⁸ ESPANHA. Constitución Española. 6 dez. 1978. Disponível em: <www.gva.es>. Último acesso em: 8 set. 2009.

sendo que almejamos tão somente demonstrar como se situa o que se denomina Poder Judiciário no contexto da Separação de Poderes e no atual momento da evolução do Estado Constitucional.

Assim, evidentemente há casos que não se inserem na observação geral ou, pelo menos, merecem um exame mais detalhado e minucioso para que possamos adequadamente situar o Poder Judiciário ou mesmo constatar a sua real existência enquanto estrutura orgânica autônoma que mereça ser inserida no que aqui concebemos como Separação de Poderes.

O exemplo emblemático é o da França que, instituindo apenas o que chama de “Autoridade Judiciária”, parece não alçá-la efetivamente ao *status* de Poder, seja pela ausência, no texto constitucional, de uma estrutura organizada de forma autônoma e independente, seja pelo fato de que sua independência é assegurada apenas pelo Presidente da República (art. 64), seja pela circunstância de que seu órgão de administração superior – o Conselho Superior da Magistratura – está sob a direção do Presidente da República e do Ministro da Justiça e é formado preponderantemente por membros externos à magistratura (art. 65)²⁸⁹, seja, enfim, por não se inserir no quadro de equilíbrio político entre os Poderes constituídos.

Por esta razão e a partir da observação de Zaffaroni, se “permite afirmar que na França não é concebível o poder judiciário como poder independente”²⁹⁰. Tal circunstância também não passa despercebida por Pinto quando, ao acentuar os aspectos marcantes da estrutura judiciária francesa, destaca o “fato de o Judiciário não se apresentar como Poder autônomo, mas como órgão integrante do Poder Executivo, na medida em que se encontra subordinado ao Ministério da Justiça”, o que, inclusive, “causa espécie por ser a França o berço do idealizador do princípio da separação dos poderes (Barão de Montesquieu)”²⁹¹.

A despeito de existirem exceções, bem evidenciadas por casos emblemáticos como o francês, não nos afastamos da conclusão de que, de uma forma geral, o Poder Judiciário, tido como estrutura orgânica à qual se atribui a função jurisdicional, se integra na harmonia e no equilíbrio que devem reger a convivência entre os Poderes constituídos, sem prejuízo do exercício de sua função

²⁸⁹ FRANÇA. Constituição da República Francesa. 4 out. 1958. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*, p. 173.

²⁹¹ PINTO, Flávia Sousa Dantas. O Judiciário Francês sob a Ótica de um Juiz Brasileiro. *Revista Direito e Liberdade/Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte*, ano 4, v. 8, n. 2 (2005). Mossoró: ESMARN, 2008. p. 138.

específica – a função jurisdicional –, pelo que se insere no contexto de uma Separação de Poderes considerada em suas dimensões política e orgânico-funcional.

4.4 A FUNÇÃO JURISDICIONAL

A compreensão do Poder Judiciário como estrutura orgânica ou sistema de órgãos aos quais se atribui a função jurisdicional, quando acompanhada das explicações contidas no tópico anterior, é suficiente à percepção de sua posição institucional e do que ele representa no contexto da Separação de Poderes, na forma como esta se manifesta no Estado Constitucional contemporâneo. Mas essa compreensão não esgota, entretanto, o que aqui nos propomos a examinar.

Faz-se necessária, ainda, uma reflexão sobre o significado essencial da função jurisdicional.

A afirmação simplória de que a função jurisdicional é a função de julgar traz, na sua obviedade, o seu caráter não elucidativo. Por outro lado, afirmar que função jurisdicional seria o que a Constituição ou a lei assim definir seria um pouco menos do que isto e um pouco mais do que o completo silêncio. O que seria, então, a função jurisdicional?

Já dissemos, em oportunidade anterior, que as Constituições, normalmente, ao atribuírem determinada função a um Poder, não são nem expressas nem explicativas, de tal forma que, em geral, ao se atribuir a função jurisdicional ao Poder Judiciário não se procede de maneira expressa e, muito menos, se define tal função, ou seja, não se explicita o conteúdo da função de julgar.

Também já se acentuou que tal função emana do conjunto de atos, ordenados e coordenados, atribuídos aos órgãos judiciários, ou seja, pode ser extraída do conjunto das competências coordenadas atribuídas aos órgãos que integram o Poder Judiciário.

Daí decorre que somente do exame de cada texto constitucional é que se pode extrair, com precisão, o exato teor da função jurisdicional que se atribui àquele específico Poder Judiciário²⁹².

Não implica isto dizer, entretanto, que assim como do exame da generalidade, ainda que sem apego à totalidade, se pôde extrair uma definição do que denominamos Poder Judiciário e da atribuição, a ele conferida, da função jurisdicional, também não se possa, a partir de idêntico proceder, chegar a uma noção mínima do que seja função jurisdicional. É o que tentaremos fazer.

Devemos ressaltar, de início, que as doutrinas – nacional e estrangeira – já enfrentaram, de forma quase exaustiva, a questão da função jurisdicional, em uma tentativa de obter uma adequada conceituação de jurisdição. É verdade, entretanto, que quase todos os enftretamentos mais profundos se situam no âmbito processual, do qual surge uma conceituação quase sempre impregnada de valores vinculados ao exercício da jurisdição, ou seja, referidos ao seu sentido procedimental, o que, inegavelmente, é essencial e imprescindível para a compreensão deste foco da questão, mas não se adéqua com exatidão aos nossos propósitos.

Interessa-nos, aqui, uma compreensão da função jurisdicional sob o prisma estritamente constitucional, de forma a diferenciá-la de outras funções que igualmente povoam este ambiente, para que possamos melhor compreender as relações entre os Poderes do Estado e, mais especificamente, a correlação entre Poder e função jurisdicional.

Sob este ângulo é que tentaremos chegar a uma definição mínima de função jurisdicional.

A partir do exame de diversos textos constitucionais e das competências coordenadas atribuídas aos órgãos que integram o Poder Judiciário, é possível fazer uma leitura da função jurisdicional de forma a compreendê-la como a *função de interpretar e aplicar o direito a partir de uma situação conflituosa específica e com o atributo da definitividade*.

Tal compreensão, entretanto, carece de algumas considerações.

A primeira delas é a de que a *interpretação e aplicação do direito* é a forma típica de atuação jurisdicional. É a própria exteriorização da função jurisdicional e

²⁹² Tal assertiva está na esteira do pensamento de Tavares, para quem “só pelo estudo sistemático é que se poderá chegar a uma conclusão sobre as funções que verdadeiramente exerce cada um dos órgãos previstos constitucionalmente, e que não se restringem mais a apenas três”. (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1028).

chega mesmo a ser a essência da atuação e do proceder dos órgãos que compõem a estrutura judiciária. Tal forma de atuação, como exteriorização da função jurisdicional, emana, por exemplo, daquelas competências de “processar e julgar”, contidas no texto da Constituição brasileira, ou da atribuição, pela Constituição espanhola, da função jurisdicional aos juízes e tribunais, que agem “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”²⁹³. Em outras palavras, no ato de *julgar*, tal como previsto em diversos textos constitucionais, estão implícitas a *interpretação e aplicação* do direito, que é a forma típica de atuação jurisdicional.

Deve-se salientar o conteúdo desta *interpretação e aplicação do direito* a cargo dos órgãos judiciários, que é visivelmente jurídico e essencialmente apartado do caráter político que ensejou a criação do direito a ser interpretado e aplicado.

O atuar jurisdicional pressupõe uma separação entre Direito e Política, tal qual acentuado por Grimm, que observa que “embora a política programe a aplicação do direito por meio da promulgação de normas gerais, a interpretação e aplicação das normas no caso concreto subtraem sua influência”, já que a política “não pode nem assumir nem guiar a aplicação do direito por meio de instruções individuais”²⁹⁴.

Esclarece o respeitado magistrado alemão que “os aspectos políticos que não estejam expressos no programa de normas são irrelevantes para a interpretação e aplicação do direito”, acrescentando que “se uma lei for deliberada politicamente e entrar em vigor, conseqüentemente ela se torna independente de sua origem política e ganha uma existência autônoma” e que “embora a política continue a dispor de sua existência – ela pode revogá-la ou modificá-la – sua aplicação foge a seu controle enquanto a política deixar que ela exista”²⁹⁵.

Em outras palavras, há uma nítida separação entre o conteúdo político inspirador da criação original das regras de direito abstratas e o caráter jurídico da interpretação e aplicação deste direito conferido pelos órgãos jurisdicionais, numa espécie de emancipação que permite, quando da aplicação judicial do direito, a independência em relação às influências políticas.

²⁹³ Artigo 117 da Constituição da Espanha, *in verbis*: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. ESPANHA. Constitución Española. 6 dez. 1978. Disponível em: <www.gva.es>. Último acesso em: 8 set. 2009.

²⁹⁴ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

p. 12.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 12.

É de se observar – e para ser fiel ao pensamento de Grimm – que esta separação entre o Direito e a Política ocorre em um nível institucional, ou seja, como maneira de proteger o aplicador jurisdicional da influência das instâncias tipicamente políticas. Não representa, portanto, uma absoluta despolitização no procedimento de aplicação judicial do Direito, no sentido de que não haveria espaço “para nenhum tipo de decisões constitutivas”, ou seja, não significa que não se possa “desenvolver nenhum efeito político que ultrapasse o efeito político das normas gerais”, até porque, como bem observa Grimm, tal distanciamento só seria possível se “as normas jurídicas deliberadas pelo legislador pudessem determinar por completo a decisão de todos os fatos isolados”, o que representaria uma legislação “livre de lacunas e de contradições, inequívoca na linguagem e independente de mudança social”²⁹⁶, o que não nos parece razoável nem realizável.

A atividade do juiz, portanto, não é nem poderia ser uma atividade apolítica, não obstante a nítida separação existente entre o Direito e a Política que se verifica em um nível institucional e que protege o aplicador do Direito contra influência das instâncias essencialmente políticas.

De qualquer forma, evidencia-se pelos corretos ensinamentos acima delineados que a *interpretação e aplicação do direito*, que é a forma típica de atuação dos órgãos encarregados da função jurisdicional, não têm, em essência, conteúdo político – apesar de não ser uma atividade apolítica e de não se descartar eventuais efeitos políticos das decisões daí emanadas –, mas acentuadamente jurídico.

A segunda consideração é a de que a *interpretação e aplicação do direito* se dão em face de uma *situação conflituosa específica*, ou seja, é a partir de uma situação assim caracterizada que se enseja a atuação dos órgãos do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional. Daí decorrem as características da conflituosidade e da especificidade.

No que diz respeito à conflituosidade, de fato a *interpretação e aplicação do direito* em nível jurisdicional pressupõem uma situação conflituosa, ou seja, a presença de determinadas circunstâncias que conduzem a uma situação de rompimento ou de perigo à realização normal e espontânea da ordem jurídica e que, portanto, ensejam a atuação jurisdicional de modo a restituir a normalidade.

²⁹⁶ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*, p. 13.

É por esta razão que Fagundes, ao identificar os três elementos específicos da função jurisdicional, aponta o *momento* e a *finalidade* do seu exercício como dois desses elementos, traduzindo o primeiro (*momento*) em “uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito” e o segundo (*finalidade*) no “trancamento da situação contenciosa, consequência necessária da interpretação fixada”, resumindo que “o seu exercício só tem lugar quando exista conflito a respeito da aplicação das normas de direito” e que “tem por objetivo específico removê-lo”²⁹⁷, ou seja, na conceituação do renomado administrativista potiguar, a conflituosidade ocupa uma posição de centralidade, seja como pressuposto do exercício da jurisdição, seja como sua própria finalidade.

Não pretendemos, entretanto, dentro da linha de conformação com o ângulo constitucional de observação, avançar sobre um exame estritamente processual que pudesse conduzir a um estudo profundo do fenômeno da conflituosidade e de suas repercussões sobre a atuação jurisdicional, delineando, inclusive, a compreensão dos chamados tipos de jurisdição.

Não é nosso objetivo e sequer se nos apresenta relevante, para efeito do que aqui pretendemos, uma distinção mais rigorosa, por exemplo, entre jurisdição contenciosa e voluntária. Também não nos interessa emitir juízo sobre o verdadeiro significado desta última, considerando-a simplesmente como não integrante do conceito de jurisdição, como forma diferente e específica de jurisdição ou, ainda, como forma de tutela quase jurisdicional, por recair em fatos pré-conflituosos ou potencialmente conflituosos.

Tudo isto, por mais relevante que possa ser em âmbito processual – e o é –, afasta-se de nossa intenção, que é tão somente identificar a função jurisdicional, distinguindo-a das demais funções estatais. É neste contexto que ela se manifesta nas formas de *interpretação e aplicação do direito*, percebendo-se, neste atuar, o pressuposto da conflituosidade, entendida como a quebra da normalidade – ou pelo menos como a ameaça de que assim ocorra – na realização ordinária e espontânea da ordem jurídica.

Há, pois, pelo menos em sentido amplo, uma conflituosidade, ainda que potencial, por trás da *interpretação e aplicação do direito* a serem feitas pelos órgãos jurisdicionais, que objetivam exatamente remover tal circunstância, razão pela qual

²⁹⁷ FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 11-13.

se afirma que o atuar jurisdicional pressupõe uma situação conflituosa na mais ampla das suas acepções.

Quanto à especificidade, deve-se acentuar que no próprio significado de *aplicar o direito* já se insere o pressuposto de uma realidade específica sob a qual o direito é aplicado, o que a diferencia de uma suposição genérica, de uma previsão geral própria da função de legislar, de tal forma que a *especificidade* que se incluiu na definição acima posta serve tão somente de reforço necessário à clarificação da mais fundamental diferença entre a função jurisdicional e a função legislativa.

Com efeito, a mais marcante diferença entre estas duas funções se situa na linha – não tão precisa quanto se poderia supor na teoria, mas tão satisfatoriamente visível quanto se poderia pretender na prática – entre a generalidade e a especificidade, de forma que nesta última se amolda a caracterização da função jurisdicional.

Como se pode perceber, evitamos aqui falar – o que, entretanto, é comum na doutrina processual²⁹⁸ –, em “casos individuais e concretos”, contrapostos às “situações gerais e abstratas”, para caracterizar a função jurisdicional e diferenciá-la da função legislativa. Tal escolha não se explica apenas pelo fato de a *individualização* sempre merecer um alargamento conceitual que lhe permita, por exemplo, abranger a tutela dos interesses coletivos mas também porque na definição mínima que aqui perseguimos e na inspiração constitucional que reclamamos no início, contemplamos a função jurisdicional em sua compreensão mais ampla, a qual também abriga o que comumente se denomina Jurisdição Constitucional²⁹⁹.

A prevalência, no nosso entender, da vinculação da Jurisdição Constitucional à função jurisdicional conduziu nosso pensamento à consideração da Jurisdição Constitucional como integrante desta função, sem prejuízo do respeito que temos para com posições diversas e, até mesmo, de uma reflexão posterior que possa nos direcionar a uma conclusão diferente.

²⁹⁸ Cândido Dinamarco, por exemplo, conceitua a jurisdição como a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em **casos concretos**”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 315. Grifos nossos).

²⁹⁹ Seria igualmente possível contemplar a Jurisdição Constitucional como função autônoma, independentemente de ser ou não conferida ao Poder Judiciário, e, como tal, ter suas características próprias e específicas devidamente delimitadas. Neste caso, seria até possível impor à definição de jurisdição uma abrangência mais restrita e que, inclusive, pudesse se confinar aos “casos individuais e concretos”.

Tal vinculação entre Jurisdição Constitucional e função jurisdicional contempla-se, por vezes, de maneira mais direta, o que ocorre quando o controle de constitucionalidade é feito apenas de forma difusa e, portanto, é inerente à própria atividade jurisdicional, como é o caso do sistema norte-americano. Em outras ocasiões, tal vinculação também se apresenta mesmo na ocasião, a par deste controle difuso, em que exista também um controle concentrado conferido ao próprio Poder Judiciário, o que ocorre, por exemplo, quando a Constituição brasileira atribui ao Supremo Tribunal Federal – tribunal judicial que integra a estrutura do Judiciário – a competência para “processar e julgar” a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I)³⁰⁰, e, também, nos casos em que, não obstante a existência de uma Corte Constitucional, tal Corte integra a estrutura do Poder Judiciário, o que ocorre, por exemplo, na Constituição da Alemanha (arts. 92 e 93)³⁰¹.

Por analisar especificamente o caso brasileiro e entender a Jurisdição Constitucional como espécie de Jurisdição, ou seja, como integrante da função jurisdicional, merece destaque a colocação de Medina:

É, pois, a jurisdição constitucional uma das manifestações da função jurisdicional, assim definida em face do objeto sobre que incide o seu exercício.

Aliás, a circunstância de atribuir-se, entre nós, a todos os juízes e tribunais o poder de negar aplicação às leis ou atos jurídicos inconstitucionais, consoante o sistema difuso de controle de constitucionalidade, significa, segundo a lição de FREDERICO MARQUES, *que se encontra imanente a toda e qualquer atividade jurisdicional da justiça ordinário ou das justiças especiais a jurisdição constitucional*³⁰².

Medina conclui que:

Têm razão, portanto, os constitucionalistas mineiros JOSE LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES e MARCELO CATTONI ao afirmarem que *no Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional*, tendo em vista que *todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de comando eivado de inconstitucionalidade*³⁰³.

³⁰⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

³⁰¹ ALEMANHA. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. 23 mai. 1949. Disponível em: <<http://brasil.diplo.de/vertretung/brasil/pt/Startseit.html>>. Último acesso em: 8 set. 2009.

³⁰² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 56-57.

³⁰³ *Ibidem*, p. 56-57.

Independentemente de se chegar a uma posição extremada, que venha a considerar toda jurisdição como Jurisdição Constitucional, a verdade é que foi a percepção de tal vinculação que nos levou a considerar a Jurisdição Constitucional como integrante da função jurisdicional e, assim ocorrendo, é temeroso pretender-se uma definição de função jurisdicional que seja expressamente vinculada ao “caso individual e concreto”, pelo menos se considerada tal expressão em seu âmbito restrito.

Na Jurisdição Constitucional, à evidência e em especial no chamado controle abstrato de constitucionalidade, o “caso individual e concreto” teria dificuldade em ser contemplado, de tal forma que o atributo da *especificidade* na interpretação e aplicação do direito, termo que preferimos utilizar, afasta a generalidade sem se confundir com a restrita individualidade e concretude de um caso específico do mundo fático, sendo que, portanto, melhor traduziria e corresponderia, no nosso entender, ao que efetivamente ocorre quando da apreciação da validade ou não de uma lei ou ato normativo em face do ordenamento constitucional.

Acreditamos, com efeito, que mesmo no caso de controle de constitucionalidade, ainda que seja nebulosa a observação do “caso individual e concreto”, seria possível contemplar, sem dificuldades, esta *especificidade*, já que, em última análise, a própria declaração de inconstitucionalidade decorre da apreciação de uma situação específica, seja o próprio *caso concreto* em exame – no caso de inconstitucionalidade examinada incidentalmente –, seja a situação jurídica específica de uma lei ou ato normativo – no caso de controle de constitucionalidade abstrato –, cotejada em face da Lei Maior, e cujo exame irá concluir pela persistência ou não deste ato no mundo jurídico.

A *especificidade*, portanto, presente também na Jurisdição Constitucional, melhor se amolda a uma definição ampla de função jurisdicional e deve integrar, como atributo da interpretação e aplicação do direito, uma definição mínima de inspiração constitucional.

Reconhecemos, entretanto, que a questão não se esgota nesta simplória observação, tanto pelo fato de que a *especificidade* comporta diferentes interpretações e concepções, quanto por ser possível contemplar a Jurisdição Constitucional sob diversos ângulos, inclusive como prolongamento da função

legislativa, o que a configuraria como atribuição estranha à função jurisdicional³⁰⁴. É o que se extrai, por exemplo, de Kelsen, quando este afirma que “os tribunais cumprem uma função legislativa quando são autorizados a anular leis inconstitucionais”³⁰⁵ e, entre nós, de Carneiro, que, se referindo à ação direta de inconstitucionalidade, observa que “a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário (...) o exercício, embora sob vestes jurisdicionais, de uma atividade legislativa, porque não vinculada à aplicação do direito a um caso concreto”³⁰⁶.

Entretanto, para efeito do presente trabalho, para evitar prolongamentos que não poderiam ser comportados na sua abrangência e, ainda, para sermos fiel à proposta inicial de procurar uma definição sob o prisma estritamente constitucional, permanecemos com o entendimento de função jurisdicional em sua compreensão mais alargada, na qual também se inclui a chamada Jurisdição Constitucional, bem como com a adoção da *especificidade* como característica da interpretação e aplicação do direito, desprezando, pelo menos na amplitude constitucional em que buscamos inspiração, a vinculação ao “caso individual e concreto” em seu sentido restrito.

Portanto, após estarem bem compreendidos o sentido e o alcance da especificidade, assim como os da conflituosidade, não temos dificuldade em afirmar que a *interpretação e aplicação do direito*, como forma do atuar dos órgãos judiciários, para ser tida como função jurisdicional, deve ocorrer em face de uma *situação conflituosa e específica*.

Por fim, e como terceira consideração, temos o caráter de *definitividade* com o qual se interpreta e aplica o direito que, a nosso ver, é o mais marcante traço configurador da função jurisdicional e, inclusive, aquele que de forma mais acentuada a distingue da função administrativa.

³⁰⁴ Permanece, portanto, a questão específica da contextualização da Jurisdição Constitucional nas funções do Estado, a qual merece considerações que, pela polêmica que suscitam e pela sua amplitude, não se podem inserir no contexto deste trabalho sem se afastar consideravelmente dos seus objetivos específicos, merecendo, como de fato tem merecido, ser examinada à luz de uma análise ampla da Jurisdição Constitucional. Por agora, basta-nos a reflexão, que por si só contempla um exame monográfico, do real significado da Jurisdição Constitucional no contexto das funções do Estado. Tratar-se-ia de uma função específica do Estado, ao lado da função jurisdicional, atribuída ou não ao Poder Judiciário, ou apenas de uma subdivisão da função jurisdicional, de tal forma que teríamos uma função jurisdicional comum e uma função jurisdicional constitucional? De qualquer forma, e independentemente da posição que se adote, não se pode negar que a função de guardião da Constituição Federal e de sua boa interpretação, em especial por meio do controle concentrado, tem estatutura suficiente para ser tida como função do Estado autônoma e independente.

³⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 389.

³⁰⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 16.

Com efeito, interpretar e aplicar o direito, por si só, não faz da função jurisdicional algo substancialmente diferente da função de Governo, ou administrativa. De fato, é quase da essência da função administrativa a interpretação e aplicação do direito e, inclusive, em ambiente de contenciosidade, o que ocorre, ordinariamente, por exemplo, nos procedimentos administrativos disciplinares, assim como em tantas outras práticas corriqueiras da Administração Pública.

Ao interpretar e aplicar o direito, entretanto, os agentes administrativos não o fazem em caráter definitivo, ainda que seus atos possam, por aceitação, por conformação ou mesmo por inércia, persistir indefinidamente. É que é sempre possível, em regra, buscar, no âmbito da função jurisdicional, uma nova interpretação e aplicação do direito, que venham a alterar as originariamente feitas no âmbito administrativo. E somente esta última interpretação e aplicação do direito é que se reveste do caráter de definitividade.

Mesmo no âmbito do controle de constitucionalidade das leis é possível contemplar esta definitividade como traço diferenciador da função jurisdicional. Vejamos, por exemplo, um controle de constitucionalidade preventivo³⁰⁷ feito no âmbito de uma Casa Legislativa, por uma Comissão de Constituição e Justiça, em que a interpretação de ser um determinado ato compatível com a Constituição não constitui pronunciamento definitivo, exatamente por se fazer em âmbito não jurisdicional, estando, portanto, suscetível a uma nova interpretação jurisdicional a ser feita por órgão do Judiciário, desta feita com caráter de definitividade.

Como podemos observar, a definitividade, que aqui se apresenta como traço essencial caracterizador da função jurisdicional e atributo, portanto, da interpretação e aplicação do direito pelos órgãos do Poder Judiciário, é aquilo que comumente poderíamos chamar de “última palavra” – ainda que seja mais que uma mera palavra –, ou seja, o pronunciamento final e definitivo no tocante à interpretação e aplicação do direito. É neste sentido, portanto, que se fala em definitividade³⁰⁸.

³⁰⁷ Para Gilmar Mendes, “exemplos de controle preventivo de constitucionalidade, no nosso sistema constitucional, são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1056).

³⁰⁸ Evidentemente, a lógica aqui desenvolvida se refere aos sistemas que não adotam a chamada jurisdição dúplice, e decorre da aplicação mais radical da doutrina da Separação de Poderes, pela qual se restringe a interferência de um Poder sobre o outro. Neste particular, salutar é a lição de Watanabe: “nos países que adotam semelhante doutrina, tem-se o chamado sistema de jurisdição dúplice, com a organização, ao lado da jurisdição comum, da jurisdição administrativa (contencioso administrativo) para o conhecimento das controvérsias originárias de atos da Administração Pública.

Tal definitividade, que decorre da preponderância da função jurisdicional na interpretação e aplicação do direito, está implícita, das formas mais variadas, nos diferentes ordenamentos constitucionais, inclusive no nosso, sendo necessário observar que tal definitividade – prerrogativa que se atribui ao titular da função jurisdicional de dar a “última palavra” em relação à interpretação e aplicação do direito –, embora nem sempre – ou quase nunca – se apresente exposto nos textos constitucionais, normalmente se assenta em três consagrados princípios que bem delineiam este atributo: o acesso à Justiça, a inafastabilidade da função jurisdicional e a segurança das decisões judiciais.

Tais princípios, presentes de forma mais ou menos acentuada em praticamente todos os ordenamentos constitucionais, dispensam exame mais aprofundado sobre o seu conteúdo, já que são bem conhecidos e foram bem analisados pela doutrina mais autorizada e foram, em linhas gerais, enfocados de maneira mais ampla e atual. Limitar-nos-emos, portanto, a fazer uma correlação destes com a definitividade, com o sentido que aqui empregamos o termo, de forma a demonstrar que da junção destes três princípios emana, de forma incontestável, tal atributo da interpretação e aplicação do direito feita pelos órgãos do Poder Judiciário, caracterizando, assim, a função jurisdicional.

Com efeito, não poderíamos pretender que a função jurisdicional constituísse um pronunciamento definitivo, ou seja, na interpretação e aplicação do direito com caráter de definitividade, se tal função não fosse acessível. E aqui sequer pretendemos invocar uma definição ampla do acesso à justiça, com os contornos que se pode extrair de sua moderna e correta concepção, sendo suficiente – pelo menos para fins de percebermos sua imprescindibilidade como condição da definitividade – uma concepção simplista, vinculada à acessibilidade do sistema a todos os cidadãos, independentemente de serem alcançados os resultados socialmente justos que hodiernamente compõem a noção de acesso à justiça³⁰⁹.

Já o sistema anglo-americano, a que se filia o nosso, atribui toda função jurisdicional, qualquer que seja a espécie da lide, mesmo a decorrente de atividade da Administração, salvo raras exceções, ao Poder Judiciário. Os Tribunais Administrativos, que acaso existam nos países que adotam semelhante sistema, não proferem decisões conclusivas e definitivas. É o chamado sistema da jurisdição uma”. (WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e Mandado de Segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 24).

³⁰⁹ Para Cappelletti, “a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas

Ora, afirmar ser próprio da função jurisdicional interpretar e aplicar o direito de forma definitiva sem que, efetivamente, se tenha acesso a tal atividade, seria inócuo e vazio, já que teríamos que considerar como definitivo o pronunciamento feito em etapa antecedente, onde o direito fora interpretado e aplicado sem pretensão de definitividade, mas que, pelo fato de os interessados não terem acesso a um novo pronunciamento, adquiriu tal atributo.

Assim, o acesso à Justiça, mesmo em uma visão estreita e ainda que considerado apenas como a possibilidade de obtenção de um pronunciamento dos órgãos do Poder Judiciário, é condição para que se possa pretender que a interpretação e aplicação do direito a ser feita por tais órgãos tenha o atributo da definitividade, sendo este o primeiro dos elementos a compor tal atributo.

Sob este aspecto, até certo ponto formal, o acesso à justiça se reforça e se torna pleno pela *inafastabilidade da função jurisdicional* que, no Brasil, se consagra na fórmula “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, insculpida no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal³¹⁰.

Com efeito, sendo inafastável a prerrogativa do Judiciário de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, ou seja, sua função de interpretar e aplicar o direito, resta consagrado – pelo menos no aspecto formal – o acesso à justiça, ao mesmo tempo em que torna sempre possível, independentemente de qualquer outra interpretação e aplicação jurídica anterior, um pronunciamento subsequente e final

podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema dever ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 8). Cf. também, mais focado na realidade brasileira, ROCHA, Cesar Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³¹⁰ O acesso à justiça e a *inafastabilidade da função jurisdicional* se encontram igualmente consagrados em diversos ordenamentos constitucionais e em fórmulas variadas como, por exemplo, na Constituição da Alemanha, que assegura o direito de petição ao proclamar que “todos terão o direito de apresentar, individual ou coletivamente, petições ou reclamações escritas às autoridades competentes” (art. 17) e que “quem tiver seus direitos lesados pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial” (art. 19); ou na Constituição Espanhola que em seu artigo 9 proclama o princípio da “seguridad jurídica” e no artigo 24 decreta que “todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses”. Da mesma forma, a Constituição italiana declara que “todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos” (art. 24), e a Constituição portuguesa preceitua que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos” (art. 20). ALEMANHA. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. 23 mai. 1949. Disponível em: <<http://brasilia.diplo.de/vertretung/brasilia/pt/Startseit.html>>. Último acesso em: 8 set. 2009. ESPANHA. Constitución Española. 6 dez. 1978. Disponível em: <www.gva.es>. Último acesso em: 8 set. 2009. ITÁLIA. Constituição da República Italiana. 1 jan. 1948. Disponível em: <http://www.ecco.com.br/cidadania/const_italiana.asp>. Último acesso em: 8 set. 2009.

dos órgãos judiciários. É conferido, ao pronunciamento jurisdicional, o caráter de definitividade, de *última palavra*.

Não significa isto, salienta-se, a impossibilidade de haver interpretações ou aplicações do direito em outras instâncias ou esferas, enfim, de haver “julgamentos” por outros órgãos; significa apenas que somente aqueles que decorrerem dos órgãos do Poder Judiciário guardarão, quanto à interpretação e aplicação do direito, o caráter de definitividade³¹¹.

Precisa é a lição de Grimm, quando afirma que

embora a aplicação do direito não ocorra apenas diante do tribunal, mas em todo lugar no qual uma conduta seja orientada por exigências legais ou examinada por suas conseqüências jurídicas, a aplicação do direito culmina na jurisdição³¹²,

tendo em vista que “os tribunais certificam, em uma situação de conflito com o condão da obrigatoriedade de última instância, o que uma norma significa e exige no caso concreto”³¹³.

De forma mais direta ainda, bem observa Medina que “poderá haver órgãos administrativos com função de julgamento”³¹⁴, mas que, entretanto, “as decisões desses órgãos, no que dizem respeito a matéria de legalidade e no que importem lesão ou ameaça a direitos individuais comportarão sempre revisão pelo juiz ou tribunal competente”³¹⁵.

Daí a sua conclusão, ao analisar o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, que “apenas as decisões emanadas de órgãos do Judiciário são

³¹¹ Evidentemente, aqui se faz uma afirmativa geral e que tem por foco o ordenamento brasileiro, em que a função jurisdicional e, portanto, o caráter de definitividade, é inerente aos órgãos que compõem a estrutura do Judiciário, não sendo aplicável aos ordenamentos que admitem a chamada jurisdição administrativa, em que se encerram as demandas desta natureza. Onde há verdadeira jurisdição administrativa e, portanto, o caráter de definitividade é inerente aos pronunciamentos de seus órgãos, tal assertiva não é aplicável somente aos órgãos do Poder Judiciário, mas a todos que exerçam a Jurisdição, tenham estes caráter judicial ou administrativo.

³¹² GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*, p. 13.

³¹³ *Ibidem*, p. 13.

³¹⁴ Exemplifica Medina com os Tribunais de Contas, o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes ou as Juntas de Recursos de infração de trânsito. Especificamente em relação ao primeiro – Tribunais de Contas –, seria necessário um exame mais aprofundado do conteúdo e alcance da função que exerce e, inclusive, de sua configuração como função de Estado autônoma e independente, sobretudo em face do perfil que lhe impôs a Constituição brasileira, o que, entretanto, não é tema comportado no presente trabalho.

³¹⁵ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*, p. 45.

suscetíveis de fazer coisa julgada³¹⁶ ou, em outras palavras, que somente estas poderiam alcançar a imutabilidade.

Aqui já se avança sobre o terceiro elemento desta tríade principiológica, da qual emana o atributo da definitividade que procuramos identificar na interpretação e aplicação do direito pelos órgãos encarregados da função jurisdicional, e que se traduz na segurança das decisões judiciais, entendida aqui como aquele grau – maior ou menor – de imutabilidade, ou, para usar a expressão de Dinamarco, de *imunização dos efeitos dos atos realizados*³¹⁷.

Desnecessário, para efeito do que aqui pretendemos, trazer à baila um exame rigoroso dos institutos que levam à segurança jurídica ou, mais particularmente, à segurança das decisões judiciais, tendo em vista que, para demonstrarmos o atributo da definitividade, tal qual aqui concebido e de forma suficiente a nortear e caracterizar os pronunciamentos jurisdicionais, não se faz necessário buscar a segurança dos atos jurisdicionais na imutabilidade em seu grau máximo – que se tem denominado *coisa julgada material* – mas apenas em grau que os torne impassíveis de desautorização ou de sobreposição por qualquer outra esfera de decisão.

Assim, de menor importância é o fato de o pronunciamento jurisdicional gerar ou não uma decisão absolutamente imutável e fazer, por assim dizer, *coisa julgada em sentido material*, bastando-nos, para efeito de persecução da chamada definitividade, no sentido em que aqui empregamos o termo, a constatação de que os provimentos jurisdicionais estão seguros, uma vez que a interpretação e aplicação do direito ali consubstanciadas são feitas como última instância de decisão, sem a possibilidade de um pronunciamento não jurisdicional subsequente lhe desautorizar.

Em outras palavras, é suficiente evidenciar que a interpretação e aplicação do direito – feitas pelo órgão integrante do Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional – estão dotadas de segurança por serem insuscetíveis de sobreposição por pronunciamento não jurisdicional, ainda que não sejam imutáveis em sentido rigorosamente técnico³¹⁸.

³¹⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*, p. 45.

³¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 119.

³¹⁸ Não estamos desconsiderando, portanto, a possibilidade de que uma decisão venha ser confirmada ou reformada pelo órgão judiciário recursal, ou seja, que venha a ser objeto de uma impugnação recursal, com ou sem êxito, o que é inerente a todo sistema judiciário e, inclusive,

Dinamarco, por exemplo, igualmente considerando – pelo menos em princípio – a definitividade como elemento da jurisdição, também enxerga diversos graus de imunização dos pronunciamentos jurisdicionais, de forma que contempla a *coisa julgada* apenas como o *mais elevado grau de imunidade* da decisão, sem desprezar outros graus menos intensos, presentes em outros atos decorrentes do exercício da função jurisdicional³¹⁹.

Ensina Dinamarco:

Das funções realizadas pelo Estado é a jurisdição a única dotada do predicado de definitividade, caracterizado pela imunização dos efeitos dos atos realizados.

(...)

Os atos dos demais Poderes do Estado podem ser revistos pelos juízes no exercício da jurisdição, mas o contrário é absolutamente inadmissível.

O mais elevado grau de imunidade a futuros questionamentos, outorgado pela ordem jurídica, é a autoridade da coisa julgada material, que se restringe às sentenças de mérito.

(...)

É menos intensa a imunização que a ordem jurídica outorga aos demais atos de exercício da jurisdição. (...) Mas, por menor que seja a intensidade do grau de imunidade concedido a um ato jurisdicional, sempre é exclusivamente o Poder Judiciário quem poderá neutralizá-lo, ou desconstituí-lo³²⁰.

A segurança das decisões judiciais, portanto, a que nos referimos, pode ser buscada nessa imutabilidade, nessa *imunização* das decisões judiciais, em maior ou menor grau, desde que represente, pelo menos, uma supremacia sobre atos não jurisdicionais e de forma que, sem desconsiderar os diversos meios e formas pelos quais um ato jurisdicional pode ser revisto, reformado ou desconstituído, sempre pela via jurisdicional, não retire do ato jurisdicional sua configuração de *última palavra* de direito, de palavra final no que diz respeito à interpretação e aplicação do direito, de modo que este se encontre seguro e imunizado pelo menos contra pronunciamentos não jurisdicionais.

assegurado por outros princípios, como o do duplo grau de jurisdição, nem que venha a ser desconstituída na forma legalmente possível. Evidentemente, quando se fala da interpretação e aplicação do Direito em caráter de definitividade, não estamos nos referindo a uma decisão judicial isoladamente considerada, mas ao pronunciamento dos órgãos do Poder Judiciário como um todo e de acordo com os seus mecanismos e possibilidades revisionais.

³¹⁹ Deve-se registrar que Dinamarco, não obstante assim considere no texto principal de seu livro, termina, em complementação ao texto principal, migrando desta noção ampla de definitividade para uma noção de *imunidade*.

³²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 119-120.

A segurança das decisões judiciais possibilita inclusive que se alcance a imutabilidade decorrente da *coisa julgada material*, mas não está necessariamente a esta vinculada sob este ângulo, o que bem evidencia e reforça o caráter de definitividade, o qual já emanava da possibilidade do acesso à justiça e da inafastabilidade da função jurisdicional.

Estes três princípios, portanto – acesso à justiça, inafastabilidade da função jurisdicional e segurança das decisões judiciais – devidamente entendidos e integrados constroem uma nítida percepção de que a interpretação e aplicação do direito, pelos órgãos do Poder Judiciário e no exercício da função jurisdicional, se dão com o atributo da definitividade – entendida aqui como a *última palavra*, o pronunciamento definitivo, a instância final não passível de sobreposição por qualquer outra esfera de decisão – e é nisto, inclusive, que se diferenciam, em essência, de igual atividade que possa ser exercida por outros órgãos, especialmente pelos integrantes do Poder Executivo.

O caráter de definitividade, portanto, como atributo da interpretação e aplicação do direito, é traço marcante e distintivo da função jurisdicional, pelo que, somado à conflituosidade e especificidade da situação sobre a qual se interpreta e aplica o direito, nos permite chegar a uma **definição mínima da função jurisdicional**, de inspiração constitucional, como sendo **a função de interpretar e aplicar o direito a partir de uma situação conflituosa específica e com o atributo da definitividade**.

4.5 ATRIBUIÇÕES JUDICIÁRIAS

Já ficou bem explicitado, em tópicos anteriores, a distinção entre função e atribuição e a constatação de que, além da função precípua normalmente atribuída a cada um dos Poderes do Estado, também lhe são conferidas atribuições, as quais se destinam ora a garantir a sua própria independência e, em consequência, preservar a possibilidade de adequado desempenho de sua função, ora a limitar os demais Poderes na busca da harmonia e do equilíbrio entre todos.

Cabe-nos, agora, tecer algumas considerações sobre as atribuições conferidas especificamente aos órgãos do Poder Judiciário, as chamadas

atribuições judiciárias, que são exatamente aquelas que, não constituindo função precípua desta estrutura orgânica, ou seja, não constituindo a função jurisdicional propriamente dita, se destinam a garantir a própria independência do Poder Judiciário ou a limitar os demais Poderes, inserindo-o no contexto da pretendida harmonia e equilíbrio com os demais.

Advertimos, desde já, que tais mecanismos garantidores de independência e equilíbrio, além dos formatos com os quais se apresentam, são tão diversos e variados quanto o são os arranjos institucionais que se podem contemplar entre os ordenamentos constitucionais, razão pela qual se impõe a observação de tais atribuições tendo como referência um ordenamento específico, sem prejuízo de considerações e comparações com outros ordenamentos. Por esta razão, e por motivos óbvios, focaremos nossa observação no ordenamento constitucional brasileiro.

A primeira grande ordem de atribuições é, pois, a que se traduz em mecanismos de garantia da independência do Poder Judiciário.

Na Constituição brasileira, tais atribuições aparecem na forma das chamadas *garantias institucionais* do Poder Judiciário, consubstanciadas na *autonomia administrativa e financeira* proclamada no artigo 99 do texto constitucional³²¹.

A autonomia administrativa, o chamado autogoverno ou autoadministração do Judiciário, se manifesta de duas formas: por meio do poder de se organizar (autonomia organizacional) e do de dispor sobre o seu próprio funcionamento (autonomia funcional).

No primeiro caso – autonomia organizacional –, tais atribuições estão principalmente concentradas no artigo 96, II, da Constituição Federal, e são basicamente as referentes à organização do Poder pelos chamados órgãos de cúpula – Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça – como, por exemplo, a criação e extinção de cargos, a fixação remuneratória e, principalmente, a divisão e organização judiciárias.

Tais atribuições, entretanto, dizem respeito apenas à iniciativa legislativa para organizar o Poder, não existindo autonomia em termos absolutos, o que

³²¹ Artigo 99 da Constituição brasileira, *in verbis*: “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

significa dizer, no contexto da ideia geral que norteia o presente trabalho, que não há uma função legislativa exercida pelo Poder Judiciário, mas apenas uma atribuição específica em nome da independência do Poder, ainda que tal constitua uma parcela da função de legislar, ou seja, na iniciativa legislativa.

Trata-se de uma atribuição de natureza legislativa – é verdade – mas, tal atividade carece, principalmente, do que chamamos de inteireza funcional e se encontra desprovida daquele *plus* que poderia caracterizá-la como função, fazendo-a ultrapassar a barreira da mera atribuição.

Não se poderia dizer, portanto, em absoluto, que se estaria atribuindo ao Judiciário a função de legislar, mas tão somente uma atribuição legislativa destinada a lhe garantir a autonomia e independência.

No segundo caso – autonomia funcional – as atribuições emanam do artigo 96, I, da Constituição Federal, sendo conferidas a todos os tribunais indistintamente, e correspondem basicamente à prerrogativa de regular o funcionamento de seus órgãos, já legalmente organizados. As atribuições são as mais variadas e vão desde a eleição dos órgãos diretivos até o provimento dos cargos, passando pela elaboração dos diplomas regimentais. De tais atribuições se pode extrair uma característica bem nítida, que é o seu âmbito interno, voltado especificamente para o funcionamento dos próprios órgão do Poder, donde se exsurge o fato de dispensarem elaboração legislativa e se instrumentalizarem através de atos normativos internos.

Aqui, impõe-se a observação de que, ao contrário daquilo que com certa frequência se sustenta, também não se trata de uma função – administrativa ou legislativa –, mas de uma mera atribuição e, muito mais, de uma atribuição de caráter estritamente funcional. Mesmo no caso mais extremo, de elaboração do regimento interno – o mais emblemático e tradicionalmente citado exemplo de função legislativa exercida pelo Judiciário –, não se trata, em essência, de um ato legislativo em seu sentido próprio, tendo em vista que não é, em absoluto, uma manifestação da função legislativa estatal.

Com efeito, a função legislativa como manifestação do Poder estatal não pode ter conotação estritamente interna nem vinculação especificamente adstrita a um modo de atuar, a uma maneira de funcionar. A função legislativa, exatamente por ser uma manifestação do poder estatal e, portanto, ter a finalidade direta de

obtenção dos fins estatais, reclama uma abrangência mais ampla e não pode se limitar a este caráter estritamente interno e funcional.

Estabelecer, por exemplo, que uma sessão de determinado tribunal se iniciará em determinada hora, que determinadas matérias serão apreciadas em sessões específicas ou, ainda, que os processos serão julgados em certa ordem estabelecida, desde que não tenham a função de criar direitos subjetivos³²², mas apenas de ordenar o funcionamento de determinado órgão, ainda que se faça sob o formato de um diploma legislativo, não pode ser considerado manifestação da função legislativa do Estado.

Desta forma, um regimento interno somente em aparência se assemelha a um ato legislativo, mas com este não se confunde em essência, já que não abandona o seu caráter interno e estritamente funcional, nem objetiva diretamente o alcance dos fins estatais.

Aliás, uma das características dos diplomas regimentais é não estabelecer nenhuma “norma” que não possa ser substituída, com os mesmos efeitos, por outro ato também interno ou mesmo por praxe. Assim, por exemplo, e para manter a exemplificação anterior, a hora de início de sessões ou audiências pode estar estabelecida no regimento interno ou, ao contrário, pode constituir mera praxe, como de costume ocorre com as audiências realizadas em primeira instância. Também o estabelecimento de que determinadas sessões dos tribunais tratarão especificamente de determinadas matérias pode muito bem ser objeto do próprio ato de convocação da sessão, como muito comumente ocorre com as sessões administrativas extraordinárias, assim como a ordem de julgamento dos processos pode ser uma mera repetição de práticas anteriores ou objeto de deliberações não necessariamente expressas em um diploma normativo.

Por este caráter, portanto, interno e voltado especificamente para o funcionamento do órgão, sem perseguir diretamente os fins do Estado propriamente ditos, é que se diferencia um diploma regimental de um ato essencialmente legislativo, não obstante a semelhança aparente e formal entre os mesmos.

³²² É possível que de alguns atos, elaborados a pretexto de regularem o funcionamento de determinado órgão, emanem direitos subjetivos, constituindo-se em verdadeiras regras processuais, pelo que deixam de ser meros atos regulamentares de natureza funcional para se constituírem em verdadeiros atos legislativos, merecendo uma apreciação mais específica, inclusive quanto à sua constitucionalidade, caso esteja consubstanciado em diploma interno.

De grande utilidade, ainda, na distinção que se observa, é a diferenciação que faz Grau entre função normativa, enquanto gênero, e suas respectivas espécies que, na sua visão, são a função legislativa, a função regulamentar e a função regimental, pelo que conclui que

quando o Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente –, não o fazem no exercício de função legislativa, mas sim no desenvolvimento de função normativa³²³.

De qualquer forma, tais prerrogativas institucionais constituem atribuições – e não funções – que objetivam dotar o Poder Judiciário de autonomia funcional, modalidade de autonomia administrativa assecuratória da independência do mesmo.

A outra garantia institucional que também objetiva assegurar a independência do Poder Judiciário é a autonomia financeira, que, a rigor, se resume na elaboração da proposta orçamentária a ser objeto de lei (art. 99, da Constituição Federal), na previsão de verbas próprias específicas (art. 98, § 2º, do mesmo diploma legal) e na execução orçamentária (art. 99, § 5º, do mesmo diploma legal).

Igualmente, aqui não estamos conferindo ao Poder Judiciário nenhuma função específica que se possa conceber como função legislativa ou executiva, mas apenas atribuições – ainda que a título de iniciativa legislativa ou como atividade de cunho administrativo – com o fim de lhe garantir a proclamada independência.

Assim, as garantias institucionais, consubstanciadas na autonomia administrativa e financeira, se apresentam sob a forma de atribuições judiciárias – e não como funções no sentido aqui já explicitado –, constituindo na primeira grande ordem de atribuições que pudemos identificar na Constituição brasileira, e se traduzindo em mecanismos de garantia da independência do Poder Judiciário.

Aqui se faz necessário o registro de que tais atribuições, no ordenamento constitucional brasileiro, ganham uma abrangência ímpar e praticamente inigualável se comparadas aos demais ordenamentos, já que, de maneira geral, não se percebem nestes, de forma tão nítida, tão amplas garantias institucionais de independência do Poder Judiciário em si, não obstante as largas garantias de independência normalmente conferidas aos magistrados.

Não é pouco comum, entre os ordenamentos estrangeiros, que a organização e o funcionamento dos órgãos judiciários estejam a cargo do Poder

³²³ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 248.

Executivo e, mais especificamente, do comumente chamado Ministério da Justiça, de tal forma que as atribuições do Poder Judiciário, neste terreno, são frequentemente diminutas.

Salientamos, entretanto, que se verifica atualmente uma tendência a uma crescente consolidação da independência judiciária, de conotação institucional, ou seja, da própria instituição judiciária, para além da independência individual dos magistrados, particularmente nos ordenamentos constitucionais europeus e normalmente por meio dos chamados Conselhos da Magistratura que, ainda que não necessariamente de forma exclusiva e não essencialmente constituindo um órgão de composição interna do Judiciário, passam a ter, de forma crescente, atribuições que apontam para esta finalidade específica³²⁴.

Na Constituição da Itália, por exemplo, o *Consiglio Superiore della Magistratura* tem as atribuições de admitir, nomear, transferir, promover e adotar medidas disciplinares em relação aos magistrados (art. 105), além de outras atribuições de conotação funcional e administrativa, ainda que também ao Ministério da Justiça, e sem prejuízo destas atribuições, caiba, genericamente, “a organização e o funcionamento dos serviços relativos à Justiça” (art. 110). A sua composição, entretanto, não aponta para que se possa tê-lo como um órgão exclusivamente do Poder Judiciário, tendo em vista que aproximadamente um terço de seus membros são estranhos aos quadros da instituição, que é, inclusive, presidida pelo Presidente da República (art. 104)³²⁵.

Já na Constituição da Espanha o *Consejo General del Poder Judicial* é expressamente definido como órgão de governo do Poder Judiciário, o que aponta para as atribuições que tal órgão detém no sentido da independência institucional. A

³²⁴ Aqui vale o registro de que houve diferença significativa quanto ao recebimento, pelos magistrados, da instituição destes Conselhos na Europa, normalmente na segunda metade do século passado, e no Brasil, por meio da Emenda Constitucional n. 45, país onde o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi inicialmente recepcionado com fortes reservas, o que pode ser explicado pelo fato de que, no continente europeu, tais órgãos significaram, de forma visível, a ampliação da independência do Judiciário no momento em que se definiu como atribuição dos mesmos o que anteriormente constituía tarefa exclusiva do Executivo, ao passo que no Brasil a criação de um órgão de administração superior do Judiciário, como o CNJ, foi enxergada por alguns como deslocamento da competência dos tribunais para um órgão “externo”, tanto que tal criação foi precedida por uma discussão costumeiramente inserida na temática “Controle Externo do Judiciário”. Tal percepção, entretanto, a nosso ver, era equivocada, o que, aliás, se demonstrou com sua efetiva atuação. De qualquer forma, cf. manifestação anterior à instituição do CNJ de nossa autoria. PINTO, Guilherme Newton do Monte. Controle Externo: um tabu a ser vencido. *Revista Letras Jurídicas*, ano 41, n. 1, novembro de 2003, p. 58-60.

³²⁵ ITÁLIA. Constituição da República Italiana. 1 jan. 1948. Disponível em: <http://www.ecco.com.br/cidadania/const_italiana.asp>. Último acesso em: 8 set. 2009.

sua composição, entretanto, de forma ainda mais alargada que a do Conselho italiano, é formada por pessoas externas aos quadros do Poder Judiciário (art. 122)³²⁶. Igual situação pode ser constatada em relação ao Conselho Superior da Magistratura de Portugal (art. 218)³²⁷.

Aqui vale ressaltar a observação de Afonso que, não obstante contemple os chamados Conselhos Superiores da Magistratura como instrumentos de tutela da independência do Poder Judiciário e de seus membros, adverte que “nem todos os órgãos de governo da magistratura são Conselhos Superiores da Magistratura, em sentido próprio (com este ou outro nome)”, já que “nem todos constituem governo autônomo do Poder Judicial e a existência de tais órgãos não confere, só por si, garantia de independência”. Para o mesmo, “um órgão maioritariamente constituído por pessoas externas à magistratura tornar-se-á, sobretudo em situações de crise, um braço secular dos poderes legítimos ou ilegítimos que hoje controlam as sociedades contemporâneas”³²⁸.

A despeito de possível exame sobre a feição interna ou não de tais órgãos, especialmente em face de sua composição, o certo é que, já a nível constitucional, é possível identificar algumas destas atribuições, as quais, pelo menos sob um aspecto formal, são conferidas aos órgãos do Poder Judiciário e, de maneira mais acentuada, aos chamados Conselhos de Magistratura³²⁹, de tal forma que concluímos que, tanto nesses países como em outros, e ainda que não com a largueza que se verifica na Constituição brasileira, ao Poder Judiciário são conferidas atribuições diversas de sua função precípua, que se destinam à garantia de sua independência em relação aos demais Poderes do Estado.

No que diz respeito à segunda grande ordem de atribuições, que em teoria havíamos genericamente identificado, por ocasião do exame conjunto dos Poderes do Estado, como aquela que se constituía em mecanismos de limitação entre os Poderes, faz-se necessário reconhecer que tal ordem de atribuições não está tão presente na Constituição brasileira – a exemplo do que ocorre na maioria das

³²⁶ ESPANHA. Constitución Española. 6 dez. 1978. Disponível em: <www.gva.es>. Último acesso em: 8 set. 2009.

³²⁷ MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

³²⁸ AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial: independência in dependência*, p. 96.

³²⁹ No Brasil, tais atribuições são conferidas, de uma forma geral, aos diversos tribunais. Somente recentemente é que se pôde atribuir algumas dessas competências ao Conselho Nacional de Justiça que, entretanto, ainda não foi concebido como um órgão central e exclusivo de administração do Poder Judiciário.

Constituições – no que tange ao Poder Judiciário, ainda que visivelmente conste em relação aos demais Poderes, inclusive no que se refere às atribuições limitadoras que estes exercem sobre o Judiciário.

Com efeito, como antes já acentuado, tal ordem de atribuições se manifesta, em geral, sob duas formas: como mecanismos de intervenção de um Poder na composição de outro e como desempenho parcial de alguma das funções precípua estabelecidas para outros Poderes.

No primeiro caso, dificilmente poderíamos contemplar uma forma de intervenção do Poder Judiciário na composição dos outros Poderes, até porque, em regra, têm estes uma composição que decorre direta ou indiretamente de processo eleitoral. Assim, por exemplo, os membros do Congresso Nacional e os titulares do Executivo são diretamente eleitos pelo corpo eleitoral, pelo que descabe qualquer forma de intervenção do Poder Judiciário na composição de tais órgãos³³⁰.

Já em sentido contrário, ou seja, em relação à composição dos órgãos do Poder Judiciário – de caráter não eletivo –, é possível e efetivamente ocorre a intervenção dos demais Poderes como, por exemplo, na nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e na aprovação desta mesma nomeação pelo Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da Constituição brasileira), o que, em regra, ocorre em todos os demais tribunais superiores, com exceção parcial do Tribunal Superior Eleitoral.

No que diz respeito ao exercício parcial de alguma das funções precípua estabelecidas para os demais Poderes com objetivo de limitá-los e de alcançar uma maior harmonia e equilíbrio, também não se confere, ao Judiciário brasileiro, atribuições desta ordem, pelo menos com esta finalidade preponderante.

Com efeito, não se contempla no texto constitucional – em relação ao Poder Judiciário – o que se contempla, por exemplo, em relação ao Executivo, que, notadamente, detém a prerrogativa de ampla iniciativa legislativa e de veto em relação à função legislativa.

Verdade é que o Judiciário tem a iniciativa legislativa no que diz respeito à sua organização e orçamento, mas isso ocorre, diferentemente do Executivo,

³³⁰ Mesmo em países que adotam o sistema parlamentarista, o Governo se traduz em uma escolha indiretamente feita pelo corpo eleitoral no momento em que respeita a maioria parlamentar que, por sua vez, se faz por meio de processo eleitoral direto. Também é assim que ocorre em países presidencialistas nos quais a eleição dos titulares do Executivo ocorre de forma indireta, por meio dos chamados colégios eleitorais, como é o caso dos Estados Unidos.

somente nestes âmbitos restritos e não de forma geral. Enquanto o Poder Executivo tem a atribuição de iniciar o processo legislativo e de vetar as leis elaboradas de forma ampla e geral, ao Poder Judiciário compete tão somente a iniciativa específica naquilo que diz respeito à sua organização e à sua proposta orçamentária e, mesmo assim, sem qualquer direito a veto, pelo que se evidencia que a finalidade precípua de tais atribuições não é a de obtenção do equilíbrio, mas a de preservação da independência do Poder Judiciário, razão pela qual estas já foram analisadas quando do exame das atribuições com este fim específico.

Não há, pois, na Constituição brasileira, pelo menos de forma significativa e preponderante, atribuições judiciárias destinadas à limitação dos demais Poderes, não obstante a existência de tal ordem de atribuições dos demais Poderes em relação ao Judiciário.

Não significa isto, entretanto, que o Poder Judiciário não se insira no contexto do equilíbrio entre os Poderes nem mesmo que somente se insira em uma forma passiva.

Na verdade, encontra-se implícito na própria função jurisdicional – e mais acentuadamente na chamada Jurisdição Constitucional, que, como examinada anteriormente, preferimos considerar integrante da definição de função jurisdicional – o controle jurisdicional dos atos dos demais Poderes, sejam de índole administrativa ou legislativa, sendo este, por excelência, um mecanismo do controle das demais funções pelo Poder Judiciário e, em consequência, de inclusão deste no contexto da harmonia e equilíbrio entre os Poderes.

Por esta razão, desnecessário seria conferir ao Poder Judiciário outras atribuições com esta mesma finalidade, sendo suficientes as atribuições que têm por fim a garantia da independência do Poder para o exercício de sua função e que, efetivamente e até de forma um tanto alargada, lhe foram conferidas.

São estas, portanto, as atribuições conferidas ao Poder Judiciário pela Constituição brasileira.

4.6 A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM UMA VISÃO PANORÂMICA: DO APOGEU INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO À CRISE FUNCIONAL E POLÍTICA

4.6.1 O Apogeu Institucional do Judiciário

Facilmente perceptível, ainda que em rápido exame que se faça das primeiras teorias que contemplavam a Separação de Poderes, é o papel, de certa forma secundário, que se dava ao Poder Judiciário, em especial no âmbito do equilíbrio político com os demais Poderes.

Com efeito, não se pode falar em equilíbrio entre os Poderes na Teoria de Separação de Locke, tendo em vista que, como já examinado, o autor de *Dois Tratados sobre o Governo* não contemplava tal dimensão política em seu pensamento. O mesmo se diz em relação ao *Contrato Social* de Rousseau, que, tal como Locke, partia da premissa de absoluta supremacia do Legislativo.

Mas mesmo em Montesquieu, para quem a Separação de Poderes deve ser contemplada de forma quadridimensional, há uma preocupação preponderante em se buscar o equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo, sendo o Judiciário – até certo ponto – tangenciado no que diz respeito ao equilíbrio político. Com efeito, para o autor de *O Espírito das Leis* os juízes não seriam “mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor” e, portanto, “dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo”³³¹.

Tal concepção, pela qual o Poder Judiciário era distinguido e separado dos demais Poderes, mas, ao mesmo tempo, não se inseria completamente no jogo de equilíbrio político que norteava o relacionamento entre os mesmos, perdurou até certo tempo, principalmente quando o postulado da Separação de Poderes era compreendido sob influência da interpretação advinda dos debates que se travaram em torno da Assembleia francesa de 1789, a qual contemplava uma separação rígida que privilegiava a supremacia do Legislativo.

A partir do momento em que se compreendeu a Separação dos Poderes sob uma ótica equilibrante e que se pretendeu efetivamente a busca do equilíbrio entre

³³¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 172 e 169.

todos os Poderes do Estado – e isto ocorreu especialmente sob influência do debate em torno da Constituição norte-americana –, mas, principalmente, a partir da consolidação do *judicial review*, o Poder Judiciário se inseriu definitivamente no contexto do equilíbrio entre os Poderes, em paridade com o Executivo e o Legislativo.

Aliás, falando do papel do *judicial review* na inserção do Judiciário no jogo equilibrante entre os Poderes, Piçarra explicita a opinião de que

o outro desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação dos poderes consiste na integração do poder judicial no processo equilibrante entre os órgãos estaduais, processo este que, de acordo com o esquema da balança dos poderes, apenas englobava até então o poder legislativo e o poder executivo³³².

Com efeito, a possibilidade de controle de constitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário afasta inapelavelmente a conformação deste Poder aos contornos restritos de um simples órgão de aplicação mecânica da lei, de sua percepção como mera *boca que pronuncia as palavras da lei*. Há, efetivamente, uma participação ativa do Judiciário, quando do exercício de sua função jurisdicional de índole constitucional no jogo de equilíbrio entre os Poderes do Estado.

O Poder Judiciário, pois, ao deixar sua posição de “Poder” subalterno e abandonar um ambiente de neutralidade política, assumindo de forma efetiva sua posição de paridade institucional e se instalando no contexto de equilíbrio entre os Poderes do Estado, ou seja, assumindo a sua feição de Poder Político, dá o primeiro e decisivo passo para chegar ao seu apogeu institucional.

Tal situação consolida-se quando este mesmo Poder, já contextualizado em um ambiente institucionalmente equilibrado, é chamado a exercer, de forma mais efetiva e ativa, um papel de contornos mais políticos. A própria prática da Jurisdição Constitucional já traz implícita esta feição política, mas foram o reconhecimento, a aceitação e a adoção de certa politização da função jurisdicional que consolidaram esta postura política da instituição judiciária.

No que diz respeito à Jurisdição Constitucional e à sua decisiva influência para a aproximação do Judiciário de uma atuação de contornos mais políticos, basta a observação de Grimm relativa ao fato de esta específica forma de jurisdição constituir um caso especial, tendo em vista que

³³² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 202.

embora ela também seja institucionalmente parte do poder judiciário e, como este, protegida constitucionalmente contra influência política, devido a seu objeto de regulamentação e seu critério de decisão, ela se encontra muito mais perto da política do que os demais³³³,

acentuando que “a diferença decisiva reside em que o objeto de regulamentação da Constituição e, assim, o objeto de controle do tribunal constitucional consiste na própria política, incluindo a legislação”, pelo que conclui que “a jurisdição constitucional opera na interface de legislação e aplicação do direito, direito e política”³³⁴.

Parece-nos incontestável a observação do renomado magistrado alemão, pelo que fica, desde já e para uma melhor e imprescindível observação posterior, a sua advertência de que “aí reside um perigo não insignificante de decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça”³³⁵. Por ora, fiquemos apenas com a constatação da influência da Jurisdição Constitucional sobre uma efetiva aproximação do Poder Judiciário a um ambiente de contornos mais acentuadamente políticos.

Quanto à politização da função jurisdicional, entretanto, e para que não se recaia em costumeiras incompreensões, fazem-se necessárias algumas observações adicionais.

Primeiramente, deve-se acentuar que a chamada politização do Poder Judiciário é, antes de tudo, uma decorrência natural de sua contextualização no âmbito do equilíbrio político dos Poderes do Estado, ou seja, do reconhecimento e aceitação de sua posição institucional de Poder Político do Estado e, por outro lado e de forma mais focada no exercício da função jurisdicional, se traduz muito mais nos níveis elevados de independência e criatividade do juiz e não no rompimento de sua relação com o ordenamento jurídico, sendo, pois, precisa a observação de Campilongo, ao compreender a politização do Judiciário como “expressão de um aumento das possibilidades de escolha e decisão e não de um processo de contestação ou negação da legalidade”, o que fica absolutamente evidenciado quando argumenta que:

³³³ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*, p. 16.

³³⁴ *Ibidem*, p. 16.

³³⁵ *Ibidem*, p. 16.

ainda que a legislação seja vaga, contraditória, passível de várias interpretações ou omissa, o juiz está sempre obrigado a decidir os casos que se lhe apresentam com fundamento no ordenamento jurídico. Ora, esse procedimento ganha uma dimensão política ainda mais importante num contexto em que a Constituição incorpora um extenso elenco de direitos fundamentais. Apesar disso tudo, não é imaginável que o juiz possa decidir à margem de qualquer referência ao sistema jurídico. Da perspectiva do direito, elevadas taxas de independência e criatividade não podem representar a substituição das opções oferecidas pela Constituição por uma orientação qualquer – política, econômica, religiosa, etc. – advinda do ambiente externo ao sistema jurídico³³⁶.

Desta forma, desde que devidamente compreendida, a politização do Poder Judiciário e da *função* jurisdicional não constitui uma negação do caráter essencialmente jurídico da função de interpretar e aplicar o direito nem afasta a separação entre Direito e Política como pressuposto da atuação jurisdicional, persistindo a separação entre o conteúdo político inspirador da criação original das regras de direito abstratas e o caráter jurídico da interpretação e aplicação deste direito a ser feito pelos órgãos jurisdicionais.

Caberia aqui, igualmente, persistir na linha de pensamento de Campilongo para examinarmos a deturpação do que se chama de politização da Justiça, em especial para destacarmos as mais comuns acusações contra o *protagonismo dos juízes*, que o autor identifica como sendo a parcialidade, a contestação à lei e a intromissão em funções que não são suas (pretensão de substituir o político)³³⁷. Isso exigiria, entretanto, uma dilação que não se comporta no presente trabalho, razão pela qual ficamos tão somente com as observações acima postas de Campilongo, as quais já nos levam a uma compreensão adequada do tema posto.

De qualquer forma, o fato de o Poder Judiciário assumir por completo esta dimensão política, seja por sua inclusão no contexto do equilíbrio político entre os Poderes do Estado – situação, como visto, absolutamente vinculada em seu

³³⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 58 e 61.

³³⁷ Sob este aspecto, assim argumenta Campilongo: “a expressão politização da magistratura vem sempre associada a uma dessas três cargas negativas: partidarismo, ilegalidade e ‘suplenza’. Evidentemente, não se pode admitir nenhuma dessas nódoas no sistema Judiciário. Partidariza a jurisdição, submetendo-a à vontade de um grupo político ou ao próprio ‘partido dos juízes’, representa um solapamento do pré-requisito essencial da jurisdição democrática: a imparcialidade. De outra parte, uma magistratura que obedece à praça, à opinião pública ou à sua própria vontade – e não à lei – seria a negação do Constitucionalismo. Por fim, substituir o político pelo juiz seria corromper a forma de operação e reprodução dos sistemas jurídico e político das sociedades complexas, reduzindo drasticamente o espaço da democracia”. *Ibidem*, p. 60.

nascedouro ao controle de constitucionalidade das leis –, seja pela consolidação deste papel político através do que se denomina politização do Judiciário ou da função jurisdicional, correta e adequadamente compreendida – o que significa a renúncia a uma compreensão deturpada que conduziria a um impensável rompimento entre a atividade jurisdicional e o ordenamento jurídico –, representa o abandono do papel secundário que lhe impunha as antigas concepções doutrinárias e sua instalação em uma posição de absoluta e efetiva relevância institucional.

Tal situação – permitimo-nos aqui resumir – tem o exato significado do apogeu institucional do Poder Judiciário.

4.6.2 A Crise Funcional e Política e a Necessidade do Reequilíbrio Político e da Readequação Funcional

O apogeu institucional do Poder Judiciário, com sua posição de paridade e equilíbrio com os demais Poderes do Estado e, em consequência, com atuação jurisdicional compatível com este posicionamento institucional, em que definitivamente o Judiciário se instala em um ambiente político, tal qual anteriormente já definido, não poderia deixar de vir acompanhado de um redimensionamento da percepção que se tem da instituição judiciária, o que, como veremos, findou por conduzir, principalmente a partir do século XX, primeiramente a um descompasso entre a expectativa em torno do exercício desta função e os resultados concretos obtidos, ou seja, a uma inadequação da prestação jurisdicional, o que aqui chamamos de “crise” funcional.

A busca de soluções para tal inadequação, inclusive com a adoção de alternativas nem sempre compatíveis com o próprio equilíbrio político que havia permitido este maior protagonismo judiciário, é que, por outro lado, e na sequência, levou ao que chamamos de “crise” política, a qual se traduz em certo desequilíbrio entre o papel político dos demais Poderes e o papel jurídico dos tribunais.

São estas duas “crises” que constituem o objeto deste tópico, sendo que advertimos, desde já, que não pretendemos fazer um estudo analítico e profundo de tais circunstâncias, mas apenas descritivo e sumário, com o único objetivo de constatar e evidenciar que o contraponto ao apogeu institucional do Poder Judiciário foi uma situação de inadequação da prestação jurisdicional e de desequilíbrio

político, suscetíveis, entretanto, de readequação e de reequilíbrio, respectivamente³³⁸.

De início, deve-se observar que foram muitos os fatores que conduziram ao que aqui se denominou, de forma simplória, “crise” funcional e, pela impossibilidade de se analisar – pelo menos no âmbito restrito do que aqui pretendemos – todos e em suas devidas abrangências, procuraremos identificar os mais importantes ou, pelo menos, aqueles mais lembrados pelos estudiosos do tema.

O certo, entretanto, é que na origem de toda esta problemática está, inegavelmente, este redimensionamento que ocorreu em torno da percepção que se tinha do Poder Judiciário, ou seja, no fato de que se passou a ter uma perspectiva mais abrangente de sua função, uma expectativa mais alargada de suas possibilidades, enfim, passou-se a depositar, nos órgãos encarregados da função jurisdicional, expectativas bem mais amplas do que aquelas tradicionalmente contempladas em sua longa trajetória histórica.

Para nos contermos apenas em dois dos fatores que, na prática, mais contribuíram para o aumento destas expectativas em torno do Judiciário – além, evidentemente, de sua nova contextualização política –, basta citarmos o alargamento do conceito de cidadania para além das fronteiras dos direitos políticos e a descrença de que os demais Poderes do Estado pudessem cumprir as promessas formalizadas nos textos constitucionais – e até legais –, notadamente aquelas de índole social que se inseriam neste novo conceito de cidadania.

³³⁸ Uma análise mais profunda e uma abordagem mais sociológica dos diversos fatores que, de forma simplista, taxamos com o termo, até certo ponto desgastado, “crise”, é possível encontrar, no Brasil, nos estudos de José Eduardo Faria (FARIA, José Eduardo. *Os Desafios do Judiciário*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 46-56, mar./mai. 1994; FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. São Paulo: Mimeo, 1995; FARIA, José Eduardo. *As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais e O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-econômico*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005), Celso Fernandes Campilongo (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30-51; CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000; CAMPILONGO, Celso. *O Judiciário e a Democracia no Brasil*. Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 116-125 mar./mai. 1994), José Reinaldo de Lima Lopes (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário e Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68-93; LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição*. Revista USP. São Paulo: n. 21, p. 22-33, mar./mai. 1994) e Hélcio Ribeiro (RIBEIRO, Helcio. *Justiça e Democracia: Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001).

No que diz respeito ao alargamento do conceito de cidadania, é um processo que se verifica ao longo de toda a história, mas que ganhou impulso decisivo a partir de T. H. Marshall, razão pela qual, em seus ensinamentos, se localiza até hoje a base central da moderna concepção de cidadania. Com efeito, por mais que se procure dar, nos dias atuais, abrangência alargada e significado mais elástico ao conceito de cidadania, a noção que ainda guardamos da mesma não foge de todo da visão de T. H. Marshall, cuja percepção, criticada por uns, acrescida por muitos, transpôs o século XX para se abrigar no pensamento dos que atualmente se deparam com o tema, ainda que como referência inicial para este novo conceito de cidadania³³⁹.

De qualquer forma, a noção que atualmente guardamos de cidadania é, pelo menos, mais alargada do que o seu conceito estritamente político, como presente ainda em algumas Constituições – tal qual a portuguesa – e, de uma forma geral, na doutrina constitucional, razão pela qual reconhecemos razão à Rocha quando observa que não mais pode prevalecer a definição de cidadão

segundo a qual se considera tal apenas aqueles que, dotados de nacionalidade, adquirisse, nos termos do sistema jurídico positivo, as condições para o exercício de determinados direitos políticos³⁴⁰,

pelo que sustenta que a cidadania teve o seu conceito e prática modificados, de forma que

a idéia segundo a qual a cidadania era apenas uma qualidade do membro de determinado Estado, habilitado segundo o seu sistema de direito positivo para o exercício de determinados direitos políticos, não contém mais todo o conteúdo da cidadania que se divulga e se aceita no momento atual³⁴¹.

³³⁹ Ensina-nos Marshall: “pretendo dividir o conceito de cidadania em três partes (...). Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. (...) Por político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. (...) O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”. (MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*, p. 63-64).

³⁴⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 119 e 120.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 119 e 120.

A cidadania, portanto, deixou de poder ser entendida como mero *status* decorrente da vinculação a um Estado nacional, ou seja, como sinônimo de nacionalidade ou, de forma restrita, abrangendo tão somente os direitos políticos. Sendo verdade, como afirma Neves, que “o princípio da igualdade é o núcleo da cidadania”³⁴², o seu conceito, para que fosse atual e conseqüente, passou necessariamente a compreender outros direitos tendentes à obtenção desta igualdade – “novos” ou não – e de caráter principalmente econômico ou social.

Na esteira deste pensamento, o próprio “acesso à justiça” passou a ser tido como um direito fundamental – mais precisamente, e para utilizar o enfoque de Cappelletti, como um direito social fundamental³⁴³ – e, como tal, poderia ser contemplado dentre os que compõem a noção de cidadania. Neste mesmo sentido, por exemplo, são as lições de Santos:

a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais (...) transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores³⁴⁴.

Há, pois, uma inegável ampliação do conceito de cidadania, ao mesmo tempo em que, com a amplitude que passou a ser contemplada, na qual se inseriam também, por exemplo, os direitos econômicos e sociais, se evidenciou uma dificuldade em que os demais Poderes do Estado – Executivo e até mesmo o Legislativo – viessem a realizar plenamente tais direitos, ou seja, que viessem a cumprir as promessas que, neste sentido, estavam insculpidas nos textos constitucionais.

Os olhos dos cidadãos se voltam, pois, para o Poder que, àquela altura, já totalmente inserido no contexto político dos Poderes do Estado e cômico do seu papel também político e de suas responsabilidades também sociais, parecia aos mesmos ser capaz de realizar as promessas formalizadas constitucionalmente ou, pelo menos, de garantir que tais viessem a ser cumpridas, numa espécie de *guardião de promessas*, para usar a expressão consagrada por Garapon³⁴⁵.

³⁴² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*, p. 175.

³⁴³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 9-13.

³⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 167.

³⁴⁵ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Assim, fica perceptível que a ampliação do conceito de cidadania, associada a uma descrença na realização, pelos demais Poderes, das promessas constitucionais referentes aos direitos que se contemplavam dentro deste novo conceito, notadamente os sociais, focou luzes sobre o Judiciário e sobre ele fez recair expectativas inéditas quanto ao cumprimento de sua função, na plenitude que, a partir de então, passou a ser contemplada.

Foram igualmente diversos os sintomas e efeitos desta nova situação em que o Judiciário, deixando de lado sua habitual e já tradicional posição de discrição e até mesmo de obscuridade, assumiu uma posição de protagonismo social e político. Aqui, novamente, impõe-se-nos um procedimento seletivo para aproximar a observação apenas de duas destas situações sintomáticas e dos efeitos por elas produzidos, as quais bem delinearam a prestação jurisdicional, principalmente na segunda metade do século XX: a explosão das demandas judiciais e a mudança do perfil da normatividade estatal e suas repercussões, que não deixam de ser, ambas, um reflexo do que se tem chamado de “judicialização da política”³⁴⁶.

A explosão das demandas judiciais é perceptível em todo o mundo, sendo diversos os estudos que apontam para este fenômeno, e constatável pelo simples exame de dados estatísticos que bem demonstram uma crescente procura pela via judicial, razão pela qual dispensamos uma análise mais detida.

No Brasil, especificamente, acentuou-se tal fenômeno, bem como a sua percepção, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o que não significa que tal procura não estivesse ocorrendo já nos anos anteriores, ainda que sua demonstração seja mitigada pela ausência de estatísticas seguras. De qualquer forma, tem sido um fenômeno de proporções crescentes, conforme pode comprovar um mero registro de distribuição de feitos pelos tribunais, ocasionando, inclusive, uma taxa acentuada de congestionamento de processos judiciais³⁴⁷.

³⁴⁶ O fenômeno que costuma ser denominado “judicialização da política” ou “judicialização dos conflitos políticos” é ricamente examinado pelo professor Hécio Ribeiro, inclusive as suas habituais consequências, que o define como a “rediscussão de três problemas relativos ao funcionamento dos Tribunais: sua legitimidade, capacidade e independência”. (RIBEIRO, Hécio. *Justiça e Democracia: Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura*, p. 47). Cf. também, a respeito, SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Lisboa: Afrontamento, 2007.

³⁴⁷ A respeito, mais recentemente tem sido de grande utilidade a consulta dos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça, assim como do relatório “Justiça em números”. Disponíveis em: <www.cnj.jus.br>.

Tal *explosão das demandas judiciais* teve um efeito imediato sobre a prestação jurisdicional, tendo em vista que, de forma geral, encontrou o Poder Judiciário despreparado estrutural e funcionalmente para enfrentar esta massificação da demanda.

Não se tratava – observa-se – apenas de um notório *déficit* estrutural, que muito bem se traduzia no descompasso entre a multiplicação processual e o arsenal de recursos materiais postos à disposição dos órgãos encarregados de enfrentá-la, mas de uma deficiência funcional decorrente dos próprios métodos de funcionamento de uma Justiça cuja mentalidade se apresentava preponderantemente arcaica, mentalidade esta que Dallari chamou de *tradição paralisante*³⁴⁸ e que Garapon identifica como *funcionamento aristocrático*³⁴⁹.

De qualquer forma, o efeito disto foi inapelavelmente uma visível incapacidade generalizada, em quase todo o mundo, de o Poder Judiciário oferecer, adequadamente e a tempo, a prestação jurisdicional que lhe cabia.

No que diz respeito à mudança do perfil de normatividade estatal, bem como de suas repercussões, algumas palavras a mais se fazem necessárias.

Primeiramente, não é difícil perceber que a mudança do perfil da normatividade estatal decorre direta e principalmente deste *protagonismo* dos órgãos judiciários e da conseqüente tendência daí decorrente de direcionar, para a arena judicial, a solução das tensões sociais antes afetas às instâncias políticas, protagonismo este que se associou a uma tentativa de manutenção de certo, ainda que limitado, controle político sobre tais tensões, o que se procura fazer através da via da normatividade estatal.

A partir desta percepção, ganham relevo três aspectos negativos relacionados a esta mudança de normatividade estatal, os quais são identificados na precisa observação de Campilongo: a *hipertrofia legislativa*, ou seja, a multiplicação

³⁴⁸ Lembra Dallari que “a magistratura, na prática, ficou imobilizada, voltada para si própria, incapaz de perceber que, em alguma medida, os outros procuravam adaptar-se ao dinamismo da sociedade enquanto ela estagnava. Isso ocorreu no Brasil e em grande parte do mundo”. E completa: “no Poder Judiciário as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século. Mas o que é de maior gravidade, a mentalidade do Judiciário permanece a mesma”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 5).

³⁴⁹ Observa Garapon que “Tocqueville já havia pressentido o surgimento, na democracia, de uma nova casta de juristas vindo substituir a aristocracia, destinada ao desaparecimento. Os juristas dividem com esta casta diversas características: o gosto pela ordem, o apego às formas e o conservadorismo, a prática do direito que leva a preferir naturalmente a ordem estabelecida à aventura”. (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*, p. 61).

das leis que, na sua correta observação, em vez de aumentar a certeza e segurança jurídicas, finda por levar a um esvaziamento da eficácia da própria lei; a *variabilidade das normas*, que torna a legislação instável em face da constante modificação da regulação dos diversos aspectos da vida social; e, finalmente, *problemas de coerência interna do sistema legal*, que seriam uma síntese dos outros dois aspectos negativos, ou seja, o resultado direto do crescimento da produção de normas e da sua instabilidade³⁵⁰.

Nesses aspectos se insere o fenômeno que se verificou em todo o mundo e, no Brasil, mais especificamente entre as décadas de 1980 e 1990, quando a excessiva formalização do direito e, em consequência, a burocratização das atividades jurisdicionais, passando pela “processualização” das demandas judiciais, causaram uma visível falta de efetividade e de justiça na prestação jurisdicional.

Com efeito, o direito produzido pelos órgãos legislativos passou a ser cada vez mais formalizado, específico e até mesmo casuístico, como que a querer resolver demandas sociais específicas, muitas vezes superdimensionadas pelos meios de comunicação ou, em outros casos, tendentes a proteger entidades específicas contra eventuais decisões indesejáveis.

É neste contexto que surgiram leis que, muitas vezes impulsionadas por “clamor social”, padronizavam legalmente situações a partir de casos emblemáticos, quando a complexidade social comportava um leque de outros tantos casos bem distintos que, com a padronização imposta, teriam de se submeter a esta. É o caso, por exemplo, da definição de crimes hediondos a partir da taxação de tipos penais pela lei, ou seja, criando uma hediondez jurídica quando a prática demonstra que a hediondez não se encontra necessariamente no tipo penal, mas nas circunstâncias fáticas em que o mesmo é praticado, e, mais ainda, da criação de regras padronizadas para os mesmos, como, por exemplo, a proibição de progressão de regime prisional de forma genérica³⁵¹. É nesse contexto também que se multiplicam as leis protetoras da Fazenda Pública como, no exemplo brasileiro, as que proíbem

³⁵⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os Desafios do Judiciário*: um enquadramento teórico, p. 41-42.

³⁵¹ Aqui se traz uma referência direta ao caso brasileiro, em que a chamada lei dos crimes hediondos – Lei federal n. 8.072, de 25 de julho de 1990 –, visivelmente influenciada pelo “clamor público” decorrente do assassinato da atriz Daniela Perez, considerou a hediondez a partir de tipos penais específicos ali arrolados, que inclui alguns tipos não necessariamente considerados hediondos pelo senso comum, e com regras rigorosas aplicáveis indistintamente a tais delitos, como, por exemplo, a proibição de fiança, liberdade provisória e progressão de regime.

decisões liminares contra o ente estatal³⁵². Neste mesmo contexto se insere a superposição das leis processuais ao direito material, a tal ponto de as demandas judiciais se focarem, predominantemente, em questão de forma e não de essência, sendo perceptível o número de decisões judiciais que se limitam quase exclusivamente à matéria processual.

Tudo isto contribuiu para uma ausência de justeza entre as decisões proferidas e as expectativas de justiça que nelas depositavam o cidadão, não obstante a chamada “inflação legislativa”, o que levou a um sentimento generalizado, quase um clamor, por “menos direito” e mais “justiça”.

Tal sentimento, que tem suas origens numa inegável distorção dos fins da atividade jurisdicional, não encontrou, em princípio, na instituição encarregada de administrar a Justiça, uma resposta adequada, seja pela dificuldade em romper a barreira burocrática processual, seja pelo apego ao texto da lei que, como se demonstrou, engessava genericamente algumas situações fáticas aos padrões restritos dos casos emblemáticos.

Dos sintomas aqui identificados e selecionados – explosão das demandas judiciais e mudança do perfil da normatividade estatal – independentemente dos inúmeros outros que poderiam ser arrolados e dos seus evidentes e acima enunciados efeitos, já emana, portanto, de forma visível, o descompasso entre as expectativas depositadas no Poder Judiciário e os resultados por este obtidos ou, em outras palavras, a inadequação e a insuficiência da prestação jurisdicional que se ofereciam ao cidadão em face das suas necessidades e dos seus anseios.

Diante desta insuficiência e inadequação da prestação jurisdicional, buscaram-se soluções alternativas aos métodos tradicionais de cumprimento da função jurisdicional.

Salientamos que aqui se fala em *soluções alternativas* em seu sentido amplo, geral, não apenas focado em sua concepção mais radical, da qual o chamado “Direito alternativo” foi seu exemplo mais marcante, mas como toda solução que não se enquadra em uma concepção tradicional de prestação jurisdicional, com seus formalismos seculares, seus formatos burocráticos e seus rituais aristocráticos.

³⁵² São exemplos a Lei federal n. 4.348, de 26 de junho de 1964, referente ao Mandado de Segurança, sucedida pela lei federal n. 9.494, de 7 de agosto de 2009, e a Lei federal n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, referente à antecipação de tutela.

Bom exemplo destas soluções alternativas, em uma concepção ampla, são as que decorrem do novo enfoque de acesso à justiça que nos forneceu Cappelletti em sua clássica obra, a exemplo dos métodos alternativos para decidir causas judiciais – juízo arbitral e conciliação –, de instituições e procedimentos para determinados tipos de causas – pequenas causas e tribunais para demandas de consumidores – e da própria simplificação do Direito³⁵³.

De qualquer forma, não se pode negar que foi no rastro desta insuficiência e inadequação da prestação jurisdicional que houve uma verdadeira radicalização da chamada “alternatividade” do Direito, ou seja, dos movimentos oriundos principalmente do próprio Poder Judiciário que pregavam o que se denominou “direito alternativo”, o qual tentou buscar fundamentos em raras e vagas sustentações doutrinárias e findou por consubstanciar, em sua prática, tão somente a aplicação do Direito ao arrepio da lei e em nome de uma noção de Justiça que emanaria diretamente dos princípios constitucionais ou mesmo de direitos não positivados.

Observa Faria, após considerar que a reação mais contundente à mentalidade formalista foi dada pelos defensores do chamado *direito alternativo*, que “estes, todavia, nem sempre conseguem explicitar se estão propondo uma nova ordem jurídica, uma nova hermenêutica para a ordem jurídica vigente ou novos paradigmas doutrinários para a reflexão teórica e analítica do fenômeno legal”³⁵⁴.

Independentemente do enquadramento teórico que se possa dar a esta forma de aplicar o Direito, deve-se observar que, ainda que possa ter havido soluções tópicas mais justas para casos específicos, a “alternatividade” representou um radical rompimento do equilíbrio político entre os Poderes do Estado, no momento em que a função legislativa ordinária, neste contexto, se tornou supérflua e se concentrou nas mãos dos juízes aplicadores do chamado “direito alternativo”, a um só tempo, a função política dos legisladores e a jurídica dos tribunais.

Sem fincar posição em velhas doutrinas que enxergavam uma hierarquia entre a lei e o juiz, entre a função legislativa e a jurisdicional, o certo é que a subversão desta ordem, com a liberdade ilimitada do julgador em absoluto descomprometimento com a lei e o Direito, não era solução adequada para o grave afastamento das decisões judiciais das necessidades e expectativas dos seus

³⁵³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, *passim*.

³⁵⁴ FARIA, José Eduardo. *Os Desafios do Judiciário*, p. 48.

destinatários, o que impunha, necessariamente, um reequilíbrio entre o papel político dos demais Poderes, notadamente o Legislativo, e o papel jurídico dos tribunais.

A jurisprudência aos poucos ignorou esta tendência “alternativa” radical, buscando soluções em campos diversos – como a hermenêutica constitucional, a minimização da formalidade, a concepção instrumental do processo –, no que foi auxiliado pela contribuição legislativa neste mesmo sentido, a exemplo da criação de estruturas judiciárias mais simplórias e de procedimentos menos burocratizados, como os Juizados Especiais, entre outras soluções.

Talvez se tenha despertado para o problema e buscado racionalizar a questão pelo ângulo de soluções alternativas, radicais ou não, ora dentro do que alguns chamariam de “legalidade” – Juizados Especiais, hermenêutica constitucional, etc. – ora na esfera do que outros diriam “à margem da lei” – o chamado Direito alternativo, mais precisamente.

Mas não há dúvida de que, não obstante existam soluções alternativas encontradas “dentro da legalidade”, ainda perdurou, de forma relativamente acentuada, certa carência de justeza das decisões judiciais, com persistência da quebra de expectativas dos destinatários da prestação jurisdicional, o que impulsiona os aplicadores do direito para além da fronteira do jurídico, por mais ampla que seja atualmente a concepção que se tem deste ambiente, proliferando-se, no dia a dia forense e em todos os âmbitos, inclusive fora da Jurisdição Constitucional, decisões de inspiração, motivação e resultados essencialmente políticos.

É verdade que as novas técnicas interpretativas, por um lado, máxime as decorrentes da moderna hermenêutica constitucional, e a judicialização das questões políticas, por outro, fizeram que a linha divisória entre o jurídico e o político perdesse nitidez, o que explica, até certo ponto, a inobservância, de parte a parte dos polos envolvidos, dos limites antes facilmente perceptíveis, verificando-se, numa visão prática, quase uma transposição funcional entre os Poderes, por meio da qual o Judiciário avança sobre questões políticas, o Executivo se lança em uma fúria legiferante e o Legislativo, por sua vez, pormenorizando e especificando a sua produção legislativa, se imiscui na atividade jurisdicional.

Para ficar tão somente no que interessa diretamente ao Poder Judiciário, há uma via de duas mãos, na qual, ao mesmo tempo em que este avança sobre a definição de questões políticas com a tomada de decisões que guardam em sua

essência uma conotação inafastavelmente política, independentemente de competir tal opção política aos órgãos do Executivo ou do Legislativo, recebe, em especial dos órgãos legiferantes e, principalmente, pela via da especificação e da pormenorização dos atos normativos, um ataque sobre o que seria função tipicamente jurisdicional, ou seja, sobre o que seria interpretar e aplicar o direito em face de situações conflituosas específicas.

O certo, entretanto, é que tal situação findou por conduzir a certo desequilíbrio político entre os Poderes do Estado, com superposição da força de um Poder sobre o outro, a depender das circunstâncias do momento institucional vivido, de forma a colocar em xeque a própria inspiração – ou pelo menos uma delas – da persistência, no Estado Constitucional contemporâneo, da instituição de Poderes diversos e da atribuição de funções diferentes a cada um deles, ou seja, da Separação de Poderes em seu formato atual.

Poderíamos, numa visão conjunta, chamar tal fenômeno de crise institucional entre os Poderes, mas, do restrito ângulo de observação do Poder Judiciário, e por constituir mero desequilíbrio entre o papel político dos demais Poderes e o papel jurídico dos tribunais, preferimos denominá-lo simplesmente crise política do Judiciário.

Seja como for, a superação de tal crise exige o reequilíbrio entre o papel político dos demais Poderes e o papel jurídico dos tribunais, assim como a superação da crise funcional pressupõe uma readequação funcional.

Resgatando toda a linha de raciocínio desenvolvida no presente tópico, poderíamos dizer que o apogeu institucional do Poder Judiciário, com a sua contextualização política em paridade e equilíbrio com os demais Poderes do Estado, implicou o redimensionamento da percepção que se tinha deste Poder, até então confinado a uma posição de discrição e mesmo de obscuridade, de tal forma a impor a ele um protagonismo político e social até então inédito. O aumento de expectativas em torno do Poder Judiciário que daí decorreu, gerando, entre outros sintomas, a explosão das demandas judiciais e a mudança do perfil da normatividade estatal, reflexo do que se tem chamado de *judicialização da política*, levou, em um primeiro momento, a um descompasso entre as expectativas e os resultados obtidos, o que aqui denominamos crise funcional, e, na esteira das soluções alternativas que foram buscadas, a um desequilíbrio entre o papel político

dos demais Poderes e o papel jurídico dos tribunais, que constitui a chamada crise política do Judiciário.

A superação de tais crises, com a solução do problema do descompasso entre as expectativas em torno da prestação jurisdicional e os resultados por ela obtidos, bem como do problema do desequilíbrio entre a função política dos demais Poderes e o papel jurídico da função jurisdicional – o que significa, exatamente, a preservação da Separação dos Poderes, em sua dupla dimensão, ou seja, orgânico-funcional e política, tal qual concebido e amoldado ao Estado Constitucional contemporâneo –, exige, portanto, o reequilíbrio político e a readequação funcional.

É precisamente neste ponto que procuraremos demonstrar, no capítulo subsequente, que o equacionamento da Reserva de Jurisdição, nos termos que adiante exporemos, poderá contribuir para o reequilíbrio dos papéis acima indicados, sem prejuízo da busca da “justiça”, atingindo-se uma maior adequação da prestação jurisdicional. Essa adequação poderá ser feita na medida em que protege, em um núcleo essencial, a função jurisdicional contra os avanços indevidos dos demais Poderes, de forma a permitir o seu exercício na plenitude constitucionalmente admitida e desejada e sem necessidade de se invocarem soluções alternativas radicais e desequilibrantes.

5 A RESERVA DE JURISDIÇÃO

5.1 Uma Primeira Noção de Reserva de Jurisdição. 5.2 A Visão da Doutrina Brasileira e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Reserva de Jurisdição. 5.3 Reserva Jurisdicional na Doutrina Constitucional Portuguesa. 5.3.1 Canotilho: Monopólio Jurisdicional; *Critério das Duas Palavras*; *Reserva de Juiz e Reserva de Tribunal*. 5.3.2 Paulo Rangel: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial. 5.4 Elementos para uma Classificação de Reserva de Jurisdição Conceitualmente Adequada e Adaptada ao Direito Brasileiro. 5.4.1 Duplo Sentido da Reserva de Jurisdição: Reserva *da* Jurisdição e Reserva *para* a Jurisdição. 5.4.2 Reserva Absoluta e Reserva Relativa de Jurisdição. 5.4.3 Reserva de Jurisdição Excludente e Não Excludente. 5.4.4 Reserva Geral e Reservas Específicas de Jurisdição. 5.4.5 Uma Última Palavra sobre a Classificação da Reserva de Jurisdição. 5.5 Uma Definição Mínima de Reserva Geral de Jurisdição. 5.6 A Delimitação Jurisprudencial da Reserva Geral de Jurisdição. 5.6.1 A Necessidade de uma Delimitação Jurisprudencial. 5.6.2 A Delimitação Jurisprudencial como Forma de Clareamento dos Limites entre as Funções do Estado e de Preservação da Plenitude da Função Jurisdicional.

5.1 UMA PRIMEIRA NOÇÃO DE RESERVA DE JURISDIÇÃO

Quando se fala em Reserva de Jurisdição, a primeira percepção que se nos evidencia é a das competências que são atribuídas explicitamente aos órgãos judiciários para a prática de atos jurisdicionais específicos, com previsão geralmente constitucional, e que implicam o afastamento da possibilidade de que tais atos sejam praticados por outros órgãos, autoridades ou pessoas.

Os exemplos clássicos dessa Reserva de Jurisdição são a decretação de prisões e a quebra de sigilos garantidos constitucionalmente, como é o caso da decretação de prisão exclusivamente pela “autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXI, da Constituição Federal) e da quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas tão somente por “ordem judicial” (art. 5º, XII). Há também o caso da prerrogativa exclusiva da autoridade judiciária, conferido pelo artigo 15 da Constituição italiana, de limitar a liberdade e o segredo das comunicações³⁵⁵, ou,

³⁵⁵ Determina o artigo 15 da Constituição da Itália: “A liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantidas as garantias estabelecidas pela lei”. ITÁLIA.

ainda, igual prerrogativa constante do artigo 18 da Constituição espanhola, no que diz respeito à inviolabilidade de domicílio e de comunicações³⁵⁶.

Normalmente, tal tipo de Reserva de Jurisdição, concebida de forma específica e explícita, é utilizado para relativizar algum direito fundamental, como a liberdade, a inviolabilidade do domicílio, o segredo de comunicação, etc., de forma que a restrição do direito pela via única da atividade judicante signifique uma garantia de que tal não constitua um ato abusivo, mas que sua prática represente tão somente o resultado de uma ponderação dos valores protegidos em face de outros valores de igual relevância, como, por exemplo, a segurança da sociedade.

É por esta razão que tais Reservas de Jurisdição surgem de forma específica e explícita e significam a impossibilidade de que outro órgão, autoridade ou pessoa pratique certos atos, contemplados em um momento prévio à apreciação judicial, como seria normal e como comumente ocorre com o desempenho ordinário e corriqueiro da função jurisdicional.

Há outro sentido, entretanto, em que se pode utilizar a expressão “Reserva de Jurisdição”, que não se refere propriamente à reserva de determinados atos jurisdicionais aos órgãos judiciários, com a proibição de que sejam tais atos praticados, em um primeiro momento, em vias não judiciais, mas, diferentemente, trata-se de uma reserva geral – não específica e não necessariamente explícita – inerente à própria função jurisdicional. Uma reserva da própria jurisdição, da própria função de julgar.

Tal Reserva de Jurisdição, que decorre da própria essência da função jurisdicional, pressupõe a existência de um conteúdo material mínimo, de um núcleo essencial da função de julgar, função esta que é reservada aos órgãos judiciários próprios, ficando afastadas interferências indevidas no exercício pleno dessa função.

Em última análise, a Reserva de Jurisdição em questão decorre do próprio postulado da Separação de Poderes – não em sua compreensão dogmática, mas em sua contemplação constitucional, segundo a qual há a instituição de Poderes diferentes e a atribuição a cada um deles de funções específicas, cujo conteúdo

Constituição da República Italiana. 1 jan. 1948. Disponível em: <http://www.ecco.com.br/cidadania/const_italiana.asp>. Último acesso em: 8 set. 2009.

³⁵⁶ Determina o artigo 18 da Constituição da Espanha: “... 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. ESPANHA. Constitución Española. 6 dez. 1978. Disponível em: <www.gva.es>. Último acesso em: 8 set. 2009.

emana diretamente do conjunto de competências gerais atribuídas aos respectivos órgãos que integram a estrutura do Poder.

Apreciar em caráter definitivo a legalidade da aplicação de uma penalidade administrativa a um determinado servidor público, por exemplo, é matéria que se reserva ao órgão jurisdicional competente³⁵⁷, sendo, por um lado, inafastável tal possibilidade e, por outro, inadmissível que empecilhos outros, legais ou administrativos, mitiguem tal prerrogativa, inibindo ou afastando a plenitude do exercício dessa função.

Há neste caso, de forma clara, uma Reserva de Jurisdição inerente à própria função jurisdicional, que dela decorre diretamente e que se funda no pressuposto de que o exercício de tal função é inafastável e insuscetível de ser obstaculizado, de ser mitigado, de ser abalado em sua plenitude. Assim, tanto não poderia uma lei, um ato administrativo ou qualquer outro expediente proibir a apreciação judicial da legalidade impugnada, como também não poderiam, por vias transversais e indiretas, afastar a plenitude de tal apreciação limitando o seu alcance ou direcionando o seu resultado.

A função de julgar pressupõe um conteúdo material mínimo, um núcleo essencial que, se for atingido por atos não judiciais, torna insubsistente a própria função jurisdicional, afrontando diretamente o conjunto de competências ordenadas e coordenadas, atribuído constitucionalmente ao Poder Judiciário e considerado a essência da função jurisdicional.

No exemplo citado, a Reserva de Jurisdição – que, no caso, constitui a prerrogativa de apreciar, em caráter final e definitivo, de forma plena e inafastável, a legalidade do ato impugnado, sem expedientes e subterfúgios que afastem ou mitiguem tal plenitude – não implica a proibição de que tal legalidade seja

³⁵⁷ Nos países que não adotam o sistema de jurisdição una, mas, ao contrário, se filiam verdadeiramente ao que se costuma chamar de sistema de jurisdição dúplice, evidentemente o “órgão jurisdicional competente” é o órgão da jurisdição administrativa e não da jurisdição comum. É que, neste caso, a jurisdição é efetivamente repartida entre comum e administrativa. Não se pode confundir, entretanto, com ordenamentos que, não obstante tenham tribunais administrativos, não delegam a estes a verdadeira jurisdição, o que se evidencia pela ausência de definitividade de suas decisões. Watanabe contempla caracterizado o sistema de jurisdição dúplice “com a organização, ao lado da jurisdição comum, da jurisdição administrativa (contencioso administrativo) para o conhecimento das controvérsias originárias de atos da Administração Pública”, e diferencia: “já o sistema anglo-americano, a quem se filia o nosso, atribui toda função jurisdicional, qualquer que seja a espécie de lide, mesmo a decorrente de atividade da Administração, salvo raras exceções, ao Poder Judiciário. Os Tribunais Administrativos, que acaso existam nos países que adotam semelhante sistema, não proferem decisões definitivas e conclusivas”. (WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e Mandado de Segurança contra atos judiciais*, p. 24).

examinada, em um primeiro momento, e sem caráter de definitividade, por um órgão não judicial como, por exemplo, uma instância administrativa do próprio órgão público.

Neste caso, o conteúdo da função jurisdicional, que emana das competências constitucionalmente fixadas, não afasta nem é incompatível com pronunciamentos anteriores – ainda que estes constituam interpretação e aplicação do direito –, desde que não tenham caráter jurisdicional, de tal forma que a Reserva de Jurisdição que daí decorre também não afasta as instâncias não jurisdicionais, ficando adstrita ao pronunciamento final e definitivo.

Há casos, entretanto, em que a Reserva de Jurisdição – também geral, não específica e não necessariamente explícita, ainda que inerente à própria função jurisdicional – desautoriza pronunciamentos anteriores. É o caso, por exemplo, da aplicação de uma sanção penal em face da prática de um crime, cuja apreciação judicial, interpretando e aplicando o direito ao caso específico, guarda notória incompatibilidade com pronunciamentos não jurisdicionais anteriores e relativos a igual conteúdo³⁵⁸.

Aqui, adotamos o mesmo raciocínio anterior, mas aplicado em sentido contrário, ou seja, o de que o conteúdo da função jurisdicional que emana das competências constitucionais afasta a possibilidade de apreciação anterior, sendo que também a Reserva de Jurisdição que dela decorre afasta tal possibilidade.

Salientamos que as competências constitucionais que definem o conteúdo da função jurisdicional não se exaurem nas competências específicas de cada órgão, tendo em vista que se contextualizam com todos os princípios constitucionais que informam e norteiam a atividade jurisdicional, de tal forma que a função de julgar, aplicando uma sanção penal em face da prática de determinado delito, se insere no contexto dos princípios referentes à jurisdição penal como, por exemplo, a garantia de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, insculpido no artigo 5º, LIII, da Constituição Federal brasileira. Tal

³⁵⁸ Não há que se alegar que no caso exemplificado haveria pronunciamentos anteriores que decorreriam, por exemplo, do pronunciamento da autoridade policial indiciando o acusado, inclusive com enquadramento penal, ou mesmo do órgão do Ministério Público, tendo em vista que tais situações não acarretam a aplicação de qualquer sanção penal, nem mesmo provisoriamente, de tal forma que a capitulação penal é meramente referencial e objetiva, servindo apenas a corroborar a conclusão da peça investigatória ou acusatória. Muito difere, por exemplo, da situação contida no exemplo anterior em que uma instância administrativa aplica uma determinada penalidade e a legalidade desta penalidade é, inclusive, examinada em vias administrativas, cabendo ao Judiciário reexaminá-la.

dispositivo, não obstante a largueza e a extrapolação para outras áreas, abriga, na esfera penal, o que se chama de princípio do Juiz natural, que, para Silva, “expressa a preocupação do Estado em não permitir que ninguém seja processado e julgado senão por juízes integrantes do Poder Judiciário e que sejam investidos de atribuições jurisdicionais de acordo com o preceito da Lei Maior”³⁵⁹.

Portanto, seja em decorrência das próprias competências constitucionais, contextualizadas com os princípios que informam a jurisdição penal, seja pela própria incompatibilidade factual, o certo é que o exercício da função jurisdicional, no caso exemplificativo invocado, guarda incompatibilidade com pronunciamentos de instâncias anteriores, de modo que a Reserva de Jurisdição que daí decorre também afasta a possibilidade de pronunciamentos não jurisdicionais sobre igual conteúdo.

De qualquer forma, com ou sem incompatibilidade com pronunciamentos anteriores, é possível identificar uma Reserva de Jurisdição inerente à própria função jurisdicional, decorrente da própria essência da função de julgar e que, pressupondo a existência de um conteúdo material mínimo, de um núcleo essencial dessa função, reserva o seu exercício aos órgãos judiciários e afasta interferências indevidas que possam obstaculizar o exercício pleno da mesma.

Há, pois, uma Reserva da própria função jurisdicional, que, em última análise, decorre do próprio postulado da Separação de Poderes, a que chamamos de Reserva Geral de Jurisdição, sem prejuízo de Reservas Específicas de Jurisdição, também acima identificadas.

Esta é, portanto, a primeira noção de Reserva de Jurisdição.

5.2 A VISÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A RESERVA DE JURISDIÇÃO

De forma geral, a doutrina brasileira não tem tido uma preocupação maior em identificar o que aqui denominamos Reserva de Jurisdição. Na verdade, há momentos em que a mesma chega a fazer uma vinculação da expressão com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, contemplado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação

³⁵⁹ SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 21.

do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, princípio que, se de fato é pressuposto da Reserva de Jurisdição, com esta não se confunde.

A doutrina brasileira restringe o emprego da expressão para se referir às reservas específicas e explícitas constitucionalmente atribuídas ao juiz, como é o caso da decretação de prisão (art. 5º, LXI, da Constituição Federal) ou da quebra de alguns direitos fundamentais (art. 5º, XI e XII, da Constituição Federal), temática que ganhou particular relevância a partir da Constituição Federal de 1988 que, ao atribuir às Comissões Parlamentares de Inquérito “poderes de investigação próprio das autoridades judiciais” (art. 58, § 3º, da Constituição Federal), suscitou o debate acerca do alcance de tais *Poderes* e, portanto, do significado dessas Reservas Específicas – a questão era saber se as mesmas constituíam competências exclusivas dos integrantes do Poder Judiciário ou se poderiam ser estendidas a quem tivesse – como as CPI’s – Poderes equivalentes.

Tavares, por exemplo, aborda o tema Reserva de Jurisdição ao examinar os *Poderes judiciais* atribuídos às Comissões Parlamentares de Inquérito, acentuando que:

o principal aspecto neste tema, consiste em determinar se há, na Constituição, aquilo que J. J. Gomes Canotilho denomina ‘reserva de jurisdição’, a afastar a possibilidade de intervenção de uma C.P.I., impedindo uma plena equiparação dos poderes desta aos poderes próprios das autoridades judiciais.

(...)Nesse sentido, pode-se cogitar da inviolabilidade de domicílio, para cuja suspensão está exigida expressamente ‘determinação judicial’ (art. 5º, XI, da C.F.), o mesmo ocorrendo para a inviolabilidade do sigilo das comunicações, que exige a ‘ordem judicial’ (art. 5º, XII, da C.F.) e para a prisão (salvo em flagrante delito, como o falso testemunho) visto que se exige constitucionalmente ‘ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente’ (art. 5º, LXI, da C.F.)³⁶⁰.

Não obstante ser preciso em suas observações, inclusive na análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito, e absolutamente suficiente ao tema que se propôs a discutir – os *Poderes judiciais* das Comissões Parlamentares de Inquérito – Tavares se restringe ao que chamamos de Reservas Específicas, não fazendo referência ao que denominamos Reserva Geral de Jurisdição.

³⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1068.

No mesmo contexto, Branco define que “a cláusula de reserva de jurisdição consiste em confinar ao âmbito do Judiciário a prática de certos atos que impliquem restrição a direitos individuais especialmente protegidos”, concluindo que “a se aceitar a existência de tal cláusula, haveria poderes de investigação que apenas as autoridades judiciais estariam legitimadas a exercer”³⁶¹.

Também neste exato contorno, Moraes se refere ao que denomina *cláusula de reserva jurisdicional*, que consistiria “na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para a prática de determinados atos”. E exemplifica:

Assim, por exemplo, quando o texto constitucional prevê no art. 5º, XI, a possibilidade de invasão domiciliar durante o dia, por determinação judicial, ou ainda, quando no art. 5º, XII, permite a interceptação telefônica, por ordem judicial, expressamente reservou a prática desses atos constitutivos da liberdade individual aos órgãos do Poder Judiciário³⁶².

Portanto, a doutrina brasileira, principalmente a mais afinada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aborda a Reserva de Jurisdição preponderantemente sob o ângulo das Reservas Específicas que se encontram explicitadas na Constituição Federal.

No âmbito jurisprudencial, também persiste a concepção restrita que se verifica na doutrina. A análise a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que, pelo menos diretamente, são contempladas apenas as Reservas Específicas de Jurisdição e não o que aqui denominamos Reserva Geral de Jurisdição.

Merece uma observação mais detalhada, embora breve, a visão que tem o Supremo Tribunal Federal sobre tais Reservas Específicas.

Na verdade, assim como na doutrina, a questão foi mais direta e explicitamente enfrentada quando do exame da competência constitucional atribuída às Comissões Parlamentares de Inquérito e de seus poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, o que levou aos tribunais a discussão se poderiam ou não avançar sobre aquelas Reservas Específicas atribuídas aos juízes.

³⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 912-913.

³⁶² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 430.

Em um primeiro momento, percebeu-se certa resistência do Supremo Tribunal Federal em aceitar teoricamente o postulado constitucional de uma reserva aos órgãos propriamente jurisdicionais, tanto que era comum que alguns Ministros preferissem centrar seus votos em fundamentos outros, abstendo-se de enfrentar a questão do alcance das Reservas Específicas de Jurisdição, ou seja, de decidir se as competências constitucionalmente atribuídas com exclusividade aos juízes se estenderiam às Comissões com poderes de autoridade judicial. Tal situação, entretanto, não impedia que dos acórdãos constasse um delineamento do que se entendia por Reserva de Jurisdição.

Exemplo emblemático desta situação é o acórdão proferido no ano de 1999, da lavra do Ministro Celso de Melo, o qual, não obstante deixar claro que o tema Reserva de Jurisdição ainda dependia de definição, trata do mesmo com uma precisão conceitual que já se extrai da própria ementa:

EMENTA: (...) POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". **A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado**³⁶³.

Duas observações em relação ao citado acórdão se fazem necessárias. A primeira delas se refere ao fato de que o relator fez questão de frisar a inconsistência da visão da Corte sobre o tema, registrando que “o princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal (...) não foi objeto de consideração por parte dos demais”,

³⁶³ STF (Pleno), MS 23452-RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 16 de setembro de 1999, pub. DJ 12/5/2000 PP-00020. Grifos nossos.

tendo estes preferido decidir de acordo com outros fundamentos, como “a falta de motivação do ato impugnado”. De fato, há certa desconfiança na recepção da tese, do delineamento e do alcance da enunciada Reserva de Jurisdição, o que transparece no voto sempre conciso e objetivo do Ministro Moreira Alves que afirma, de forma simplória e direta, ter “sérias dúvidas a respeito dessa reserva de jurisdição”³⁶⁴.

A segunda observação é a de que o voto condutor do acórdão busca expressamente inspiração doutrinária no magistério dos juristas portugueses Canotilho e Paulo Rangel, fazendo clara alusão ao chamado *critério das duas palavras*³⁶⁵, de forma que, ainda que se restrinja à concepção de Reserva de Jurisdição em seu formato apenas específico, se inspira em doutrinadores que a contemplam de forma mais ampla, incluindo a Reserva Geral de Jurisdição. Talvez por tal fundamentação calcada no pensamento dos doutrinadores portugueses é que o Ministro Sepúlveda Pertence, que até aquele momento divergia da aceitação da Reserva de Jurisdição, acentua a mudança de seu posicionamento, afirmando ter aderido “à visão lusitana do problema”³⁶⁶.

Posteriormente, em decisão proferida pouco mais de um ano depois, percebe-se que, pelo menos nesta visão restrita e ainda apenas dentro do horizonte das reservas específicas, já parece haver um reconhecimento pacífico da Reserva de Jurisdição, ainda que na hipótese em exame se tenha entendido que a matéria em apreço – quebra de sigilo – não se inseria entre estas Reservas:

EMENTA: (...) PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) - não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato

³⁶⁴ STF (Pleno), MS 23452-RJ.

³⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 668 et seq. e RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica, 1997. p. 64 et seq.

³⁶⁶ STF (Pleno), MS 23452-RJ.

necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas³⁶⁷.

Tal noção de Reserva de Jurisdição pode ser contemplada em diversas outras decisões, colegiadas ou monocráticas, advindas do Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, basta citarmos o Ministro Sydney Sanches que, de forma didática, acentuou:

A cláusula constitucional de **reserva de jurisdição (...)** traduz a noção de que, nesses termos específicos, **assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado**³⁶⁸.

As decisões posteriores da Corte Suprema carecem de um enfrentamento direto do tema, mas a consolidação do entendimento que afasta a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito para os atos expressamente reservados pela Constituição Federal aos juízes, somada ao fato de que os Ministros que evitaram se comprometer com a tese não mais integram o órgão³⁶⁹, bem indica a aceitação – passiva, é verdade – da existência da Reserva de Jurisdição, pelo menos em seu sentido restrito, com abrangência apenas das Reservas Específicas.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal – tanto quanto a doutrina brasileira – contempla a Reserva de Jurisdição de forma restrita, abordando de forma clara e direta apenas o que denominamos Reserva Específica de Jurisdição.

Em outros pronunciamentos, entretanto, inclusive na esteira das questões envolvendo o *Poder* das Comissões Parlamentares de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal avançou para além da Reserva Específica de Jurisdição, conduzindo a matéria para um campo que se poderia inserir no âmbito do que chamamos de Reserva Geral de Jurisdição, ainda que o tenha feito de forma um tanto quanto imprecisa com relação à sistematização.

³⁶⁷ STF (Pleno), MS 23562-DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 22 de novembro de 2000, pub. DJ 16/2/2001 PP-00092. Grifos nossos.

³⁶⁸ HC 81338 – DF (Despacho), Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento em 19 de setembro de 2001, pub. DJ 25/9/2001 PP-00034.

³⁶⁹ De fato, os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octávio Galloti, Ilmar Galvão, Maurício Correia e Nelson Jobim, que evitaram comprometer-se com a Reserva Específica de Jurisdição, deixaram de integrar o Supremo Tribunal Federal.

Em pelo menos uma tendência da jurisprudência dessa Corte fica claro que a Reserva de Jurisdição não está adstrita às hipóteses específicas e explicitadas no texto constitucional – ou seja, às situações em que a Constituição Federal, de forma expressa, determina ser aquele ato de competência exclusiva da autoridade judicial –, sendo que nesse mesmo posicionamento a Corte entende que também não podem ser praticados pelas CPIs atos que digam respeito ao que chama de *Poder geral de cautela do juiz*.

Com efeito, ao decidir, por exemplo, pela impossibilidade de a Comissão Parlamentar de Inquérito decretar a indisponibilidade de bens, sob o fundamento de que se trata de uma medida assecuratória que se insere no *Poder geral de cautela* e, portanto, é ato reservado ao juiz, o Supremo Tribunal Federal não está entendendo ser reservado ao juiz apenas aqueles atos expressamente previstos na Constituição Federal – até porque, diferentemente da prisão, da quebra da inviolabilidade do domicílio e da interceptação telefônica, a indisponibilidade dos bens não consta do rol das medidas reservadas constitucionalmente aos juízes de forma expressa – mas, ao contrário, está entendendo estarem abrangidos pela Reserva também os atos que, por sua natureza, são inerentes à função jurisdicional.

Vejamos a seguinte ementa:

EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. PODERES. LIMITAÇÃO. **RESERVA CONSTITUCIONAL DE JURISDIÇÃO**. 1. O art. 58, parágrafo 3º da Constituição da República confere às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes instrutórios. 2. **A indisponibilidade de bens é provimento cautelar** que não se vincula à produção de provas. **É medida voltada a assegurar a eficácia de uma eventual sentença condenatória** que, assim como o poder geral de cautela, **é reservado ao Juiz**. 3. Segurança concedida³⁷⁰.

Do corpo do acórdão, é possível extrairmos, ainda, e de forma mais direta, a percepção de uma Reserva de Jurisdição não necessariamente expressa constitucionalmente, mas inerente à própria função jurisdicional. É neste sentido, por exemplo, que o relator Ilmar Galvão fala em “outros poderes próprios dos magistrados, como o de julgar e punir delitos”³⁷¹ e que o Ministro Carlos Velloso

³⁷⁰ STF (Pleno), MS 23446-DF, Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão: Min. Nelson Jobim, Julgamento em 18 de agosto de 1999, pub. DJ 9/11/2007. Grifos nossos.

³⁷¹ STF (Pleno), MS 23446-DF, Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão: Min. Nelson Jobim, Julgamento em 18 de agosto de 1999, pub. DJ 9/11/2007. Grifos nossos.

afirma que “o poder geral de cautela, ou medidas acauteladoras de sentenças judiciais só podem ser tomadas por autoridades judiciais”³⁷².

É neste panorama também, e de forma mais incisiva, que o Ministro Maurício Correia considera que “a determinação de medida dessa natureza (bloqueio de bens) constitui-se procedimento que extrapola a ação investigatória parlamentar, por inserir-se na jurisdição reservada ao juiz” e conclui: “não vejo como não tenha havido violação ao princípio da reserva de jurisdição, quando se ordena providência como essa, sem a competente autorização judicial”³⁷³.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao entender que as CPIs também não teriam poderes para adotar providências que implicassem romper o segredo de justiça decretado processualmente, também buscou fundamentos em uma competência privativa implícita dos órgãos jurisdicionais, em uma função típica do Judiciário, ou seja, em uma Reserva de Jurisdição que decorre diretamente da função jurisdicional, o que se pode extrair do voto condutor, da lavra do Ministro Cezar Peluso:

As Comissões Parlamentares de Inquérito carecem, *ex autoritate propria*, de poder jurídico para requisitar, revogar, cassar, impor, compartilhar, ou de qualquer outro modo quebrar sigilo legal e constitucionalmente imposto a processo judiciário. **Trata-se de competência privativa do Poder Judiciário, ou seja, matéria da chamada reserva jurisdicional, onde o Judiciário tem, não apenas a primeira, mas também a última palavra. É coisa intuitiva: não há como entender que a locução poderes de investigação próprios das autoridades judiciais permita ao Legislativo invadir competências privativas do Judiciário, isto é, funções típicas deste, senão admitindo-se o desrespeito a princípios basilares da República Federativa do Brasil, quais sejam: sua Constituição como Estado Democrático de Direito e a independência dos Poderes**³⁷⁴.

Outros exemplos poderiam ilustrar a assertiva de que, ainda que de forma implícita, a Reserva Geral de Jurisdição se faz presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – exemplificação que, aliás, retomaremos por ocasião do

³⁷² STF (Pleno), MS 23446-DF, Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão: Min. Nelson Jobim, Julgamento em 18 de agosto de 1999, pub. DJ 9/11/2007. Grifos nossos.

³⁷³ STF (Pleno), MS 23446-DF, Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão: Min. Nelson Jobim, Julgamento em 18 de agosto de 1999, pub. DJ 9/11/2007. Grifos nossos.

³⁷⁴ STF (Pleno), MS 27483 REF-MC – DF, Relator: Min. Cezar Peluso, Julgamento em 14 de agosto de 2008, pub. 10/10/2002, DJe-192. Grifos nossos.

exame da delimitação jurisprudencial da Reserva Geral de Jurisdição –, mas os aqui invocados já são suficientes a que possamos perceber que, mesmo sem uma abordagem sistemática, a Suprema Corte brasileira traz, no conteúdo de suas decisões, uma concepção de Reserva de Jurisdição que não se limita às reservas constitucionalmente explicitadas e que, portanto, não tem por fonte as cláusulas constitucionais expressas e específicas, significando que contempla, ainda que implicitamente, uma Reserva de Jurisdição que decorre da própria essência da função jurisdicional, ou seja, uma Reserva Geral de Jurisdição.

Podemos concluir, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, assim como a doutrina brasileira mais moderna e autorizada, percebe e define nitidamente a Reserva de Jurisdição em seu semblante mais restrito, ou seja, como aquelas competências específicas explicitadas no texto constitucional, atribuídas com exclusividade aos órgãos do Poder Judiciário (aqui denominadas Reservas Específicas de Jurisdição), não dedicando, entretanto, um tratamento sistematizado ao que chamamos de Reserva Geral de Jurisdição, o que não significa que esta não seja percebida e contemplada, ainda que implicitamente, em suas decisões.

5.3 RESERVA JURISDICIONAL NA DOUTRINA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

O tema Reserva de Jurisdição se faz presente de maneira muito mais intensa na doutrina constitucional portuguesa do que na brasileira – contribuição que o Ministro Sepúlveda Pertence chamou de *visão lusitana do problema*³⁷⁵ –, de forma a merecer uma teorização para além das chamadas Reservas Específicas.

Para que se tenha uma noção adequada da visão da doutrina portuguesa sobre o tema, dois autores são fundamentais e seus pensamentos são de inestimável valor para que se possa proceder a uma sistematização – como pretendemos fazer no tópico seguinte – a partir de uma compreensão mais ampla sobre Reserva de Jurisdição que também contemple o que aqui denominamos Reserva Geral de Jurisdição.

³⁷⁵ STF (Pleno), MS 23452-RJ.

O primeiro deles é Canotilho, que oferece uma visão mais geral sobre a *Reserva da Função de Julgar*, a partir do *critério das duas palavras*, fornecendo uma percepção mais ampla sobre o tema. Na sequência, analisaremos o pensamento mais específico de Paulo Rangel, com sua contemplação da Reserva de Jurisdição em seu duplo sentido – dogmático e jurisprudencial – situando a questão em um contexto mais específico e concreto.

Outros doutrinadores lusitanos, como José de Oliveira Ascensão e Jorge Miranda, também enfrentam o tema com precisão suficiente para terem os seus pensamentos visitados e invocados. Por ora, entretanto, é oportuno e imprescindível fazermos uma abordagem individualizada, ainda que rápida, do pensamento dos dois autores anteriormente mencionados.

5.3.1 **Canotilho: Monopólio Jurisdicional; Critério das Duas Palavras; Reserva de Juiz e Reserva de Tribunal**

O pensamento de Canotilho a respeito do tema *Reserva de Jurisdição* parte do pressuposto de que tal tema não se restringe ao *campo fechado do direito constitucional judiciário*, já que invoca princípios estruturantes de toda a ordem constitucional, como o princípio do Estado de Direito e o princípio da Divisão de Poderes, conduzindo à ideia de que a rejeição da *justiça privada* ou *justiça pelas próprias mãos* implica a atribuição da função jurisdicional a *órgãos imparciais particularmente qualificados* e que tais órgãos devem ter o monopólio da jurisdição³⁷⁶.

Canotilho procura identificar o alcance desse monopólio jurisdicional, socorrendo-se do chamado *critério das duas palavras* e distinguindo o “monopólio da última palavra” do “monopólio da primeira palavra”.

No primeiro caso – “monopólio da última palavra” –, ainda que legítima a intervenção inicial de outros Poderes, reserva-se ao Judiciário a última palavra sobre a questão, ou seja, preserva-se sempre o direito de acesso à Justiça, o que ocorre normalmente nos litígios comuns da vida privada ou mesmo em casos de violação de direitos de particulares por parte do Estado.

³⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 668.

Assim se expressa o insigne constitucionalista:

o ‘monopólio da última palavra’ ou ‘monopólio dos tribunais’ significa, em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma *garantia de justiça*, igual, efetiva e assegurada através de ‘processo justo’ para defesa das suas posições jurídico-subjetivas. Esta garantia de justiça tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses dos particulares por medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (*monopólio da última palavra contra atos do Estado*) como em casos de litígios entre particulares e, por isso, carecidos de uma decisão definitiva e imparcial juridicamente vinculativa (*monopólio da última palavra em litígios jurídico-privados*)³⁷⁷.

O segundo caso – “monopólio da primeira palavra” -, se verifica quando a competência do juiz para apreciar determinadas questões abrange não apenas a última e decisiva palavra, como ocorre no monopólio acima identificado, como também a primeira palavra, ou seja, a competência do juiz para *uma palavra de direito* implica a exclusão de qualquer outro pronunciamento anterior, havendo um monopólio, por assim dizer, absoluto.

São estes os termos em que o autor coloca o seu entendimento:

Diz-se que há um ‘monopólio da primeira palavra’ (...) quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra, mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas³⁷⁸.

Aqui há de se salientar que o *monopólio da primeira palavra* tanto ocorre nos casos em que há uma expressa e específica previsão constitucional, como, por exemplo, na decretação de uma prisão, quanto naqueles em que “não existe qualquer razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios”, o que ocorre quando estão em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional, no que exemplifica com *questões do foro criminal*, considerando que nestas “é sempre inadmissível qualquer procedimento administrativo prévio”³⁷⁹.

Enxergando, portanto, o monopólio jurisdicional segundo o *critério das duas palavras* – e desdobrando-o em *monopólio da última palavra* e *monopólio da primeira palavra* –, duas vinculações, presentes no desenvolvimento do pensamento de Canotilho, são de percepção automática.

³⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 668.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 669.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 669.

A primeira é a de que o monopólio jurisdicional, principalmente em face da sua necessária atribuição a *órgãos imparciais particularmente qualificados*³⁸⁰, conduz necessariamente à ideia de uma Reserva de Jurisdição, de uma Reserva da Função de Julgar. A segunda é a de que há uma correlação direta entre as duas formas de manifestação do monopólio jurisdicional, por um lado, e o que se costuma chamar de Reserva Relativa e Reserva Absoluta de Jurisdição, por outro, de forma que o monopólio da última palavra conduz a uma Reserva Relativa de Jurisdição, ao passo que o monopólio da primeira palavra a uma Reserva Absoluta.

É a partir desta concepção que Canotilho contempla a Reserva de Jurisdição, fazendo inicialmente a distinção entre *Reserva de Juiz* e *Reserva de Tribunal*, utilizando, para tanto, os mesmos parâmetros utilizados para distinguir o monopólio da primeira palavra e o monopólio da última palavra.

Assim, a Reserva de Juiz significa que “em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última, mas também a primeira palavra”³⁸¹, ou seja, há o que chamamos de monopólio da primeira palavra, há uma Reserva Absoluta de Jurisdição. Já a Reserva de Tribunal ou Reserva da Via Judiciária exprime a ideia de que “relativamente a algumas situações é legítima a intervenção de outros poderes (notadamente administrativos) desde que seja assegurado depois o direito de acesso aos tribunais”³⁸², ou seja, há apenas um monopólio da última palavra, uma reserva relativa de jurisdição.

Canotilho segue distinguindo, ao afirmar, por outras palavras, que “na *reserva de juiz* verifica-se uma reserva *total* da função jurisdicional quanto à decisão de certas questões; na *reserva de tribunal*, a reserva é *parcial*, as mais das vezes porque não existe uma intervenção inicial do juiz”³⁸³.

Há, pois, uma nítida distinção, dentro de sua concepção de Reserva de Jurisdição, entre a Reserva de Juiz e a Reserva de Tribunal, esta última também por ele denominada de Reserva da Via Judiciária.

Aqui se faz necessário destacar que essa distinção, professada por Canotilho e considerada manifestação primeira de sua abordagem do tema Reserva de Jurisdição, parece ter norteado, no Brasil, os enfrentamentos ocorridos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os quais culminaram com as decisões – em especial

³⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 668.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 669.

³⁸² *Ibidem*, p. 665.

³⁸³ *Ibidem*, p. 664-665.

as conduzidas pelo Ministro Celso de Melo e aqui já registradas – que delinearão o alcance dos *Poderes judiciais* das Comissões Parlamentares de Inquérito como também, até certo ponto, das manifestações doutrinárias.

Percebemos, sem dificuldades, uma vinculação inicial que faz a Corte Suprema brasileira entre a Reserva de Jurisdição e o que Canotilho chama de *Reserva de Juiz*, que consiste na reserva absoluta que decorre do *monopólio da primeira palavra*, em que cabe ao juiz não apenas a última, mas também a primeira palavra.

É neste sentido que, em acórdão já citado da lavra do Ministro Celso de Melo, se afirma, com utilização da mesma nomenclatura, que “a cláusula constitucional da reserva de jurisdição (...) traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra”³⁸⁴.

Essa vinculação da Reserva de Jurisdição direta e exclusivamente a apenas uma de suas manifestações, mais precisamente à *Reserva de Juiz*, conduziu o Supremo Tribunal Federal a uma percepção inicialmente restrita do tema, de forma a identificar a Reserva de Jurisdição tão somente com o que denominamos *Reservas Específicas de Jurisdição*, ou seja, com as Reservas Específicas explicitadas constitucionalmente e atribuídas com exclusividade ao juiz, como é o caso da decretação de prisão (art. 5º, LXI, da Constituição Federal) e da quebra de alguns direitos fundamentais (art. 5º, XI e XII, da Constituição Federal).

Devemos perceber, entretanto, que, na visão de Canotilho, nem mesmo a *Reserva de Juiz* se esgota nas reservas expressas no texto constitucional, tendo em vista que essa Reserva Absoluta ou Total de Jurisdição, decorrente do monopólio da primeira palavra e que determina que o juiz tenha não somente a última, mas também a primeira e decisiva palavra, contempla igualmente situações além das especificadas e individualizadas na Constituição Federal, conforme acima já acentuado, a exemplo das *questões do foro criminal*, insuscetíveis de procedimento administrativo prévio.

Talvez tenha sido na esteira desta visão um pouco mais alargada – mesmo que ainda restrita ao contexto da *Reserva de Juiz*, desconsiderando uma visão que contemplasse, também, a *Reserva de Tribunal* –, que a jurisprudência do Supremo

³⁸⁴ STF (Pleno), MS 23452-RJ, Relator: Min. Celso de Melo, Julgamento em 16 de setembro de 1999, pub. DJ 12/5/2000, PP-00020.

Tribunal Federal avançou para além das Reservas constitucionalmente explicitadas, passando a contemplar sob o manto da denominação de Reserva Jurisdicional também outras medidas não especificadas na Constituição Federal como, por exemplo, a indisponibilidade de bens e a quebra de segredo de justiça, ambas já citadas anteriormente.

Entretanto, a amplitude até esse limite ainda não alcança a plenitude do pensamento de Canotilho, cuja visão a respeito do tema é ainda mais abrangente, de tal forma que a *Reserva de Juiz*, assim como a *Reserva de Tribunal*, é apenas implicação de uma ideia mais ampla que é a Reserva de Jurisdição, entendida como uma Reserva Material da Função Jurisdicional, decorrente do próprio postulado da Separação de Poderes e da necessária independência do Poder a que se atribui, de forma diferenciada de outras funções estatais, a função de julgar, e que adentra no campo da própria substância desta função.

Neste sentido e de forma direta e clara, leciona Canotilho:

A independência judicial postula o reconhecimento de uma **reserva de jurisdição** entendida como **reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional**. Esta reserva de jurisdição atua simultaneamente como limite de atos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional³⁸⁵.

Deixemos para um momento posterior o exame dessa atuação limitadora da Reserva de Jurisdição, que repercute, portanto, sobre as demais funções do Estado – legislativa e executiva – focalizando, por ora, apenas a concepção que tem o mestre de Coimbra sobre o exato significado dessa Reserva de Jurisdição, a começar por seu sustentáculo teórico, cuja compreensão revela a exata dimensão em que foi concebida tal ideia.

Observando no pensamento de Canotilho um momento anterior ao que contempla e explicita a Reserva de Jurisdição, não há dificuldade em encontrarmos as suas bases teóricas na concepção que o mesmo traz do *princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania*, que na Constituição portuguesa está consagrado no artigo 111. Partindo do pressuposto de que “o resultado desta divisão não é a existência de vários *poderes*, mas a existência de funções diferenciadas”³⁸⁶, Canotilho reconhece tais bases mais diretamente nos critérios que contempla como

³⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 664.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 551. Grifos nossos.

permissivos de uma teoria constitucionalmente adequada das funções do Estado, ou seja, nos critérios de ordenação das funções do Estado.

Tais critérios conduzem a três modelos não necessariamente excludentes e que, ao contrário, “estão muitas vezes misturados na discussão do significado e alcance constitucional do *princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania*”³⁸⁷: o *modelo do balanceamento (checks and balances)*, o *modelo da justiça funcional* (ou *justeza funcional*) e o *modelo do núcleo essencial*.

O *modelo do balanceamento* gravita em torno da ideia de que “através de pesos e contrapesos recíprocos, os vários *poderes* encarregados de várias e distintas funções operam um controlo recíproco (‘o poder para o poder’), o que garante a liberdade dos indivíduos e evita o surgimento de um *Poder* totalizador do Poder do Estado. Já o *modelo da justiça funcional* (ou *justeza funcional*) se funda na assertiva de que “a separação e a interdependência exige uma estrutura orgânica funcionalmente adequada”, o que significa que “a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada”³⁸⁸.

Por fim, há o *modelo do núcleo essencial*, que parte do pressuposto de que aos órgãos de soberania, separados e interdependentes, são confiadas funções materialmente diferenciadas, o qual está contido na seguinte asserção de Canotilho:

a interdependência torna aceitável a interpenetração de funções, mas com um limite básico e incontornável: o *núcleo essencial* de cada um destas funções remete para um campo de tarefas típico de cada um dos órgãos de soberania, tarefas essas que não poderão deslocar-se para outros órgãos sob pena de a violação do núcleo essencial ser sintoma da violação do princípio da separação³⁸⁹.

No desenvolvimento de sua ideia, percebe-se que Canotilho contempla no ordenamento constitucional português uma convivência harmônica e articulada entre esses três critérios, de forma a tentar captar, a partir dos mesmos, “o sentido da ordenação das funções do Estado mediante o apelo a uma *teoria material das funções do Estado*”³⁹⁰ e, partindo da constatação de que a Constituição lusitana

³⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 552. Grifos nossos.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 551-552.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 551.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 552. Grifos do autor.

continua a se referir às três funções do Estado – legislativa, jurisdicional e administrativa –, distribuídas por várias estruturas orgânicas, conclui que:

A função deixou de estar exclusivamente associada a um órgão, mas a falta de um suporte orgânico único torna mais premente a exigência de uma *caracterização material* que forneça transparência à escolha de competências e à distribuição de funções positivamente plasmadas na Constituição³⁹¹.

Dessa forma, é no contexto de compreensão do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania a partir dos critérios de ordenação das funções do Estado – balanceamento, justeza funcional e núcleo essencial –, os quais, articulados e harmonizados, não afastam a ideia de certa *caracterização material das funções do Estado* nem a abraçam em formato que possa representar a própria negação desses critérios, mas, ao contrário, fazem emanar o sentido e a compreensão da *separação* como princípio que pressupõe e ao mesmo tempo conduz a uma relativa adequação entre órgão e função, ao equilíbrio dos Poderes e à teoria do núcleo essencial, que se situa a concepção de Canotilho acerca da Reserva de Jurisdição.

É aí que a Reserva de Jurisdição aflora, não como afirmação – como poderíamos pensar em um primeiro e inadvertido momento – mas como negação de uma Separação rígida que indevidamente pudéssemos caracterizar como a atribuição de certas funções a determinados órgãos de forma exclusiva e absoluta, ainda que, evidentemente, não abandone nem deixe de perseguir a justeza funcional, a adequação entre órgão e função. Uma Reserva de Jurisdição, portanto, tangenciada pela ideia de um núcleo essencial de função que, sem desprezar a interdependência e a interpenetração funcional necessárias ao equilíbrio político, conduz a um campo de tarefas típico de cada órgão e, portanto, em raciocínio mais específico, reserva ao órgão titular do exercício da jurisdição um conteúdo material típico, ainda que mínimo, dessa função.

É neste contexto e com essas bases teóricas, portanto, que Canotilho contempla a Reserva de Jurisdição, de forma ampla, não obstante as distinções que nela percebe, entendendo-a como a “reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional”³⁹².

³⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 553.

³⁹² *Ibidem*, p. 664.

5.3.2 Paulo Rangel: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial

Outro doutrinador lusitano fundamental para a compreensão do tema *Reserva de Jurisdição* e cujo pensamento é de exame obrigatório, é Paulo Rangel, que tentou extrair um sentido dogmático da expressão e, em seguida, partindo das decisões do Tribunal Constitucional português, procurou identificar a percepção jurisprudencial acerca da Reserva de Jurisdição.

Quanto ao sentido dogmático, Paulo Rangel inicia por registrar a *plasticidade* da figura da Reserva de Jurisdição, seja pelo fato de que a Constituição portuguesa não utilizou – pelo menos expressamente – tal fórmula, mesmo naqueles preceitos em que, em face do estabelecimento de uma competência privativa e exclusiva da autoridade judicial, não há nenhuma dúvida de que se está diante de uma Reserva de Jurisdição; seja pelo fato contrastante da expressa consignação, no texto constitucional português, da chamada *reserva de lei*, de sentido imediatamente apreensível; seja, ainda, pelo fato de que nas construções dogmáticas “o estabelecimento de uma reserva de jurisdição estava ainda ao serviço da reserva de lei” e, mais ainda, “seria até uma garantia efectiva dessa reserva de lei, porquanto se acreditava que ao juiz se circunscrevia a aplicar a lei ao facto”, de tal forma que “o sentido de reserva de jurisdição exauria-se nesse carácter essencialmente instrumental ante o princípio da reserva de lei”³⁹³; seja, por fim, pela evolução e alteração da compreensão tanto da *reserva de lei* quanto da atividade jurisdicional que findou por quebrar este vínculo entre uma e outra.

Não obstante a coincidência dessas observações com o que se poderia observar da realidade constitucional brasileira, esse exame não merecerá aprofundamento; em vez disso, buscaremos alcançar a percepção do doutrinador acerca do sentido dogmático da Reserva de Jurisdição, o que interessa mais diretamente a este estudo.

No balizamento de seu pensamento sobre a Reserva de Jurisdição, duas considerações sobre a *Reserva* – compreendida aqui de forma geral e não apenas adstrita à função jurisdicional e, portanto, abrangendo também as Reservas referentes às demais funções do Estado – são essenciais.

³⁹³ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 14.

A primeira é a de que, diante de um ambiente que Rangel classifica como *promiscuidade dos Poderes*, “com a fixação de uma reserva parece de novo querer ligar-se a *dimensão organizatória* à *dimensão material* dos ‘poderes’ ou ‘funções’ estaduais”, e explica:

Pretende-se que um determinado tipo de actos (seguramente, revestindo uma dada *idiosincrasia* material) sejam necessariamente praticados (ou, no mínimo, *autorizados* ou *tolerados*) por um certo órgão, pretensamente detentor de características que o convertem no órgão mais adequado à prática dos ditos actos. É que convém lembrar que a complexificação dos Estados hodiernos conduziu a um *amolecimento* ou *esbatimento* da rigidez com que inicialmente foi entendido o princípio da separação dos poderes. E tanto é assim que a afirmação de que a *separação dos poderes* congloba, antes do mais, uma idéia de *interdependência e colaboração dos poderes* constitui hoje o mais comum dos lugares-comuns da doutrina constitucional.

E conclui:

Com o estabelecimento de uma ‘reserva’ pretende justamente garantir-se que o órgão político constitucionalmente pensado para se desincumbir de uma certa função, o faça efectivamente (e sem interferências de outro órgão). Trata-se, pois, de uma *técnica normativa* destinada a revigorar a ideia da *separação dos poderes*³⁹⁴.

A segunda consideração, de acordo com o pensamento de que a “ideia de Reserva” – inclusive a de lei e de administração – não é uma ideia politicamente neutra, de tal forma que “ao procurar acantonar o desempenho de certa função no terreno da competência de dado órgão, o princípio da reserva está já ao serviço de um certo equilíbrio político”, é resumida pelo autor:

Ao se assegurar uma reserva de lei, trata-se de arbitrar ao órgão legislativo (ou aos órgãos legislativos) um *espaço próprio* no qual possa desenvolver livremente a *avaliação política* em que essencialmente consiste a legislação. E, reciprocamente, ao se estatuir uma reserva de administração, do que se trata é de garantir ao órgão administrativo o integral respeito pelo espaço discricionário que lhe foi deixado pelo legislador e de o pôr ao abrigo das arremetidas de uma possível fiscalização jurisdicional. Num caso, deixa-se ao órgão político por excelência a decisão onde se afirma a necessidade de escolha com base em avaliações políticas; no outro, confia-se ao agente que está numa especial posição perante o interesse público a exclusividade da decisão.

(...)

³⁹⁴ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 27-28.

em conclusão, com o acolhimento e o estabelecimento de reservas empresta-se também à separação dos poderes uma dimensão política³⁹⁵.

Portanto, na percepção de Paulo Rangel, as *Reservas* – entendidas de maneira ampla, repita-se – estão a serviço de um resgate da ligação entre as dimensões organizatória e material dos *Poderes* ou *funções* estatais, como também do equilíbrio político entre estes Poderes do Estado.

Aqui cabe a observação de que a noção do constitucionalista lusitano acerca da Reserva de Jurisdição guarda uma correlação quase absoluta desta com a Separação de Poderes – que, a rigor, seria o seu manancial, a fonte de onde decorre a sua concepção – e, mais precisamente, com a Separação de Poderes, nas dimensões anteriormente denominadas *orgânico-funcional e política*.

Reforçando tal perspectiva, Paulo Rangel conjuga as duas considerações acima expostas para produzir, com reconhecido exagero, mas, ao mesmo tempo, com particular acerto da ideia inspiradora que traz implícita, uma consideração conclusiva a respeito, o que faz nos seguintes termos:

A consagração constitucional de *reservas*, nos termos expostos, vem a corresponder à necessidade de instituir poderes separados, num sentido que seja (de novo) simultaneamente ‘material’, ‘organizacional’ e ‘político’. Ou dito de outro modo, pela instituição de reservas constitucionais logra-se a realização do princípio da separação dos poderes, em sentido material, político e organizacional, a ponto de se poder afirmar, descontado que seja algum exagero, que **a reserva é o novo nome da separação dos poderes**³⁹⁶.

Saindo do ambiente amplo das *Reservas* – sejam de lei, de administração ou, também, jurisdicionais – e focando especificamente na Reserva de Jurisdição, mas sem perder de vista a sua vinculação com a Separação de Poderes em sua dupla dimensão, Paulo Rangel observa que o tema das *Reservas* se identifica de forma muito mais acentuada com a atividade jurisdicional do que com qualquer outra e, ainda, que a Reserva de Jurisdição explicita a função política da atividade jurisdicional.

No que diz respeito à primeira observação, o autor lusitano parte da constatação de que a *caracterização material da atividade jurisdicional* inclui, com

³⁹⁵ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 29-30.

³⁹⁶ Ibidem, p. 30-31. Grifos do autor.

frequência, a qualificação dos próprios órgãos que desempenham tal função, do que decorre a exigência de que os tribunais ou juízes sejam, por exemplo, independentes, imparciais, inamovíveis, etc.

É por esta razão que, no seu pensar, “a poucas matérias quadrará tão bem a ideia de reservas como à do desenvolvimento da atividade jurisdicional”. Paulo Rangel acrescenta que tal constatação se evidencia “se houvermos em devida conta que, com a institucionalização de uma reserva, se pretende religar a dimensão material da separação dos poderes à dimensão organizatória dos mesmos”, pelo que conclui que “a ideia de reserva quase que aparece – não como uma pura imposição constitucional heterônoma – mas como algo de conatural à definição do poder ou da função jurisdicional”³⁹⁷.

Por outro lado, colocando acento na explicitação, pela Reserva de Jurisdição, da função política – ainda que de natureza jurídica – da atividade jurisdicional e contemplando, portanto, a Separação de Poderes em sua dimensão política, expõe Rangel:

Assim como se deixa ao legislador a decisão, ali onde se apresenta um interesse cardinalmente político; e assim como se entrega ao administrador a decisão, lá onde se patenteia a necessidade de prosseguir um interesse público (administrativo); também terá de abrir-se um espaço de decisão (própria) ao juiz, aí onde se trate de validar ou legitimar um acto (privado ou público) segundo o direito. Numa palavra, com a organização e o reconhecimento de uma reserva de jurisdição, reconhece-se, de plano, a função política da jurisdição³⁹⁸.

Há, pois, com o reconhecimento da Reserva de Jurisdição – a par da adequação entre órgão e função e, talvez, até mesmo na esteira da ligação entre a *dimensão material* da Separação dos Poderes à *dimensão organizatória* dos mesmos – uma explicitação da dimensão política da Separação de Poderes, do equilíbrio político entre os Poderes ou, dito de outro modo, uma compreensão da Separação de Poderes em um *sentido inquestionavelmente político*.

Em uma e outra observação, portanto, o que evidenciamos é que, na concepção de Paulo Rangel, também a Reserva de Jurisdição, especificamente considerada – assim como a própria ideia de *Reservas*, consideradas de forma abrangente –, se traduz em uma inequívoca manifestação e explicitação da

³⁹⁷ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 35-36.

³⁹⁸ Ibidem, p. 36.

Separação de Poderes, contemplada particularmente em suas dimensões *política e orgânico-funcional*.

É este o sentido dito dogmático da Reserva de Jurisdição.

Paulo Rangel, entretanto, tal como anteriormente já enunciado, também busca um sentido jurisprudencial da Reserva de Jurisdição, captando tal sentido no pensamento que emana das decisões do Tribunal Constitucional português.

Neste ponto, devemos salientar que, para o doutrinador, a jurisprudência do Tribunal Constitucional foi, naquele país, “a instância jurídica que construiu e apurou esse conceito de reserva de jurisdição”³⁹⁹, razão pela qual é *a partir dela e com base nela* que procura melhor sistematizar o alcance e o sentido desse princípio no ordenamento constitucional português.

Inicia por identificar os fundamentos adotados pelo Tribunal Constitucional que embasam a conceituação de Reserva de Jurisdição, os quais denomina *linhas de força*. Em princípio são dois.

O primeiro diz respeito ao conceito material de função jurisdicional acolhido pelo Tribunal, o qual, fundado nas lições do administrativista Afonso Queiró, considera ato materialmente jurisdicional aquele que objetiva a “resolução de um conflito de interesses num caso concreto”, que esteja “de acordo com cânones ou critérios normativos jurídicos” e, ainda, que “não tenha outro fim senão esse mesmo de dar uma solução jurídica ao conflito”⁴⁰⁰.

O segundo fundamento que, segundo Paulo Rangel, “vem justamente a preencher o conteúdo do princípio da reserva de jurisdição (tal como é jurisprudencialmente definido)”, é aquele que “se consubstancia na exigência de que o acto materialmente jurisdicional esteja devolvido à competência de um tribunal, de um órgão jurisdicional *hoc sensu*”⁴⁰¹.

Salientamos, neste ponto, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional considera que

para que determinado órgão possa ser qualificado como tribunal, não basta, nem pode bastar, que lhe haja sido cometida uma competência materialmente incluída na função jurisdicional (...) se assim não fosse, se esvaziaria completamente de conteúdo a referida reserva de função jurisdicional aos tribunais, na medida em

³⁹⁹ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 37.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 43.

que todo e qualquer órgão em tribunal se converteria pela mera atribuição de uma competência materialmente jurisdicional⁴⁰².

Desta forma, o Tribunal Constitucional, perseguindo um conceito constitucionalmente adequado de *tribunal* e encontrando na *independência* uma ligação com a natureza da jurisdição, chega à conclusão de que “os tribunais não de ser visualizados como sendo só aqueles órgãos de soberania que, exercendo funções jurisdicionais, sejam suportados por juízes que desfrutem totalmente de independência funcional e estatutária” (Acórdãos n. 71/84, 72/84 e 104/85 do Tribunal Constitucional)⁴⁰³.

Faz-se necessário observar que, mesmo posteriormente ao escrito de Paulo Rangel e até mesmo com fundamento em seus ensinamentos, o Tribunal Constitucional português persistiu com tal entendimento sobre a configuração dos *tribunais*, assim como sobre o conceito material de jurisdição e mesmo da própria Reserva de Jurisdição e de seu significado como manifestação da Separação de Poderes, o que se pode exemplificar com trecho do Acórdão n. 620/2007 (processo 1130/2007), relatado pelo Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha:

O entendimento geral é o de que a Constituição pretendeu, deste modo, instituir uma **reserva de jurisdição, entendida como uma reserva de competência para o exercício da função jurisdicional em favor exclusivamente dos tribunais**. Nesse sentido, poderá apenas discutir-se o âmbito de delimitação dessa reserva, quer por efeito das dificuldades que possa suscitar, em cada caso concreto, a distinção entre função administrativa e função jurisdicional, quer por via da maior ou menor latitude que se possa atribuir ao conceito (sobre os diferentes níveis ou graus de reserva, cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 7ª edição, págs. 668-670; VIEIRA DE ANDRADE, *A reserva do juiz e a intervenção ministerial em matéria de fixação das indemnizações por nacionalizações*, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVII, n.ºs 274/276, Julho/Dezembro, 1998, pág. 224; PAULO RANGEL, **Reserva de jurisdição. Sentido dogmático e sentido jurisprudencial**, Porto, 1997, págs. 59-66; JOAQUIM PEDRO CARDOSO DA COSTA, *O princípio da reserva do juiz face à Administração Pública na jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra, 1994 (policopiado), págs. 34-35.

A existência de uma reserva de jurisdição é a necessária decorrência da aplicação dos princípios da separação e interdependência de poderes: sendo a competência dos órgãos de soberania definida na Constituição e devendo estes observar a separação e a interdependência nela estabelecidas (artigos 110.º, n.º

⁴⁰² RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 43-44.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 47.

2, e 111.º, n.º 1), haverá de concluir-se que **a atribuição constitucional de determinada competência a um certo órgão de soberania exclui a possibilidade de ela poder vir a ser legalmente atribuída a qualquer outro, salvo explícita ou implícita autorização constitucional** (neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 71/84, publicado no Diário da República, II Série, de 2 de Janeiro de 1985).

Por outro lado, a reserva de jurisdição concretiza-se através de uma *reserva do juiz*, no sentido de que, dentro dos tribunais, só os juízes poderão ser chamados a praticar os actos materialmente jurisdicionais (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 3ª edição revista, pág. 792; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, 2007, pág. 32).

(...)

Um outro princípio inerente à reserva de jurisdição consubstancia-se na exigência de que o órgão jurisdicional ao qual possa ser atribuída a função de julgar se encontre rodeado das necessárias garantias de independência e imparcialidade.

A esse propósito, escreveu-se no já citado acórdão do Tribunal Constitucional n.º 71/84: [...] para que determinado órgão possa ser qualificado como tribunal não basta, nem pode bastar, que lhe haja sido cometida uma competência materialmente incluída na função jurisdicional. É que se assim fosse, esvaziar-se-ia completamente de conteúdo a referida reserva da função jurisdicional aos tribunais, na medida em que todo e qualquer órgão se converteria em tribunal pela mera atribuição de uma competência materialmente jurisdicional. Para que um determinado órgão possa ser qualificado como tribunal é necessário, antes de mais, que ele seja «independente», como o exige o artigo 208.º da Constituição (o actual artigo 203º).

Por isso, há-de concluir-se, como também se refere no acórdão n.º 171/92 (publicado no Diário da República, II Série, de 18 de Setembro de 1992), «que tribunais não-de ser visualizados como sendo só aqueles órgãos de soberania que, exercendo funções jurisdicionais, sejam suportados por juízes que desfrutem totalmente de independência funcional e estatutária, não bastando, pois, a mera atribuição de poderes às entidades da Administração para, na resolução dos assinalados casos concretos, poderem decidir sem sujeição a ordens ou instruções».

(...)

Por tudo, e em suma, como é sublinhado por PAULO RANGEL, a reserva de jurisdição, tal como está consagrada nos artigos 202º e 203º da Constituição e nos preceitos subsequentes que regulam o estatuto dos juízes (artigos 215º a 218º), pressupõe a necessária convergência entre a dimensão material e a dimensão organizatória da jurisdição, e postula a eliminação das reminiscências da caracterização da função judicial como função pública e a plena assunção dos juízes como titulares de órgãos de soberania (*Repensar o poder judicial. Fundamentos e fragmentos*, Porto, 2001, págs. 175 e 299)⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>. Último acesso em: 8 set. 2009.

Feita tal observação, que bem demonstra a atualidade do pensamento de Paulo Rangel e de sua análise na jurisprudência do Tribunal Constitucional português e tendo sido delineados os dois fundamentos iniciais em que, no seu entender, dão sustentação à construção jurisprudencial da Reserva de Jurisdição, avancemos na compreensão de sua elaboração teórica.

A partir dos dois fundamentos acima explicitados – ou *linhas de força* – o autor observa que o Tribunal Constitucional enfrenta o problema da Reserva de Jurisdição sob uma *perspectiva multidimensional*, de forma que muitas vezes não distingue a Reserva de Jurisdição em sua perspectiva restrita, decorrente do artigo 205 da Constituição portuguesa, daquela perspectiva ampla, que decorre do *acesso ao direito e aos tribunais*, tal qual insculpido no artigo 20.

Nesta perspectiva global, o Tribunal Constitucional aderiu, segundo o doutrinador, “a uma noção ampla de reserva de jurisdição, que recolhe, no seu âmbito, todas as garantias que circundam o exercício da atividade jurisdicional”, pelo que predomina uma Reserva de Jurisdição de modo que “em caso de uma controvérsia que tenha por objectivo a interpretação de uma norma jurídica, a ninguém poderá ser negada a possibilidade de a mesma ser resolvida por um juiz regularmente constituído”⁴⁰⁵.

Não escapa à observação do doutrinador o fato de que essa perspectiva ampla da Reserva de Jurisdição, extraída da jurisprudência do Tribunal Constitucional, não é coincidente, pelo menos inicialmente, com a noção que esboçou quando do seu exame teórico, dogmático, considerando que, na perspectiva teórica, a Reserva de Jurisdição foi encarada do ponto de vista da Separação de Poderes, ao passo que, na perspectiva do Tribunal Constitucional, a mesma é vislumbrada do ponto de vista do direito dos cidadãos.

Paulo Rangel parte, entretanto, para um terceiro fundamento – ou terceira *linha de força* – que, a nosso ver, muito melhor se traduz em uma conclusão dos fundamentos anteriormente postos e da decorrente amplitude que o mesmo vislumbra na perspectiva do Tribunal Constitucional acerca da Reserva de Jurisdição. De qualquer forma, considera como terceiro fundamento, que pressupõe a aceitação da já mencionada noção ampla de Reserva de Jurisdição, consagrada

⁴⁰⁵ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 58.

pela Constituição portuguesa, na visão do Tribunal Constitucional, uma *Reserva total ou quase total de Jurisdição*:

Com a expressão ‘reserva total ou quase total de jurisdição’ quer significar-se que – nos termos já vistos e sempre reafirmados pelo Tribunal Constitucional – aí onde se apresente um conflito de interesses ou pretensões (jurídico ou juridicamente relevante):

- a) aos conflitantes é arbitrado o direito a que aquele seja resolvido (definitivamente) por um tribunal,
- b) e ao tribunal é atribuída uma competência indisputável para o resolver⁴⁰⁶.

Mas mesmo diante desse conceito de *Reserva total ou quase total de Jurisdição*, que pela jurisprudência constitucional portuguesa se insere no texto da Constituição, não se pode dizer que tal Reserva tenha sempre igual intensidade e extensão. Paulo Rangel, reconhecendo diferentes níveis ou graus de Reserva de Jurisdição, avança sobre uma proposta de classificação desses níveis de Reserva, agora sob inspiração jurisprudencial e não mais estritamente dogmática e teórica.

Em sua classificação, contempla e nomina a *Reserva Absoluta de Jurisdição*, que distingue entre Especificada ou Não Especificada, e *Reserva Relativa de Jurisdição*, que entende Integral ou Parcial.

Para delinear a *Reserva Absoluta*, o doutrinador recorre, assim como Canotilho, ao chamado *critério das duas palavras*, para considerar como tal aquelas matérias em que os tribunais detêm não apenas a última, mas, também, a primeira palavra, ou seja, detêm a competência para dar a palavra sobre uma questão de direito, com exclusão de idênticas manifestações por parte de outros órgãos, configurando-se aquilo que o mestre de Coimbra chamou de *monopólio de juiz*.

A Reserva Absoluta pode se referir àquelas situações especificamente previstas em preceitos constitucionais – decretação de prisão, quebra da inviolabilidade de domicílio, etc. – que Paulo Rangel a chama de *Reserva Absoluta Específica de Jurisdição*, também admitindo uma reserva desta natureza de origem ou criação legal. A Reserva Absoluta pode também, no seu entender, se encontrar *fora destas áreas delimitadas constitucionalmente ou legalmente* que, não obstante reconheça se inserir em um *terreno pouco firme*, admite como *Reservas Absolutas Não Especificadas*, cuja determinação se verifica segundo *certo critério material e sua concretização pela jurisprudência*. Tal critério necessariamente coincide com

⁴⁰⁶ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 60.

aqueles atos materialmente jurisdicionais acima já mencionados, cujos conceitos já haviam sido extraídos da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

No que diz respeito à *Reserva Relativa*, Paulo Rangel igualmente remete ao *critério das duas palavras* para defini-la como aquela em que ao juiz compete tão somente a última palavra, admitindo-se a intervenção decisória anterior de uma autoridade não jurisdicional, o que faz nos seguintes termos:

A reserva diz-se relativa precisamente quando ao juiz, constitucionalmente, já só compete a última palavra. Aí admite-se que haja uma primeira intervenção decisória de uma autoridade não jurisdicional (paradigmática, mas não necessariamente, a Administração), ainda que essa intervenção esteja depois exposta a um controlo judicial⁴⁰⁷.

Tal Reserva Relativa de Jurisdição, por sua vez, ainda na visão de Paulo Rangel, também comporta variação em sua extensão, de forma que tanto pode constituir uma Reserva Relativa Integral, em que a jurisdição é plena e se pode refazer, de forma plena e em toda a sua extensão, a decisão inicialmente proferida fora das vias judiciais, ou em uma Reserva Relativa Parcial, em que o tribunal não tem tal plenitude, podendo apenas fazer um controle de simples legalidade ou de mera anulação.

É esta, portanto, a classificação que traz o doutrinador português acerca da Reserva de Jurisdição – *Reserva Absoluta*, Especificada ou Não Especificada, e *Reserva Relativa*, Integral ou Parcial, – restando, para concluir este tópico, uma última e importante observação.

Considerando a classificação proposta, é seguramente na hipótese de *Reserva Relativa de Jurisdição* que a jurisprudência brasileira tem contemplado, de forma menos nítida, a existência de uma Reserva de Jurisdição, seja porque não a considere como tal, seja por contemplá-la apenas como o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional ou a garantia de *acesso à justiça*.

Neste particular, lapidar é a lição que nos traz o doutrinador cuja obra se examina:

A reserva relativa é ainda uma autêntica reserva de jurisdição (e não apenas, como às vezes parece pressupor-se, **uma garantia de acesso à via judiciária**). Com efeito, mesmo na jurisprudência do TC, o recurso ao critério das duas palavras pode inculcar a idéia de que não haveria reserva de jurisdição, lá onde ao tribunal fosse

⁴⁰⁷ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 65.

confiada somente a última palavra. Pois bem, importa deixar claro que **um tribunal, mesmo quando se limita a proferir a última palavra, exerce uma função que lhe está constitucionalmente reservada e que não poderá ser exercida por nenhuma outra autoridade.** É que a vulgarmente designada garantia de acesso via judiciária **implica o desenvolvimento de atividade materialmente jurisdicional que só poderá ser levada a efeito por um tribunal**⁴⁰⁸.

Há, portanto, de forma inequívoca, na formulação que se faz a partir da observação jurisprudencial, seja a título de Reserva Absoluta de Jurisdição, Especificada ou Não Especificada, seja a título de Reserva Relativa, Integral ou Parcial, a contemplação de uma Reserva de Jurisdição em seu sentido mais alargado.

Em suma e considerando os dois sentidos examinado por Paulo Rangel – dogmático e jurisprudencial –, poderíamos dizer que, no seu pensamento, a Reserva de Jurisdição, vista sob um ângulo dogmático e teórico, constitui inequívoca manifestação do princípio da Separação de Poderes, vislumbrado especialmente em suas dimensões *política* e *orgânico-funcional*, e, vista por um ângulo jurisprudencial, em especial à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, comporta uma contemplação ampla e abrangente e que, classificada pelo mesmo como *Absoluta* ou *Relativa*, engloba tanto o que inicialmente consideramos como Reserva Específica de Jurisdição quanto o que chamamos de Reserva Geral de Jurisdição.

5.4 ELEMENTOS PARA UMA CLASSIFICAÇÃO DE RESERVA DE JURISDIÇÃO CONCEITUALMENTE ADEQUADA E ADAPTADA AO DIREITO BRASILEIRO

A partir da primeira noção de Reserva de Jurisdição que acima se esboçou e de sua percepção, ainda que restrita, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras e, ainda, tendo sido contempladas as profundas inserções da doutrina constitucional lusitana no tema, da qual emana uma abrangência classificatória suficiente para – pelo menos – nortear qualquer outra que se pretenda fazer, já seria possível arriscar uma classificação que fosse adequada ao direito brasileiro.

⁴⁰⁸ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 68. Grifos nossos.

O que se nos revela imprescindível, entretanto, muito mais do que apenas vislumbrar uma classificação para a Reserva de Jurisdição, é que estejam claras algumas constatações necessárias a que qualquer classificação que seja adotada não peque pela superficialidade de seu conteúdo nem pela impropriedade dos termos empregados.

É o que procuraremos fazer em breves tópicos.

5.4.1 Duplo Sentido da Reserva de Jurisdição: Reserva da Jurisdição e Reserva para a Jurisdição

A primeira e inafastável constatação – já na esteira do que se antecipou ao se buscar uma primeira noção de Reserva de Jurisdição – é a de que, nesta expressão, se abrigam dois sentidos bem distintos, ainda que complementares e que, não raras vezes, são usados indistintamente, contribuindo ainda mais para obscurecer a compreensão do tema.

Com efeito, parece existir uma diferença significativa, ainda que sutil, entre o emprego da expressão “Reserva de Jurisdição” com o significado de que, sendo a função jurisdicional – entendida como a função de interpretar e aplicar o Direito, a partir de uma situação conflituosa específica e com o atributo da definitividade – atribuída aos órgãos jurisdicionais, não seria concebível qualquer ingerência de outros órgãos, autoridades ou pessoas, direta ou indiretamente, que possam impedir, inibir ou restringir o exercício pleno dessa atividade tipicamente jurisdicional e, em outro sentido, o uso da mesma expressão para significar que determinadas matérias somente poderão ser objeto de interpretação e aplicação do Direito pelos órgãos jurisdicionais.

No primeiro caso, a expressão “Reserva de Jurisdição” é empregada no sentido de *Reserva da Jurisdição*, ou seja, Reserva da própria função jurisdicional. Trata-se de “reservar” no sentido de preservar, resguardar, proteger. O que se reserva, portanto, é a jurisdição, a plenitude da função jurisdicional, contemplando-se uma área de atuação mínima, própria e típica dessa função e evitando-se que haja ingerência de qualquer natureza, inclusive administrativa e legislativa, mitigando a plenitude de seu exercício.

No segundo caso, atribui-se o significado de uma *Reserva para a Jurisdição*. Há uma Reserva para a jurisdição no sentido de que se reservam certas matérias à função jurisdicional, se exclui a possibilidade de que determinadas matérias venham a ser objeto de uma *primeira palavra* de Direito, de uma primeira interpretação e aplicação do Direito por parte de órgãos não jurisdicionais. Reserva-se, portanto, a matéria, o ato, para que o mesmo só possa ser praticado pela via judicial.

Quando se fala, por exemplo, que há Reserva de Jurisdição no que diz respeito à apreciação jurisdicional da punição administrativa de um servidor público, se está afirmando que a interpretação e aplicação do Direito àquela situação específica, em caráter definitivo, está reservada ao órgão jurisdicional competente, e o está de forma plena e de tal maneira que não receberia abrigo constitucional, por exemplo, uma lei que viesse a mitigar tal possibilidade, seja proibindo tal apreciação, seja apenas obstaculizando a plenitude do exercício desta função, restringindo as possibilidades judiciais ou direcionando casuisticamente a decisão adotada, assim como, também, não seria cabível que o próprio pronunciamento não jurisdicional já trouxesse, explícita ou implicitamente, uma limitação desta reapreciação jurisdicional. Não há, entretanto, qualquer impedimento, por exemplo, de que naquela situação específica possa haver, de forma não jurisdicional, prévia interpretação e aplicação do Direito, desde que preservado a posterior e plena apreciação jurisdicional das questões de Direito ali envolvidas. Em outras palavras, reserva-se, protege-se, resguarda-se apenas a jurisdição, a plenitude da função jurisdicional, sem que se reserve a matéria, entretanto, à apreciação exclusivamente jurisdicional.

Por outro lado, quando se fala, por exemplo, em Reserva de Jurisdição constitucionalmente especificada – tal qual ocorre com a possibilidade de prisão tão somente por ordem judicial a que se refere o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal – não se está falando somente da Reserva de Jurisdição no sentido acima indicado, na reserva para o exercício pleno da função jurisdicional, mas, também, de uma *Reserva para a Jurisdição*, uma reserva à função jurisdicional do conhecimento daquela matéria específica, de tal forma que a nenhum outro órgão, pessoa ou autoridade seria lícito, fora do campo jurisdicional, interpretar e aplicar o Direito naquela situação.

No caso, aliás, o magistrado se vale tanto de uma *Reserva da Jurisdição*, no sentido de que poderá, de forma plena e absoluta, e sem ingerências indevidas –

legais ou administrativas –, proferir a sua decisão, interpretando e aplicando o Direito diante da situação específica e em caráter de definitividade, quanto de uma *Reserva para a Jurisdição*, uma vez que a palavra de Direito sobre aquela matéria está reservada à jurisdição, excluindo qualquer possibilidade de ocorrer prévia interpretação e aplicação não jurisdicional do Direito.

Portanto, é visível que a Reserva de Jurisdição comporta um duplo sentido, seja como *Reserva da Jurisdição*, seja como *Reserva para a Jurisdição*.

5.4.2 Reserva Absoluta e Reserva Relativa de Jurisdição

Cumprindo advertir inicialmente a dificuldade, neste campo, da utilização de termos já consagrados e de fácil assimilação, tais como *absoluto* e *relativo*, tendo em vista que, a rigor, toda Reserva de Jurisdição é absoluta no sentido de que, ao se estabelecer determinada competência a ser exercida pelos órgãos judiciários, se reserva a eles, de forma total e absoluta, o exercício daquela atividade jurisdicional, ou seja, nenhum outro órgão não jurisdicional poderá exercer tal atividade jurisdicional ou mesmo impedir ou mitigar tal exercício.

Mesmo naquelas situações em que há apenas o que Canotilho denomina *monopólio da última palavra*, em que o órgão judicial tem apenas a *última palavra* acerca da matéria, sem exclusão de manifestações anteriores provenientes de órgãos, pessoas ou autoridades externas à instituição judiciária, e por tais manifestações prévias não terem caráter jurisdicional, o exercício da atividade de natureza propriamente jurisdicional não é relativo, ou seja, não comporta relativização, não admitindo restrições legais ou administrativas, sendo ao contrário, exercida em sua plenitude, de forma absoluta.

Quanto ao exercício da jurisdição propriamente dita, portanto, a Reserva de Jurisdição é sempre absoluta, visto que a função propriamente jurisdicional é sempre exercida de forma plena e absoluta pelo órgão judiciário competente.

Sob este ângulo há, pois, uma inadequação na utilização dos termos *absoluto* e *relativo*.

Usando a linha de raciocínio desenvolvida no tópico anterior, entretanto, e resgatando a distinção terminológica entre *Reserva da Jurisdição* e *Reserva para a*

Jurisdição, talvez se possa amenizar a inadequação desses termos quando utilizados para designar a Reserva de Jurisdição.

Com efeito, quando se fala em *Reserva Relativa* pretende-se afirmar que o termo Reserva de Jurisdição está sendo empregado em apenas um de seus sentidos, ou seja, como *Reserva da Jurisdição*, de tal forma que apenas se está resguardando o exercício pleno da função jurisdicional, afastando ingerências indevidas que possam impedir ou mitigar tal plenitude, sem qualquer conotação excludente de outros pronunciamentos não jurisdicionais prévios. Tal Reserva seria, pois, *relativa*, no sentido de que não contempla, de forma total e absoluta, a abrangência do que se poderia conter na Reserva de Jurisdição.

Já a *reserva absoluta* significa um avanço para além da *Reserva da Jurisdição*, somando-se a esta também uma *Reserva para a Jurisdição*, de forma que, além de uma Reserva da Função Jurisdicional, no sentido do seu exercício pleno e imponível, também se reservam determinadas matérias ou atos **para a** função jurisdicional, afastando-se qualquer anterior e não jurisdicional aplicação do Direito. É o caso, por exemplo, da competência para julgar a prática de um determinado delito: além de haver uma Reserva de Jurisdição que permite ao magistrado um exercício pleno de sua função jurisdicional, sem impedimentos ou restrições advindas de outros órgãos, pessoas ou autoridades (*Reserva da Jurisdição*), também aí se reservou para a via única da jurisdição, para a função jurisdicional, com exclusividade, a interpretação e aplicação da lei, de forma a excluir qualquer outro pronunciamento não jurisdicional com este mesmo fim (*Reserva para a Jurisdição*). A reserva seria, pois, *absoluta*, no sentido de sua plenitude, de sua totalidade, de abranger, de forma total e absoluta, todos os sentidos possíveis que possam ser extraídos da Reserva de Jurisdição.

No que se refere à Reserva Relativa, portanto, a Reserva de Jurisdição seria relativa porque compreenderia apenas a *Reserva da Jurisdição*, ao passo que no que tange à Reserva absoluta, verifica-se tanto uma *Reserva da Jurisdição* quanto uma *Reserva para a Jurisdição*, sendo, portanto, neste sentido, uma reserva de conteúdo pleno e absoluto.

É neste sentido, pois, e não em referência ao exercício da função propriamente jurisdicional – sempre absoluta - que se poderia falar que há uma Reserva Absoluta ou Relativa de Jurisdição.

5.4.3 Reserva de Jurisdição Excludente e Não Excludente

Não obstante as considerações anteriores, em que ficou claro ser admissível a utilização dos termos *relativo* e *absoluto* para qualificar a Reserva de Jurisdição, desde que se mantenha certa vigilância para que os mesmos não sejam inadvertida e inadequadamente utilizados, mas ainda considerando que, a rigor e no que diz respeito ao exercício da jurisdição, tal Reserva é sempre absoluta, conforme já buscamos demonstrar, devemos acrescentar outra consideração.

A partir do ângulo de observação do chamado *critério das duas palavras*, poderíamos dizer que a Reserva de Jurisdição ora admite a possibilidade de outra *palavra de Direito* não jurisdicional e anterior ao pronunciamento jurisdicional, ora exclui tal possibilidade.

Invocando os ensinamentos de Canotilho e o referido *critério*, podemos afirmar que em alguns casos há um *monopólio da última palavra*, em que aos órgãos jurisdicionais é sempre reservada a última e decisiva palavra de direito, sem prejuízo de anterior interpretação e aplicação do Direito por órgãos não jurisdicionais, ao passo que, em outros casos, há também o *monopólio da primeira palavra*, segundo o qual a competência do juiz para *uma palavra de Direito* implica a exclusão de qualquer outro pronunciamento anterior.

Assim, invocando o exemplo já mencionado, a punição disciplinar a um servidor público admite um pronunciamento não jurisdicional que, interpretando e aplicando o Direito, impõe a penalidade, de forma que, recorrendo-se à via judiciária, a palavra definitiva acerca dessa punição, ou seja, a sua apreciação jurisdicional, reservada aos órgãos do Judiciário, **não exclui** esse pronunciamento não jurisdicional antecedente e até mesmo o pressupõe. A aplicação de uma sanção penal, ao contrário, reservada aos órgãos jurisdicionais, **exclui** a possibilidade de um pronunciamento anterior, de uma *primeira palavra* sobre a matéria. Assim também ocorre com a decretação de uma prisão ou a quebra da garantia da inviolabilidade do domicílio.

Em confronto com as colocações postas no tópico anterior, parece-nos natural um paralelo que se faça entre tais formas de *monopólio jurisdicional* e o que se chamou de *Reserva da Jurisdição* e *Reserva para a Jurisdição*, de modo que na

Reserva da Jurisdição há um *monopólio da última palavra*, ao passo que, na *Reserva para a Jurisdição* há sempre um *monopólio da primeira palavra*.

De qualquer forma, na *Reserva para a Jurisdição*, em que há um *monopólio da primeira palavra*, necessariamente se **exclui** qualquer possibilidade de um pronunciamento não jurisdicional prévio sobre a questão, enquanto na *Reserva da Jurisdição*, onde ocorre apenas a um *monopólio da última palavra*, **não se exclui** qualquer pronunciamento não jurisdicional anterior.

Mesmo sob este outro ângulo de observação, portanto, ainda aqui não é em referência ao exercício da função propriamente jurisdicional que falamos em Reserva Absoluta ou Relativa, mas no sentido de **ser excludente ou não** em relação a um pronunciamento não jurisdicional que lhe anteceda.

Por esta razão, não obstante admitirmos a utilização dos termos *relativa* e *absoluta* para qualificar a Reserva de Jurisdição, desde que devidamente explicitado o sentido em que são empregados, mas considerando, entretanto, que a Reserva de Jurisdição, quanto ao seu exercício, não é, rigorosamente, relativa ou absoluta – mas sempre absoluta –, sendo apenas *excludente* ou *não excludente* da possibilidade da apreciação não jurisdicional e anterior da matéria, de uma interpretação e aplicação do Direito que anteceda a via jurisdicional, ou seja, *excludente* ou *não excludente* de uma *primeira palavra* de Direito, entendemos muito mais adequado – em vez de nos referirmos a uma Reserva *absoluta* ou *relativa* – falar em Reserva de Jurisdição *Excludente* ou *Não Excludente* de uma antecedente e não jurisdicional interpretação e aplicação do Direito.

Portanto, a Reserva de Jurisdição, sob este ângulo, pode ser considerada *Excludente* ou *Não Excludente*, parecendo ser esta uma distinção mais adequada do que a que se faz pelos termos “absoluta” e “relativa”.

5.4.4 Reserva Geral e Reservas Específicas de Jurisdição

A Reserva de Jurisdição não apenas pode ser substancialmente diversificada – o que emana das colocações anteriormente postas – como, também, guarda esta mesma pluralidade quanto às suas formas de manifestação.

Com efeito, sendo substancialmente diversas a *Reserva da Jurisdição*, por exemplo, e a *Reserva para a Jurisdição*, nos termos anteriormente delineados, não poderíamos pretender que se manifestassem de formas rigorosamente idênticas no ordenamento constitucional. Mas mesmo Reservas de Jurisdição que guardam a mesma substância têm formas diversificadas de manifestação.

Neste último caso e lançando foco na jurisprudência já analisada do Supremo Tribunal Federal, observamos os casos da decretação de uma interceptação telefônica e da decretação da indisponibilidade de um bem que, em essência, têm a mesma natureza, encontram-se inafastavelmente dentro do campo de atuação exclusiva dos órgãos jurisdicionais, inserem-se inequivocamente dentro do que se pode chamar de Reserva Jurisdicional, mais especificamente do que anteriormente chamamos de Reserva para a Jurisdição e, no entanto, manifestam-se de formas totalmente diversas.

A decretação de uma interceptação telefônica é matéria reservada à exclusiva apreciação judicial por expressa disposição constitucional (art. 5º, XII, da Constituição Federal), ao passo que a decretação da indisponibilidade de um bem, também matéria reservada à atuação jurisdicional, não se encontra de forma expressa entre as Reservas constitucionalmente previstas, ainda que constitua, para utilizarmos a expressão jurisprudencial “provimento cautelar”, “medida voltada a assegurar a eficácia de uma eventual sentença condenatória que, assim como o poder geral de cautela é reservado ao Juiz”⁴⁰⁹.

No primeiro caso, a Reserva de Jurisdição está expressa e especificada no próprio texto constitucional. No segundo, não obstante a situação em exame jurisprudencial ser específica, a Reserva não se funda em uma previsão expressa nem especificada, mas decorre de uma forma genérica do conjunto de competências atribuídas aos órgãos jurisdicionais, o que faz com que se deduza que aquele ato específico, apesar de não estar expresso constitucionalmente, seja matéria inerente à própria atividade jurisdicional. Em outras palavras, a Reserva decorre, neste caso, não de uma previsão expressa e específica, mas da própria função jurisdicional que, como anteriormente já acentuamos, contempla-se a partir das competências ordenadas e coordenadas constitucionalmente atribuídas aos órgãos judiciários.

⁴⁰⁹ STF (Pleno), MS 23446-DF, Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão: Min. Nelson Jobim, Julgamento em 18 de agosto de 1999, pub. DJ 09/11/2007.

Do mero exemplo citado, já é possível concluir que a Reserva de Jurisdição por vezes está expressa e especificada constitucionalmente e, por outras, é implícita e se traduz em uma reserva geral, por ser decorrente de um conjunto de competências e não de uma previsão específica.

É neste sentido que consideramos que a Reserva de Jurisdição é Geral ou Específica.

Aqui cabe a advertência de que incorre em erro quem faz uma vinculação necessária entre a Reserva Geral de Jurisdição e a Reserva Não Excludente (ou Relativa, para usar o termo mais corriqueiro), assim como quem faz a mesma vinculação entre a Reserva Específica e a Reserva Excludente (ou Absoluta).

No exemplo citado, há duas situações em que estamos diante de uma Reserva Excludente (ou Absoluta), que impede uma *palavra de Direito*, uma prévia interpretação e aplicação do Direito em caráter não jurisdicional, e, no entanto, uma constitui Reserva Específica enquanto a outra pode ser contemplada como Reserva Geral de Jurisdição. Ainda mais genérica e geral é a Reserva que se contempla nas matérias inerentes à jurisdição criminal e que pode ser também incluída, sem controvérsias, entre as Reservas Excludentes (ou Absolutas).

Ora, se há Reservas Excludentes que se inserem no que chamamos de Reserva Geral (jurisdição criminal, bloqueio de bens, etc.), enquanto outras são igualmente excludentes e, no entanto, são Reservas Específicas (interceptação telefônica, prisão, etc.), quebra-se possível vinculação entre uma e outra espécie. De qualquer forma, é bom registrar que da Reserva Geral de Jurisdição podem decorrer Reservas Excludentes (jurisdição criminal) ou Não Excludentes (jurisdição civil, em geral), porém toda Reserva Específica – até porque é específica exatamente para acentuar a exclusividade que a jurisdição deve ter sobre a matéria – é naturalmente Excludente (ou Absoluta).

Feita tal advertência, apenas reforçamos o que anteriormente já observamos, ou seja, que é possível identificar e distinguir Reservas Específicas de Jurisdição, que são aquelas reservas explicitadas e especificadas, de forma expressa, pelo ordenamento constitucional⁴¹⁰ – o que comumente ocorre e, no

⁴¹⁰ Alguns autores, como Paulo Rangel, admitem a existência de “uma reserva absoluta de jurisdição especificada, mas de origem ou criação legal” e não constitucional (RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional, p. 63). Sem desprezar a ideia, preferimos manter a linha de um exame constitucional da matéria, sem prejuízo de adaptações que – desde que

ordenamento brasileiro, de forma particular, com a decretação de prisão, a quebra da inviolabilidade do domicílio e a decretação de uma interceptação telefônica – da chamada Reserva Geral de Jurisdição que, não estando explicitada, expressa ou especificada, decorre diretamente da própria função jurisdicional, do próprio conjunto de competências ordenadas e coordenadas atribuídas aos órgãos jurisdicionais e, em última análise, do próprio postulado da Separação de Poderes, conforme anteriormente compreendido.

5.4.5 Uma Última Palavra sobre a Classificação da Reserva de Jurisdição

Os elementos e as considerações trazidas à reflexão nos tópicos antecedentes, ainda que suficientes para embasar uma classificação adequada de Reserva de Jurisdição, evidenciam, por um lado, a necessidade de cuidados especiais a quem pretenda se lançar nessa tarefa, principalmente para os que queiram se aventurar na conjugação de critérios e ângulos de observação diferentes, como os que emanam da exposição *supra* e que não raras vezes conduzem a uma classificação esteticamente atraente, mas imperfeita quanto ao conteúdo. Por outro lado, demonstram que não há apenas uma única classificação possível, mas muitas e variadas, tão diversificadas quanto sejam os ângulos de observação, os contextos em que se inserem e as finalidades a que se propõem.

No mais, basta a observação – já lida em um recanto de um vasto e infinito mundo literário e cujas deficiências da memória e da pesquisa nos conduz ao pecado de negar os louros ao seu feliz pensador – de que não existe uma classificação que seja a mais correta, mas apenas a que seja a mais adequada ao fim que se propõe.

A partir da constatação da veracidade de tal observação, podemos, sem esconder a preferência por uma classificação que iniciasse por distinguir entre os dois grandes sentidos aqui contemplados para a Reserva de Jurisdição – Reserva da Jurisdição e Reserva para a Jurisdição –, fazer uso de uma referência classificatória mais adequada ao Direito brasileiro, tão somente para ser mais

com algumas fundamentações específicas consideradas incabíveis neste momento – possam transportar o raciocínio para uma esfera infraconstitucional.

coerente com a abordagem que o tema tem merecido e, principalmente, pelo trato que, até o momento, tem recebido da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência brasileira.

Assim, consideramos a distinção inicial entre *Reserva Geral de Jurisdição* e *Reservas Específicas de Jurisdição* para avançar na contemplação de que na Reserva Geral de Jurisdição se incluem *Reservas Excludentes* (Absolutas) e *Reservas Não Excludentes* (Relativas) de outros pronunciamentos de Direito.

Considerando que o significado dessas espécies já está contido nas observações antecedentes e, portanto, se dispensam maiores delongas explicativas, e tendo em vista que não se trata de uma classificação em sentido rigoroso, mas, pode-se dizer, de uma mera referência classificatória útil aos fins propostos, dela faremos uso, ainda que de forma apenas referencial, nas breves abordagens que ainda se seguirão como, de certa forma, já temos feito nas considerações apresentadas até o momento.

5.5 UMA DEFINIÇÃO MÍNIMA DE RESERVA GERAL DE JURISDIÇÃO

Quase desnecessário seria este tópico se não fosse a importância de se acentuarem alguns pontos de uma definição, ainda que mínima, de Reserva Geral de Jurisdição, cujos elementos já emanam das diversas incursões no tema feitas ao longo do presente trabalho.

Iniciemos, portanto, o delineamento dessa definição mínima, destacando antes, entretanto, que aqui focamos a denominada Reserva Geral de Jurisdição, deixando à margem as Reservas Específicas de Jurisdição, e pela razão óbvia de que estas últimas, estando já expressas, explícitas, especificadas e delineadas constitucionalmente, dispensam maiores aprofundamentos teóricos ou, pelo menos, ilações teóricas que excedam o que sobre elas já construiu a doutrina e a jurisprudência e que, dentro de um quadro classificatório e de forma comparativa, sobre elas também já se disse em tópicos anteriores no presente trabalho.

Sobre a Reserva Geral de Jurisdição, já afirmamos tratar-se de uma Reserva que decorre da própria jurisdição, da própria função jurisdicional, sendo a ela inerente e, em última análise, uma Reserva que decorre do próprio postulado da

Separação de Poderes, não em sua compreensão dogmática, mas em sua contemplação constitucional, em que há a instituição de Poderes diferentes com atribuição aos mesmos de funções específicas, cujo conteúdo emana diretamente do conjunto de competências gerais atribuídas aos respectivos órgãos que integram a estrutura do Poder.

Já dissemos, igualmente, que tal Reserva pressupõe a existência de um conteúdo material mínimo, de um núcleo essencial da função de julgar, reservado aos órgãos judiciários próprios e sendo afastadas interferências indevidas no exercício pleno desta função, ou seja, fundando-se também no pressuposto de que o exercício de tal função é inafastável e insuscetível de ser obstaculizado, mitigado, atingido em sua plenitude, de forma que tanto não poderia uma lei, um ato administrativo, ou outro qualquer expediente proibir a apreciação judicial de uma legalidade impugnada, como também não poderiam, por vias transversais e indiretas, afastar a plenitude de tal apreciação como, por exemplo, limitando o seu alcance ou direcionando o seu resultado.

Em suma, já afirmamos ser possível identificar e definir uma Reserva de Jurisdição que é inerente à própria função jurisdicional, que decorre da própria essência da função de julgar e que, pressupondo a existência de um conteúdo material mínimo, de um núcleo essencial dessa função, reserva o seu exercício aos órgãos judiciários e afasta interferências indevidas que possam obstaculizar o exercício pleno dessa função. Contemplamos, nessa definição, o que se denomina Reserva Geral de Jurisdição.

Do que foi dito, portanto, já há uma noção quase precisa daquilo que entendemos por Reserva Geral de Jurisdição, restando apenas pontuar dois aspectos.

Primeiramente, no que diz respeito ao referido *conteúdo material típico*, ao *núcleo essencial da função jurisdicional*, que, aos mais desavisados, poderia parecer uma fixação dogmática de um conteúdo que se entendesse materialmente jurisdicional e, por esta razão, estaria ou deveria estar sob a competência dos órgãos jurisdicionais.

À evidência, entretanto, toda a concepção contemporânea da Separação de Poderes repudia, de forma veemente, uma correlação exata entre Poder e função, de forma que não resta espaço nem para uma compreensão rígida da Separação de Poderes, nem para a extração de um conceito dogmático do que seja função

jurisdicional e, portanto, é completamente incabível o estabelecimento de uma reserva dessa função que se espelhe em uma fixação também rígida e dogmática de seu conteúdo.

O *conteúdo material típico* contido nesse *núcleo essencial* da função jurisdicional, portanto, só poderia ser extraído da própria função jurisdicional, de seu próprio conteúdo, de forma que, sendo essa função delimitada a partir das competências ordenadas e coordenadas constitucionalmente fixadas, conforme já ficou bem explicitado em tópicos anteriores, é dessas competências que decorre o *conteúdo material* consubstanciado pela Reserva Geral de Jurisdição.

Assim, por exemplo, se considerarmos – como o fez o Supremo Tribunal Federal – que a *decretação da indisponibilidade de bens* é matéria reservada à função jurisdicional, por se inserir em um conteúdo material típico dessa função, não o faremos pelo fato de que se considera, a partir de parâmetros meramente dogmáticos, que esta decretação constitui um ato materialmente jurisdicional. Na verdade, foram as competências ordenadas e coordenadas atribuídas constitucionalmente aos órgãos encarregados da função jurisdicional, ainda que de forma geral, contextualizadas com os demais princípios e preceitos contidos na Constituição Federal, que delinearam o conteúdo material típico dessa função e, assim, permitiram que se contemplasse a *indisponibilidade de bens* inserida nesse conteúdo e, portanto, também inserida em uma Reserva Geral de Jurisdição.

Portanto, o *conteúdo material típico* que está contido no *núcleo essencial* da função jurisdicional, decorre não de uma concepção dogmática, mas do conjunto de competências constitucionalmente fixadas, de onde emana o exato conteúdo da função jurisdicional.

O segundo ponto diz respeito ao porquê de tal conteúdo material típico ser atribuído aos órgãos jurisdicionais e de se chegar à conclusão de que tal núcleo essencial da função jurisdicional estaria imune e protegido da interferência de outros órgãos estatais.

Aqui adentra, de forma mais acentuada, o postulado da Separação de Poderes, tal qual concebido no atual estágio do Estado constitucional contemporâneo.

Com efeito, como conclusão da primeira parte deste trabalho, acentuamos que a Separação de Poderes, em essência, tem atualmente o exato significado da conciliação, do equilíbrio e da harmonia entre a sua dimensão política, entendida

como a busca do equilíbrio político entre os órgãos destinados ao exercício das funções do Estado, e a dimensão orgânico-funcional, que se traduz na instituição de órgãos diversos a que são atribuídas, a partir de uma distinção material das funções do Estado, tarefas não exclusivas, mas preponderantes, que a eles melhor se adéquem, objetivando a obtenção de uma maior eficiência possível.

Se é em nome do equilíbrio político entre os órgãos encarregados das funções estatais que se repudia a ideia de uma correlação exata e absoluta entre Poder e função, que se admite uma interpenetração funcional, que se afastam delimitações materiais das funções dogmáticamente concebidas, enfim, que se nega a ideia de uma Separação rígida ao estilo do chamado *modelo francês*, é em nome da adequação orgânica que se instituem órgãos diversos e a eles são atribuídas funções que lhe sejam mais adequadas, que lhe permitam uma maior eficiência, que melhor se adaptem ao seu perfil, enfim, que melhor respeitem a sua vocação institucional.

Portanto, ao instituir os órgãos e atribuir-lhes funções, a Constituição Federal, conforme já examinado, não o fez de forma rígida, não limitou uma função, de forma absoluta, ao exercício exclusivo de um determinado Poder, mas, ao contrário, concebeu tal distribuição de funções e atribuições no contexto de um equilíbrio político, valeu-se do que se costuma chamar de *checks and balances*, enfim, impôs um arranjo institucional que privilegiou a dimensão política da Separação de Poderes.

Mas, por outro lado, e como já advertido, a busca do equilíbrio político não pode significar um absoluto descomprometimento com a adequação orgânica e a eficiência funcional, razão pela qual, em legítima opção e em consonância com os critérios de eficiência e adequação, a Constituição atribuiu tal função aos órgãos ditos jurisdicionais e que integram a estrutura orgânica denominada Poder Judiciário, concebida constitucionalmente para adequadamente cumprir tal tarefa.

É neste sentido, por exemplo, que Miranda, contemplando o princípio da Separação de Poderes como “princípio de organização óptima das funções estatais, de estrutura orgânica funcionalmente adequada” entende existir “um núcleo essencial de competência para cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se trata”⁴¹¹.

⁴¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. III, p. 385.

Justifica-se, pois, com estes argumentos, que esse conteúdo material típico, constitutivo de um núcleo essencial, seja atribuído aos órgãos jurisdicionais.

Tal atribuição, entretanto, seria apenas retórica se esse núcleo, mínimo que seja, extraído das próprias competências estabelecidas para os órgãos jurisdicionais e, portanto, de essência materialmente jurisdicional, não estivesse protegido de interferências estranhas à função judicante.

Por essa razão é que Hesse acentua que

se a função e estrutura de órgãos são vinculadas materialmente uma a outra, então isso significa uma *proibição fundamental* de exercício ou atribuição de funções que não correspondam à estrutura do órgão e à função que deve ser exercida por ele.

E completa:

No quadro das funções, que devem ser exercidas por ele, são atribuídas a cada órgão especial âmbitos de tarefas determinados e limitados. A limitação pode ser efetuada por circunscrição positiva das competências; ela pode resultar somente ou também de prescrições de competências negativas ou da proibição de intromissão em uma função alheia⁴¹².

Nesta linha de raciocínio, admitirmos, portanto, que a pretexto do exercício de outra função estatal se mitigasse o exercício das competências constitucionalmente estabelecidas para o Judiciário, ou, em outras palavras, se avançasse sobre o núcleo essencial de sua função, seria tornar inócuo o estabelecimento constitucional da competência e insubsistente o cumprimento da função jurisdicional pelo órgão dela encarregado.

Assim, por exemplo – e utilizando uma hipótese extremada para que melhor se possa compreender –, uma lei que determinasse casuisticamente certa pena para delitos cujas circunstâncias fossem demasiadamente especificadas, a ponto de conduzir a uma individualidade do caso, só poderia ser interpretada como um avanço indevido sobre esse núcleo essencial e, mais precisamente, sobre a competência de um dado órgão jurisdicional para “processar e julgar” aquele caso específico, assumindo tal função, ainda que indireta e camufladamente, um órgão inadequado ao seu cumprimento, órgão este não pensado constitucionalmente para tal tarefa e nem essencialmente competente para tanto.

⁴¹² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 489.

É neste sentido, portanto, que afirmamos que o núcleo essencial da função jurisdicional está imune e protegido da interferência indevida de outros órgãos estatais, e o está – devemos frisar repetidamente – por força das próprias competências constitucionalmente estabelecidas.

Pontuados esses dois e importantes aspectos e tendo em conta o que antes se havia exposto, podemos chegar a uma definição mínima de **Reserva Geral de Jurisdição** que seria, pois, **a reserva de um conteúdo material típico, contido em um núcleo essencial mínimo, que decorre da própria função jurisdicional – ou seja, do conjunto de competências gerais, ordenadas e coordenadas, constitucionalmente atribuídas aos órgãos jurisdicionais –, de forma que o exercício dessa função, com o conteúdo que lhe é inerente, está reservado aos órgãos jurisdicionais competentes, afastando interferências indevidas que possam constituir obstáculos à plenitude de tal exercício.**

5.6 A DELIMITAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA RESERVA GERAL DE JURISDIÇÃO

5.6.1 A Necessidade de uma Delimitação Jurisprudencial

A partir dessa definição mínima, entretanto, surge a questão de como seria possível identificar interferências indevidas, avanços sobre esse núcleo essencial da função jurisdicional, ou seja, de como identificar afronta à Reserva Geral de Jurisdição.

É neste momento e diante de tal indagação, que evidenciamos a necessidade de uma delimitação da Reserva Geral de Jurisdição através da casuística jurisprudencial.

Com efeito, diferentemente das Reservas Específicas de Jurisdição, que carecem apenas de interpretação e adequada aplicação, tendo em vista a forma explícita e específica em que se fazem presentes no texto constitucional, a Reserva Geral de Jurisdição, exatamente por ser implícita e genérica, exige uma delimitação de seus conteúdo e alcance.

Quanto ao conteúdo, a doutrina seria capaz de dar uma importante e decisiva contribuição no cumprimento adequado desse papel, ainda que o faça

através de uma definição mínima tal qual acima proposto. Na delimitação do seu alcance, entretanto, seria tarefa que, diante da infinidade de situações que comporta, a contribuição doutrinária seria forçosamente mais modesta, podendo apenas trazer indicativos que servissem de norte e referência, mas sem possibilidades efetivas de teoricamente abranger todas as situações concretas, de tal sorte que somente a via jurisprudencial estaria apta, de forma ampla, e através da casuística, à delimitação deste alcance.

Em nível teórico, poderíamos até afirmar que toda vez que se percebe que a função de julgar não é plena como pretendeu a Constituição Federal, ou seja, que não se apresentam realizáveis, em sua plenitude, as competências ali estabelecidas, se está diante de um caso de forte tendência invasiva por parte de manifestações de outros órgãos estatais – seja um ato do Executivo, seja uma lei – mas somente o exame jurisprudencial seria capaz de, com segurança, constatar, no caso específico, a afronta ao núcleo essencial da função de julgar, definindo, portanto, a partir daí, os limites da Reserva Geral de Jurisdição.

Na verdade, em que pese a necessidade e preponderância de uma definição jurisprudencial dos limites da Reserva Geral de Jurisdição, partindo de um norte teórico que muito bem pode ser fornecido pela doutrina, ainda que sob a forma de uma definição mínima ou de outros indicativos genéricos, a construção teórica de tais limites é sempre uma tarefa de interação entre a doutrina e a jurisprudência, tal qual tem ocorrido no direito constitucional português.

Com efeito, no âmbito do constitucionalismo lusitano, o Tribunal Constitucional, tomando por base referências iniciais genéricas da doutrina, tem examinado, nos casos perante os quais se depara, as alegações de avanço indevido sobre a função jurisdicional, delimitando casuisticamente, em face da jurisprudência daí advinda, os limites da Reserva de Jurisdição e novamente a doutrina, a partir das decisões desses casos e dos limites jurisprudencialmente clareados, tem reconstruído e aperfeiçoado suas bases teóricas. É, pois, neste movimento rotativo de interação entre a doutrina e a jurisprudência que se tem aperfeiçoado e avançado, de forma geral, a noção teórica de Reserva Geral de Jurisdição, mas tendo-se sempre em mente que a efetiva delimitação do conteúdo e alcance da mesma, tendo em vista a sua generalidade e amplitude, inalcançáveis pela doutrina, é tarefa inequivocamente jurisprudencial.

Salientamos, entretanto – e sempre em reforço do que parece já ter restado livre de dúvidas em razão do que anteriormente já expusemos – que a definição do conteúdo e alcance da Reserva Geral de Jurisdição, por meio do exame casuístico de situações em que os limites dessa Reserva se encontram ameaçados, cabendo ao intérprete constitucional a identificação e repúdio dos atos ou leis que constituem interferência indevida, só poderia ter por fonte o próprio conjunto de competências estabelecidas pela Constituição Federal, somados aos demais preceitos e princípios constantes desse diploma.

De todo modo, entretanto, parece-nos óbvio que o que não está explícito na Constituição Federal necessita ser explicitado pelo seu intérprete e que, no caso brasileiro, cabendo à Jurisdição Constitucional a interpretação e aplicação da Constituição, é em seu âmbito que se devem delimitar o conteúdo e o alcance da Reserva Geral de Jurisdição, por meio das situações que lhe são submetidas à apreciação, buscando, portanto, na especificidade dos casos, a concretização da generalização constitucional.

5.6.2 A Delimitação Jurisprudencial como Forma de Clareamento dos Limites entre as Funções do Estado e de Preservação da Plenitude da Função Jurisdicional

À evidência, o já referido entrelaçamento entre as funções do Estado leva a tensões no exercício das mesmas, nas chamadas *zonas de confusão* e, em decorrência, a uma constante invasão funcional como, por exemplo, leis que avançam sobre o que seria objeto da função jurisdicional ou mesmo, em sentido contrário, atos do Poder Judiciário que estariam reservados à lei.

Se não é possível estabelecermos, em sua total abrangência, o exato teor de cada uma das funções do Estado, de forma a tornar cada uma delas indubitavelmente definida, pelo menos a Jurisdição Constitucional poderá – tarefa, ainda assim, reconhecidamente árdua – clarear os limites dessas funções, pelo menos no que se refere às zonas de confluência com a função jurisdicional, a partir da delimitação do conteúdo e alcance da Reserva Geral de Jurisdição.

É neste sentido que se fala na possibilidade de clareamento dos limites entre as funções do Estado a partir da delimitação do conteúdo e alcance da Reserva

Geral de Jurisdição, o que se pode fazer tanto detendo o avanço indevido do Poder Executivo sobre a função jurisdicional, quanto controlando a hipertrofia legislativa⁴¹³.

No primeiro caso, a realidade brasileira, farta em exemplos de avanço do Executivo sobre a atividade legislativa, tal como o caso das Medidas Provisórias – não em sua configuração constitucional, que se impõe como permissão e necessidade ao mesmo tempo, mas em sua formatação desprovida dos requisitos da relevância e da urgência –, não vislumbra, de forma significativa, o mesmo avanço sobre a função jurisdicional.

Acentuamos que casos como nomeação de membros do Poder Judiciário, participação na administração judiciária pela via legislativa e na política remuneratória da magistratura, pela mesma via, entre outros, que para muitos são considerados ingerência indevida, traduzem-se inequivocamente em simples manifestações do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) sendo, de qualquer forma, decorrência direta da Constituição Federal e, como tal, não constituiriam a chamada ingerência indevida que pudesse configurar desrespeito à Reserva Geral de Jurisdição.

A literatura jurídica estrangeira, entretanto, aponta casos discutíveis sob este ângulo, a exemplo dos enfrentados pela jurisprudência constitucional portuguesa, como a competência do administrador de bairro para decretar o despejo de indivíduos de certas casas, a competência do Ministro do Trabalho para declaração da inexistência jurídica ou confirmação de justa causa nas dispensas de trabalhadores e a competência do Presidente das Câmaras para decretar despejos administrativos nos casos de edificações sem licença, todos previstos em regulamentos declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional português.

No que diz respeito ao segundo caso, entretanto, a hipertrofia legislativa se manifesta, por vezes, em formas mais acentuadas e, outras vezes, mais singelas.

Há casos, que se podem extrair da realidade brasileira, em que lei diretamente afrontou decisão já proferida, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, referente a foro especial por prerrogativa de função, num claro e visível avanço da função legislativa sobre conteúdo tipicamente jurisdicional, de interpretar e aplicar o

⁴¹³ Não desconhecemos a mais repetida alegação de invasão, por parte do Judiciário, de funções que não lhe seriam próprias, em especial no que se refere às chamadas *políticas públicas*, cujo exame, ainda que reconheçamos como questão das mais relevantes, não se acomoda no âmbito do presente trabalho que, pretendendo examinar a Reserva de Jurisdição, somente adentra na observação do avanço das outras funções sobre a jurisdicional e não o contrário.

Direito de forma definitiva – aqui referente à Jurisdição Constitucional – no que foi repelida pela jurisprudência da própria Corte⁴¹⁴.

No caso, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, para afastar a interferência indevida, usou como fundamento “razões de alta política institucional” que muito bem poderia se traduzir, na situação específica, no postulado da Reserva Geral de Jurisdição.

Neste caso, a decisão proferida guarda a particularidade de ter passado uma nítida impressão de ter como fundamento implícito a Reserva Geral de Jurisdição, apesar de não ter nela se fundado expressamente, até porque, como já afirmado, o Supremo Tribunal Federal não tem apresentado, de forma nítida, uma compreensão abrangente do tema.

Observamos que a decisão sustenta que a lei ordinária não poderia impor uma interpretação da Constituição Federal, por se tratar de função do Supremo Tribunal Federal, ou seja, função jurisdicional de índole constitucional ou, ainda, matéria reservada à jurisdição constitucional da Corte Suprema. Teria havido, pois, uma “usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental” o que, nos termos que se tem sustentado no presente trabalho, poderíamos contemplar como uma transgressão ao postulado da Reserva Geral de Jurisdição.

Assim, não nos parece ter faltado ao Supremo Tribunal Federal a exata compreensão da hipertrofia legislativa sobre a atividade jurisdicional – neste caso, de índole constitucional – que, de fato, findou por reconhecer, ressentindo-se a decisão, entretanto, do enquadramento – plenamente cabível – da situação em exame dentro da concepção de Reserva de Jurisdição, mais precisamente no que se denominou Reserva Geral de Jurisdição.

⁴¹⁴ “(...) 3. **Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição:** a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal **razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental:** admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames (...)”. STF (Pleno), ADI 2.797-2 – Distrito Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 de setembro de 2005. DJ 19.12.2006 pp. 00037. Grifos nossos.

Outras vezes, entretanto, a invasão legislativa se dá de forma mais sutil, quase imperceptível se não estiver bem nítida a noção do núcleo essencial de função reservada ao Judiciário, tendo em vista que atua sobre uma falsa generalidade que, em essência, constitui casuística amplificada.

Neste particular, não podemos deixar de observar a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando, julgando inconstitucionais certos dispositivos legais e não tendo definido a Reserva Geral de Jurisdição que aqui teorizamos, invoca preceitos constitucionais que teriam sido afrontados, mas que, de fato, só o foram indiretamente, como é o caso da generalização, para determinados tipos penais – cujo reconhecimento da hediondez igualmente havia sido legalmente generalizado⁴¹⁵ – de um regime prisional específico.

Referimo-nos aqui, evidentemente, ao caso da proibição de progressão de regime nos crimes hediondos, em que a decisão da Corte Constitucional brasileira declarou inconstitucional a lei respectiva, alegando afronta à individualização da pena, valendo-se, inclusive, do que chamou de *evolução jurisprudencial* do princípio⁴¹⁶, quando o que parece ter ocorrido, na realidade, foi uma invasão legislativa sobre a função jurisdicional, melhor dizendo, sobre o conteúdo da Reserva Geral de Jurisdição que, no caso, se poderia extrair do conjunto de competências constitucionalmente estabelecida para os órgãos jurisdicionais, notadamente a de “processar e julgar” em matéria criminal, embasado por todos os princípios e preceitos correlatos, também constitucionais, inclusive o da

⁴¹⁵ Para alguns autores, com razoáveis argumentos, já existiria uma afronta à Constituição Federal na própria taxação legal dos tipos considerados hediondos. Márcia Dometila Lima de Carvalho, por exemplo, entende que “a lei nº 8.072/90, traz, para o Direito Penal brasileiro, uma indevida responsabilidade objetiva, ao determinar, simplesmente, que tal ou qual delito será considerado hediondo, daí gerando suas consequências, aleiado dos fatos concretos”, para acrescentar que “em obediência aos ditames do Direito moderno, atento à realidade dos fatos, em sua concreção, urge remeter a manipulação do conceito à competência do Poder Judiciário. Ao Legislativo caberia, tão somente, sob o império do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, determinar quais as circunstâncias que, emoldurando um crime, torná-lo-iam hediondo”. (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992. p. 97).

⁴¹⁶ “EMENTA: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÔBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. **Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial**, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90” - STF (Pleno), HC 82959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 23 de fevereiro de 2006. DJ 01.09.2006, PP.00018. Grifos nossos.

individualização da pena, e que aponta para um núcleo material da função de julgar no qual se insere a prerrogativa jurisdicional de promover a adequação entre o fato delituoso ocorrido e a pena concretamente aplicada, inclusive no que diz respeito ao seu efetivo cumprimento (execução).

Observamos que, em se considerando que a fixação do regime inicial fechado, sem possibilidade de progressão, seria inconstitucional tão somente porque afronta o princípio da individualização da pena, sob o argumento de que a fixação do regime prisional faz parte desse processo de aplicação e individualização da pena, implica necessariamente em comprometer-se com a tese de que toda fixação de regime prisional, ainda que somente inicial, por meio de lei e não de decisão judicial, também afrontaria tal princípio já que, por óbvio, ao estabelecer o regime e sendo este parte do processo de aplicação e individualização da pena, a lei estaria avançando sobre o mesmo.

Considerar, entretanto, que a inconstitucionalidade estaria na afronta à Reserva Geral de Jurisdição – como de fato aqui consideramos –, tendo em vista que a fixação legal de um regime prisional integralmente fechado avança sobre um núcleo essencial da função de julgar, núcleo este que decorre das competências constitucionalmente estabelecidas (em especial as de natureza criminal) e dos princípios inerentes a tal função (inclusive o da individualização da pena), nos parece mais correto e adequado, além de não guardar qualquer incompatibilidade com a conclusão de que uma lei poderia, sem afrontar a Constituição, fixar um regime prisional inicial, desde que suscetível de progressão, já que a possibilidade, concebida de forma razoável, de progressão do regime, faz que sua fixação inicial não signifique uma restrição inaceitável à atividade jurisdicional. Dito de outra forma, isso não mitiga a função de julgar, uma vez que preserva a possibilidade de uma decisão judicial que interpreta e aplica o Direito penal diante de uma situação específica, inclusive com fixação da pena de forma individualizada, ou seja, uma decisão judicial proferida na plenitude constitucionalmente permitida e desejável.

Tal nos autoriza a imaginar que a aplicação do postulado da Reserva Geral de Jurisdição, acaso tivesse sido feita nos referidos julgamentos, de maneira mais ampla e adequada, teria enfrentado a questão e, inclusive, igualmente teria o condão de proteger e tornar concretos preceitos que foram efetivamente invocados, como o da individualização da pena, embora feridos apenas indiretamente ou, melhor dizendo, feridos em sua consideração contextual e não isolada.

Em sentido inverso, há casos em que a Suprema Corte deixa de reconhecer a inconstitucionalidade por não vislumbrar um princípio que tenha sido diretamente afrontado, embora perdure um forte sentimento de que o dispositivo questionado atenta contra a sistemática constitucional, mais precisamente contra a Reserva Geral de Jurisdição que, entretanto, não é nitidamente percebida.

Exemplo dessa hipótese foi o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo proibitivo de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública⁴¹⁷, em que não se vislumbrou nenhum dispositivo que tenha sido direta e isoladamente afrontado – e de fato não o tem⁴¹⁸ – embora se pudesse, a partir de uma concepção ampla da Reserva Geral de Jurisdição, buscar nas competências e nos princípios constitucionalmente estabelecidos, analisados em conjunto, um conteúdo material tipicamente jurisdicional que consistisse na concessão de liminares naquelas situações específicas, de forma que a lei não pudesse afastar tal possibilidade.

O curioso é que, neste caso, ao deferir a liminar (medida cautelar) na Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal acentuou na ementa do acórdão que “em ação dessa natureza, pode a corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois **o poder de acautelar é imanente ao de julgar**”⁴¹⁹, ou seja, considerou, ainda que só para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que a possibilidade liminar, embora não seja explícita, decorre da própria função de julgar ou, dito de outro modo, é inerente à função jurisdicional, é conteúdo tipicamente jurisdicional, incluindo-se, pois, no que se pode denominar Reserva Geral de Jurisdição.

A hipertrofia legislativa pode ser igualmente contemplada em uma perspectiva histórica, não se podendo esquecer que as teorizações acerca da Reserva de Jurisdição têm por pano de fundo histórico uma reação contra a usurpação da função de julgar pelo legislador e que, segundo Canotilho, a memória conduz, desde logo, ao parlamentarismo britânico com os seus *bills of attainder*, que

⁴¹⁷ STF (Pleno), ADC-MC 4/ Distrito Federal-DF, Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 11 de fevereiro de 1998. DJ 21.05.1999 PP. 00002.

⁴¹⁸ Cf. PINTO, Guilherme Newton do Monte. *A Lei Pode e Deve Limitar a Concessão de Liminares em Ação Judicial?* Revista da ESMARN, ano 2, n. 2, julho de 1997.

⁴¹⁹ STF (Pleno), ADC-MC 4/ Distrito Federal-DF, Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 11 de fevereiro de 1998. Data de publicação? DJ 21.05.1999 PP. 00002. Grifos nossos.

“consistiam em atos legislativos autoritariamente impositivos de uma pena de morte sem observância do *due process* necessário para aplicações de penas criminais”⁴²⁰.

Acentua o constitucionalista português a preocupação da Suprema Corte norte-americana com a proibição dos *bills of attainder*, exemplificando com o caso *Nixon v. Administration of General Services 1977*, em que se considerou que o *Presidencial Recordin and Materials Preservation Act*, constituía, de fato, um *Bill of Attainder*, tendo em vista que estabelecia um destino para os documentos do Presidente, o que, na prática, equivaleria a uma ordem de custódia jurisdicional de documentos⁴²¹.

São casos que também poderiam suscitar dúvida quanto à existência ou não desta hipertrofia legislativa as chamadas “leis-medidas”⁴²²; algumas leis de anistia que não se pautam em uma situação política excepcional; as leis interpretativas que, a pretexto de precisarem o sentido e alcance de leis anteriores, pretendem simplesmente orientar a justiça no sentido pretendido e, muitas vezes, se aplicam diretamente a casos concretos sob exame jurisdicional; leis retroativas que se destinam a alterar o curso de processos jurisdicionais; entre outras que se agasalham em uma aparente generalidade, mas que, ao que parece, se direcionam a casos, singulares ou plurais, que deveriam ser decididos jurisdicionalmente.

⁴²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 674.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 674.

⁴²² A jurisprudência constitucional portuguesa, por exemplo, dentro de alguns parâmetros estabelecidos, tem admitido as chamadas leis-medidas, desde que estas não correspondam tão somente à aplicação de outra lei, sem exprimir um novo juízo de valor, mas constituam uma medida que, embora aparentemente concreta e individual, conduza a uma generalidade, como foi o caso examinado da lei que privatizou a companhia petrolífera portuguesa (Acórdão 365/91). Versa o referido acórdão: “a problemática das leis individuais (leis-medida ou leis-providência), que não é nova na doutrina e jurisprudência constitucionais portuguesas, tem obtido nesta uma solução uniforme e pacífica no sentido da admissibilidade de tal figura (cf. Parecer n.º 13/82, da Comissão Constitucional, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 19º vol., p. 142 e ss.; Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 63/91, in: *Diário da República*, II Série, de 3 de Julho de 1991; 157/88, in: *Diário da República*, I Série, de 26 de Julho de 1988, com referência ao Acórdão n.º 26/85, este publicado nos *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5º vol., p. 7 e ss.). Na doutrina, Jorge Miranda não recusa (Sentido e conteúdo da Lei como acto da função legislativa, in: *Nos dez anos da Constituição*, p. 180) «a possibilidade de lei individual, de lei directa ou aparentemente individual, contanto que, por detrás do comando aplicável a certa pessoa possa encontrar-se uma prescrição ou princípio geral». E, mais adiante, «(...) Tudo parece estar em saber-se se a razão da medida concreta e individual que se decreta (tal como o da lei posta perante a Constituição flexível) leva consigo uma intenção de generalidade, se corresponde a um sentido objectivo, a um princípio geral, por virtude do qual se alarga o âmbito da lei de maneira a abranger aquela medida ou se, pelo contrário, se esgota na aplicação ou execução do que outra lei formal e material dispõe (ou disporia), sem exprimir um novo juízo de valor legal. Uma coisa é então a lei individual ainda reconduzível ao cerne da generalidade, implícita ou indirectamente; outra coisa o acto administrativo sob a forma de lei, simples decisão de um caso concreto e individual, simples aplicação de regra pré-existente e só válida se com ela se conforma» (Acórdão 365/91, Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, processo 368/91, pub. Diário da República, II Série, 27/8/1991).

É neste sentido que Rigaux afirma que “em um Estado de direito, as leis individuais têm uma conotação pejorativa, pois apresentam o risco de acarretar uma imissão do ramo político do Estado no julgamento de situações particulares”, para acrescentar que

a lei nazista de 3 de julho de 1934 é um exemplo extremo disso, mas, ainda hoje, ocorre que nas áreas menos críticas o legislador tente entrar no exame de situações particulares, o que justifica a vigilância das jurisdições constitucionais⁴²³.

O exemplo trazido por Rigaux é bem significativo, já que a lei nazista, de 3 de julho de 1934, que, em seu artigo único, declarava abrangido pelo estado de necessidade os fatos cometidos antes de 1º de julho de 1934, numa estrondosa declaração de impunidade aos fatos ocorridos em 30 de junho de 1934 - a chamada “noite dos punhais” ou “noite das facas longas”, quando o comandante dos SA, Ernst Röhm, e seus principais dirigentes são massacrados -, se abriga dentro de uma legalidade formal, mas que não passa de uma casuística plural que, nos dizeres de Rigaux, “se imiscui na função jurisdicional a qual cabe verificar as condições do estado de necessidade”⁴²⁴.

Seja, pois, em uma perspectiva histórica, seja de forma visível e flagrante ou de maneira mais sutil, evidenciamos a possibilidade de uma hipertrofia legislativa, lançando-se tal função sobre a função jurisdicional, de tal modo que constitui o exame de sua ocorrência – assim como do menos comum avanço da função administrativa – campo amplo e fértil para delimitarmos o conteúdo e alcance da Reserva Geral de Jurisdição.

É, pois, também, a partir destes dois focos – avanço da função administrativa e hipertrofia legislativa – que a Jurisdição Constitucional, através da definição casuística do conteúdo e alcance da Reserva Geral de Jurisdição, poderá clarear os limites entre as demais funções do Estado no seu relacionamento com a função jurisdicional.

É neste sentido, aliás, que ganha relevância a observação de Canotilho que, ao contemplar a Reserva de Jurisdição e entendê-la como *um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional*, acentua que a mesma “**actua**

⁴²³ RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 322-323.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 115.

simultaneamente como limite de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional⁴²⁵.

Tal delimitação jurisprudencial, aferindo o conteúdo e alcance da Reserva Geral de Jurisdição, obviamente, é de enorme valor para a preservação da integralidade da função jurisdicional, no sentido de que impõe limites à invasão da função dos demais Poderes do Estado sobre aquele conteúdo material típico da função jurisdicional.

Com efeito, o afastamento de empecilhos legais ou administrativos, que de certa forma restringem indevidamente a atividade judicante e a colocam sob um horizonte menos amplo do que aquele que emana do próprio texto constitucional, devolve e garante a integralidade e a plenitude da função de julgar.

Acentuamos, entretanto, que a plenitude que aqui se apresenta não é, de nenhuma forma, plenitude no sentido de desvinculação, o que seria incompatível com o Estado de Direito. Muito ao contrário, a plenitude que se apresenta a partir da compreensão e aplicação da Reserva Geral de Jurisdição verifica-se no sentido mesmo da integralidade, da vinculação à função que decorre da própria Constituição.

A identificação e delimitação desta Reserva não leva a uma desvinculação da atividade judicante, mas apenas ao resgate dos parâmetros constitucionais de sua abrangência que, por desrespeito ao próprio texto constitucional, estaria tolhida em sua integralidade no momento em que funções outras avançassem indevidamente sobre conteúdo que lhe era próprio.

Portanto, é plenitude constitucional, plenitude vinculada ao Direito, afastados apenas os excessos invasivos praticados em afronta aos preceitos constitucionais. É neste sentido que se fala em preservação da plenitude e da integralidade da função jurisdicional.

Em suma, a delimitação do alcance e conteúdo da Reserva Geral de Jurisdição, a ser feita preponderantemente pela via jurisprudencial, principalmente em face do exame de alegações de avanço da atividade administrativa e da hipertrofia legislativa sobre a função jurisdicional, tem o condão de clarear os limites

⁴²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 664. Grifos nossos.

entre esta e as demais funções do Estado e, em consequência, preservar a plenitude e a integralidade da função jurisdicional.

CONCLUSÃO DA PARTE II:
A Reserva de Jurisdição como Manifestação Contemporânea
da Separação de Poderes

A Reserva de Jurisdição – acentuadamente a Reserva Geral de Jurisdição, mas também as Reservas Específicas – nos moldes em que foi aqui concebida e definida, ainda que minimamente, constitui a mais incisiva e fiel manifestação da Separação de Poderes, tal qual esta se apresenta no Estado constitucional contemporâneo.

Com efeito, já se pôde constatar que a Separação de Poderes, pensada ao longo de sua evolução histórica a partir de diferentes ângulos de observação e análise, e que, de acordo com o fim específico a que se presta em determinados momentos e contextos, pode ser contemplada em pelo menos quatro dimensões diversas, bem como que, em sua assimilação pelo Estado constitucional contemporâneo como seu elemento caracterizador e, ao mesmo tempo, garantidor, se apresenta em dupla feição, já que possível contemplarmos plenamente as suas dimensões política e orgânico-funcional.

Assim, no Estado constitucional contemporâneo, a Separação de Poderes tem o exato significado do equilíbrio e da harmonia entre essas duas dimensões, de forma que, ao tempo em que se presta – por meio de uma distinção material das funções estatais e da instituição de órgãos diversos aos quais são atribuídas diferentes funções que a eles melhor se adéquem – à obtenção de uma maior adequação orgânica e eficiência funcional, também objetiva a obtenção do equilíbrio político entre estes órgãos destinados ao exercício das funções do Estado.

Deste formato de Separação de Poderes emana uma incompatibilidade natural com a distribuição rígida e estanque das funções do Estado pelos seus respectivos órgãos, de forma que é impensável uma correlação absoluta entre órgão e função, sob pena de – conforme argumentos anteriormente invocados – restar comprometido o equilíbrio político que se persegue, mas, ao mesmo tempo, não pode isto representar, como já acentuado, um absoluto descomprometimento com a adequação orgânica e a eficiência funcional, também finalidades perseguidas pela Separação de Poderes.

É neste contexto que os arranjos institucionais, pensados e concebidos à luz deste formato de Separação de Poderes – duplamente facetada e elemento desta específica forma de Estado que é o Estado constitucional contemporâneo – dão ênfase ao estabelecimento de atribuições a órgãos estatais que se traduzam em efetivos instrumentos de controle recíproco entre os Poderes do Estado, do que decorre *certo entrelaçamento funcional*, uma *interpenetração de funções* que, entretanto, não significa abdicação da adequação orgânica e da eficiência funcional e que finda por se concretizar por meio da atribuição de determinadas funções aos órgãos estatais que sejam mais adequados e apropriados ao seu exercício.

Analisando em sentido inverso e sob um ângulo mais comumente contemplado, poderíamos dizer que os arranjos institucionais atribuem a cada órgão estatal uma função que lhe seja mais adequada e que possa melhor e mais eficazmente cumprir, sem, entretanto, assim proceder em caráter de exclusividade ou, dito de modo ainda mais comum, atribuem a cada órgão uma função precípua, mas não exclusiva.

A função atribuída – ainda que não o tenha sido de forma exclusiva e absoluta, mas para que, naquilo que o tenha, efetivamente possa ser cumprida pelo órgão ao qual se atribuiu e não constitua apenas uma fachada formal – não há de admitir interferência indevida, ainda que a pretexto do exercício de outra função estatal.

É neste ponto que a Reserva de Jurisdição – que nada mais representa do que a preservação da função atribuída aos órgãos jurisdicionais, com o repúdio de interferências indevidas no seu exercício – se traduz em perfeita manifestação de um formato de Separação de Poderes que, por um lado, prestigia a atribuição de funções aos órgãos mais adequados ao seu exercício e, por outro, foca o equilíbrio político entre estes mesmos órgãos.

Com efeito, a Reserva de Jurisdição, tal qual aqui concebida e minimamente definida, preserva a função jurisdicional para os órgãos aos quais se atribuiu essa função e o faz por imposição da necessária adequação orgânica e eficiência funcional, naquilo que se definiu como dimensão orgânico-funcional da Separação de Poderes. Não o faz, entretanto, de maneira total e absoluta, ou seja, não o faz por meio da adoção de um conceito dogmático e material de função jurisdicional e da contemplação de tal função, dogmática e materialmente concebida, como esfera exclusiva de atuação dos órgãos jurisdicionais, até porque o conteúdo e alcance da

função jurisdicional e, em decorrência, da própria Reserva de Jurisdição, se extraem do próprio texto constitucional.

Ao contrário, a Reserva de Jurisdição não só busca o seu conteúdo no próprio texto constitucional, do qual emana o próprio estabelecimento da função jurisdicional, como também somente alcança um *núcleo essencial* dessa função, um *conteúdo material mínimo*, já que não pode perder de vista que a distribuição das próprias funções estatais se deu e se dá sob o signo do equilíbrio político, o que implica a insubsistência de uma correlação total e absoluta entre órgão e função. Dessa forma, a Reserva de jurisdição constitui, também, uma manifestação da dimensão política da Separação de Poderes.

Portanto, a Reserva de Jurisdição, estando ao mesmo tempo a serviço da adequação orgânica e eficiência funcional, no momento em que preserva para os órgãos jurisdicionais o pleno exercício da função que, por critérios de adequação e eficiência, lhe é constitucionalmente atribuída, bem como, também, do equilíbrio político, visto que, focando-se apenas em um núcleo essencial mínimo da função tipicamente jurisdicional, afasta-se e repudia a correlação absoluta entre órgão e função e da exclusividade funcional típica de uma Separação rígida que, como visto, conduz invariavelmente à supremacia de um Poder e, portanto, ao desequilíbrio político, nada mais faz do que reproduzir a ideia e os fins contidos no que se denominou *dimensões orgânico-funcional e política* da Separação de Poderes. A partir disso podemos afirmar que a Reserva de Jurisdição constitui a mais incisiva e fiel manifestação da Separação de Poderes, tal qual esta se apresenta no Estado constitucional contemporâneo.

CONCLUSÃO FINAL

Por tudo o que até agora se expôs, resta-nos, a título de conclusão final, recapitular o conteúdo das conclusões tópicas já apresentadas e que, em conjunto e sistematizadas, refletem o que, de uma forma geral, resultou de todos os fundamentos e argumentos invocados e conduziu à ideia central perseguida pelo presente trabalho, o que fazemos nos termos que se seguem.

I - A Separação de Poderes, antes de se fazer presente na doutrina ricamente elaborada, decorrente do pensamento de grandes teóricos dos séculos XVII e XVIII – como Locke, Rousseau e Montesquieu –, já povoava o mundo das grandes ideias políticas, ainda que de forma não autônoma e mesmo que inserida no contexto de outras concepções mais abrangentes. Teve por base constante e eixo central do pensamento que a inspira a ideia da desconcentração do exercício do Poder Político, com a distribuição das funções inerentes a esse poder, sendo possível vislumbrar, em sua evolução histórica – e a partir de práticas e institutos tão distintos como a Constituição mista de Aristóteles ou de Políbio, o *Rule of Law*, a Balança dos Poderes em sua original concepção inglesa ou a noção vinculada a uma distinção material das funções do Estado – os diversos fins a que tal ideia se prestava. Pôde-se identificar, em um primeiro momento e sem prejuízo de outras percepções mais aguçadas, quatro finalidades específicas, que correspondem às quatro dimensões em que contemplamos a ideia da Separação de Poderes: a social, a política, a jurídica e a orgânico-funcional.

II - Analisando sua elaboração propriamente doutrinária nos séculos XVII e XVIII, não se pode negar a centralidade que ocupa o pensamento de Montesquieu, nem a importância das elaborações teóricas de Locke e Rousseau, havendo nestes dois – e diferentemente do que foi afirmado por muitos – uma nítida doutrina da Separação de Poderes, embora neles não sejam contempladas todas as dimensões possíveis. A formatação do entendimento que aqui apresentamos sobre o tema também recebeu inegável influência de outras concepções subsequentes, como a proposta alternativa de Benjamin Constant, as críticas consistentes de Carré de Malberg e a nova tripartição proposta por Karl Loewenstein, entre outras, sem que

tenhamos afastado, entretanto, a centralidade do pensamento político de Montesquieu, por sua abrangência e completude, ainda que contextualizado com o momento histórico em que eclodiu.

A doutrina da Separação de Poderes de Montesquieu é quadridimensional, uma vez que, tanto quanto as propostas de Locke e Rousseau, apresenta uma dimensão jurídica e outra orgânico-funcional, entendida a primeira como a Separação com o fim de proteção dos direitos e liberdades individuais e a segunda também como a mesma Separação, mas objetivando a adequação orgânica e a eficiência funcional; tendo ido, entretanto, mais além ao contemplar uma dimensão social, que se traduz na busca do equilíbrio social no exercício do Poder Político, ou seja, no equilíbrio entre os diversos estamentos que compõem a sociedade, e, também, uma dimensão política, que corresponde à finalidade de obtenção do equilíbrio político entre os órgãos que exercem o Poder do Estado. A grande inovação de Montesquieu está exatamente em contemplar de forma clara e precisa em uma mesma ideia – a da Separação de Poderes – quatro finalidades distintas que correspondem às quatro dimensões de sua doutrina. Tais fins, é verdade, já poderiam ser extraídos das ideias ou dos embates políticos que historicamente gravitaram em torno da evolução do pensamento central que inspirou a teoria da Separação de Poderes, mas tais finalidades se apresentavam muitas vezes divergentes e até mesmo contrapostas, tendo Montesquieu não somente as reunido como, principalmente, harmonizado, nisto residindo a sua genialidade e, mais ainda, a incompreensão que, pelos séculos que se seguiram, constantemente rondou a sua doutrina.

III - A passagem da Separação de Poderes de uma concepção apenas doutrinária para a realidade institucional dos Estados modernos, quando passou a figurar em praticamente todas as Constituições, ainda que muitas vezes apenas simbolicamente, erigindo-se, portanto, à categoria de princípio constitucional, se deu, como não poderia deixar de ser, em ambiente de intenso debate, tendo sempre como epicentro as ideias desenvolvidas e sistematizadas na obra *O Espírito das Leis*.

Dois destes debates, por sua abrangência e, principalmente, por sua repercussão histórica e institucional, foram fundamentais para definir o rumo do que a posteridade iria compreender e assimilar como conteúdo do princípio da

Separação de Poderes: o que ocorreu na França em torno dos trabalhos da Assembleia Nacional de 1789, no período imediatamente seguinte à Revolução, e o que se verificou nos Estados Unidos da América em torno da Constituição de 1787, levado a cabo, principalmente, pelos Federalistas, em defesa do texto constitucional.

O primeiro – o debate francês – que conduziu a uma concepção rígida da Separação de Poderes, é o que, nos tempos atuais, tem recebido as mais profundas críticas, as quais, ainda que sem se lançarem de forma mais detida e profunda ao exame da conformidade ou não desta concepção com a doutrina contida em *O Espírito das Leis*, são dirigidas, quase unanimemente, contra o próprio Montesquieu. O segundo – o debate norte-americano – traz em sua essência uma concepção de Separação de Poderes modelada e moderada pelos *checks and balances* e que aponta para uma Separação não estanque dos poderes estatais, com controle mútuo, cooperação, harmonia e inter-relacionamento, bem diversa do modelo de Separação rígida que decorreu do debate francês.

IV - Como princípio organizatório e estrutural, a Separação de Poderes é uma das grandes constantes do Estado, mas não de qualquer forma de Estado e sim de um modelo específico, mais precisamente do Estado constitucional que se contrapôs ao chamado Estado Absolutista, o qual, por suas próprias características essenciais, não se podia conformar ao referido princípio. O modelo de Separação de Poderes, entretanto, presente em cada um dos diversos formatos do Estado constitucional, não foi necessariamente o mesmo, já que, à evidência, não sendo a fórmula da Separação de Poderes objeto de uma leitura única e invariável, não se poderia pretender que, como elemento de formas diferentes de Estado, que priorizavam valores distintos, permanecesse inalterável. Ao contrário, foram múltiplas as formas em que se manifestou a Separação de Poderes, sem que deixasse de sempre estar presente como elemento essencial do Estado constitucional e sem que perdesse as suas características centrais, em especial sua conotação de fórmula institucional contraposta ao exercício concentrado do Poder Político e ao potencial abuso que dele decorre.

V - No Estado constitucional contemporâneo, não mais se contempla a dimensão social da Separação de Poderes, pelo menos nos moldes historicamente concebidos, como divisão do Poder que objetivava o equilíbrio dos estamentos

sociais, o que se explica pela existência dos valores democráticos que se inserem nesse modelo de Estado, norteados pelo signo da igualdade. Da mesma forma, também não se contempla a dimensão jurídica que, de certo modo, foi eclipsada pelos valores decorrentes do Estado de Direito, também inserido no Estado constitucional, tendo este assumido diretamente a função limitadora do Poder como garantia dos direitos individuais, pelo que restou à Separação de Poderes uma função apenas secundária, de mecanismo caracterizador e, ao mesmo tempo, garantidor do próprio Estado constitucional. Já a dimensão política, traduzida na busca do equilíbrio político entre os órgãos destinados ao exercício das funções do Estado, e a dimensão orgânico-funcional, que se traduz na instituição de órgãos diversos a que são atribuídas, a partir de uma distinção material das funções do Estado, tarefas não exclusivas, mas preponderantes, que a eles melhor se adéquem, objetivando a obtenção de uma maior eficiência possível, podem ser visivelmente contempladas, de forma que a Separação de Poderes se apresenta no Estado constitucional contemporâneo pelo menos em suas dimensões política e orgânico-funcional.

VI - A busca do equilíbrio político não pode significar um absoluto descomprometimento com a adequação orgânica e a eficiência funcional, tanto quanto a busca de uma adequação orgânico-funcional não poder abdicar do equilíbrio político. Desta forma, a busca do equilíbrio político e, ao mesmo tempo, da adequação orgânica e eficiência funcional são, pois, os dois nortes atualmente perseguidos pela Separação de Poderes. Busca-se atribuir a cada órgão constituído determinadas funções que permitam, dentro de um sistema de *checks and balances*, de harmonia, de coordenação, de interdependência e de cooperação, chegar-se ao equilíbrio mais pleno que se possa alcançar, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a tarefa de, na medida do possível e sem prejudicar o equilíbrio perseguido, atribuir as funções de acordo com a constituição, a capacidade, a formação, a composição, enfim, o perfil, a vocação e a habilidade específica de cada órgão, o que implica dizer que, não obstante não possa haver uma atribuição com ares de exclusividade, deve-se dar a cada órgão uma função preponderante. Em face disto, poderíamos concluir que, em essência, a Separação de Poderes tem, atualmente, no seio do Estado constitucional contemporâneo, o exato significado da conciliação, do equilíbrio e da harmonia entre as suas dimensões política e orgânico-funcional.

VII - Não obstante as diversas acepções do termo *Poder*, devemos entender a expressão *Poderes do Estado* como sendo referente às estruturas orgânicas, aos sistemas de órgãos encarregados das funções estatais e de atribuições que lhe são conferidas, sendo que o fato de determinada Constituição instituir tais estruturas orgânicas, atribuindo-lhes funções específicas e conferindo-lhes o *status* de Poder, entretanto, é uma opção constitucional, uma questão de arranjo institucional. Já a *função* deve ser entendida como um conjunto de atos, um complexo ordenado de atos, específicos e diferenciados, que apontam para uma integralidade funcional, atribuídos a determinado Poder, com a finalidade específica de obtenção dos fins do Estado, ao passo que as *atribuições* devem ser compreendidas como atos avulsos – ainda que múltiplos e minimamente coordenados – conferidos a um Poder, que não correspondem à sua função propriamente dita, mas apenas são necessárias para garantir o cumprimento de sua função precípua ou para manter o equilíbrio com os demais Poderes.

Assim, a par de outras atribuições, a cada Poder do Estado se atribui, pelo menos, uma função, que por ele deve ser exercida precipuamente, de forma que persiste a veracidade da afirmação de que ao Poder Legislativo cabe precipuamente a função de legislar, ao Poder Executivo a função de Governo e ao Poder Judiciário a função jurisdicional, não havendo, entretanto, uma relação exata entre Poder e função a ponto de se poder estabelecer uma máxima do tipo “a cada função do Estado corresponde um Poder; e a cada Poder uma função”. No primeiro caso, porque nem toda função estatal encontra um Poder específico a desempenhá-la com exclusividade. Já no segundo, pelo fato de que nem todo Poder exerce com exclusividade determinada função, como também porque sua atividade não se esgota na função que lhe é atribuída precipuamente. Desta forma, além de sua função precípua – ou mais de uma –, a cada um dos Poderes do Estado são conferidas atribuições que se destinam ora a garantir a sua própria independência e, em consequência, preservar a possibilidade de adequado desempenho de sua função, ora a limitar os demais Poderes, na busca da harmonia e do equilíbrio entre todos.

VIII - É do conjunto de competências coordenadas conferidas aos respectivos órgãos que emana a função atribuída ao Poder, pelo que não há

qualquer dificuldade em percebermos o Poder Judiciário como a estrutura orgânica ou o sistema de órgãos aos quais se atribui a função jurisdicional e que, de uma forma geral e a partir da observação de diversos arranjos institucionais, poderíamos constatar que o Poder Judiciário se integra com os demais Poderes do Estado na harmonia e no equilíbrio que devem reger a convivência entre os Poderes constituídos, sem prejuízo do exercício de sua função específica – a função jurisdicional –, pelo que se insere no contexto de uma Separação de Poderes considerada em suas dimensões política e orgânico-funcional. Também a partir do exame de diversos textos constitucionais e das competências coordenadas atribuídas aos órgãos que integram o Poder Judiciário, é possível fazer uma leitura da função jurisdicional de forma a compreendê-la como a função de interpretar e aplicar o Direito, a partir de uma situação conflituosa específica, com o atributo da definitividade.

IX - O fato de o Poder Judiciário assumir por completo a sua dimensão política – seja por sua inclusão no contexto do equilíbrio político entre os Poderes do Estado (situação, como visto, absolutamente vinculada, em seu nascedouro, ao controle de constitucionalidade das leis), seja pela consolidação deste papel político através do que se denomina politização do Judiciário ou da função jurisdicional, correta e adequadamente compreendida (o que significa a renúncia a uma compreensão deturpada que conduziria a um impensável rompimento entre a atividade jurisdicional e o ordenamento jurídico) – representa o abandono do papel secundário que lhe impunha as antigas concepções doutrinárias e sua instalação em uma posição de absoluta e efetiva relevância institucional, o que se poderia traduzir como o apogeu institucional do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário em seu *apogeu institucional*, entretanto, com a sua contextualização política em paridade e equilíbrio com os demais Poderes do Estado, implicou o redimensionamento da percepção que dele se tinha, até então confinado a uma posição de discricção e, até mesmo, de obscuridade, de tal forma a impor ao mesmo um protagonismo político e social até então inédito. O aumento de expectativas em torno do Poder Judiciário que daí decorreu, gerando, entre outros sintomas, a explosão das demandas judiciais e a mudança do perfil da normatividade estatal, reflexo do que se tem chamado de *judicialização da política*, levou, em um primeiro momento, a um descompasso entre as expectativas e os

resultados obtidos – o que aqui denominamos crise funcional – e, na esteira das soluções alternativas que se buscou, a um desequilíbrio entre o papel político dos demais Poderes e o papel jurídico dos tribunais – a chamada crise política do Judiciário – de tal forma que a superação de tais crises (com a solução do problema do descompasso entre as expectativas em torno da prestação jurisdicional e os resultados por ela obtidos, como também do problema do desequilíbrio entre a função política dos demais Poderes e o papel jurídico da função jurisdicional, o que significa, exatamente, a preservação da Separação dos Poderes em sua dupla dimensão, funcional e política, tal qual concebido e amoldado ao Estado constitucional contemporâneo) exige, portanto, o reequilíbrio político e a readequação funcional.

O equacionamento da Reserva de Jurisdição, por sua vez, nos termos em que adiante procuraremos definir, poderá contribuir para o reequilíbrio dos papéis acima indicados, sem prejuízo da busca da “justiça”, atingindo-se uma maior adequação da prestação jurisdicional, o que se poderá fazer na medida em que protege a função jurisdicional em um núcleo essencial contra os avanços indevidos dos demais Poderes, de forma a permitir seu exercício na plenitude constitucionalmente admitida e desejada e sem a necessidade de se invocarem soluções alternativas radicais e desequilibrantes.

X - Quando falamos em *Reserva de Jurisdição*, a primeira percepção que nos vem é a das competências atribuídas explicitamente aos órgãos judiciários para a prática de atos jurisdicionais específicos, com previsão geralmente constitucional e que implica o afastamento da possibilidade de que tais atos sejam praticados por outros órgãos, autoridades ou pessoas. Mas há outro sentido em que se pode utilizar a expressão *Reserva de Jurisdição* e que não se trata propriamente da reserva de determinados atos jurisdicionais aos órgãos judiciários, com a proibição de que sejam tais atos praticados, em um primeiro momento, em vias não judiciais, mas, diferentemente, trata-se de uma reserva geral – não específica e não necessariamente explícita – inerente à própria função jurisdicional. Consiste em uma reserva da própria jurisdição, da própria função de julgar, que decorre da própria essência da função jurisdicional, que pressupõe a existência de um conteúdo material mínimo, de um núcleo essencial da função de julgar, reservando-a aos órgãos judiciários próprios e afastando interferências indevidas no exercício pleno

desta função e que, em última análise, decorre do próprio postulado da Separação de Poderes, não em sua compreensão dogmática, mas em sua contemplação constitucional, em que há a instituição de Poderes diferentes com atribuição aos mesmos de funções específicas cujo conteúdo emana diretamente do conjunto de competências gerais atribuídas aos respectivos órgãos que integram a estrutura do Poder.

XI - O Supremo Tribunal Federal, assim como a doutrina brasileira mais moderna e autorizada, percebe e define nitidamente a Reserva de Jurisdição em seu semblante mais restrito, ou seja, como aquelas competências específicas explicitadas no texto constitucional, atribuídas com exclusividade aos órgãos do Poder Judiciário, aqui denominadas Reservas Específicas de Jurisdição, não dedicando, entretanto, um tratamento sistematizado ao que chamamos de Reserva Geral de Jurisdição, o que não significa que esta não seja percebida e contemplada, ainda que implicitamente, em suas decisões.

Já na doutrina constitucional portuguesa, o tema Reserva de Jurisdição se faz presente de maneira muito mais intensa, em especial no pensamento de Canotilho, que nos dá uma visão mais geral sobre a *Reserva da Função de Julgar*, a partir do *critério das duas palavras*, distinguindo entre *Reserva de Juiz* e *Reserva de Tribunal*, tomando por base o chamado *monopólio da primeira palavra* e *monopólio da última palavra*, o que já fornece uma percepção mais ampla sobre o tema, indo, entretanto, ainda mais adiante, já que a *Reserva de Juiz*, assim como a *Reserva de Tribunal*, são apenas implicações de uma ideia mais ampla que é a Reserva de Jurisdição, entendida como uma reserva material da função jurisdicional, decorrente do próprio postulado da Separação de Poderes e da necessária independência do Poder a que se atribui, de forma diferenciada de outras funções estatais, a função de julgar e que adentra no campo da própria substância dessa função.

Paulo Rangel, por sua vez, com sua contemplação da Reserva de Jurisdição em seu duplo sentido – dogmático e jurisprudencial – situa a questão em um contexto mais específico e concreto, de forma que no seu pensamento, a Reserva de Jurisdição, vista sob um ângulo doutrinário e teórico, constitui inequívoca manifestação do princípio da Separação de Poderes, vislumbrado especialmente em suas dimensões *política* e *orgânico-funcional*, e, vista por um ângulo jurisprudencial, em especial à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, comporta

uma contemplação ampla e abrangente, e que, classificada pelo mesmo como *Absoluta* ou *Relativa*, e engloba tanto o que denominamos Reserva Específica de Jurisdição quanto o que chamamos de Reserva Geral de Jurisdição.

XII - Muito mais do que apenas vislumbrar uma classificação para a Reserva de Jurisdição, imprescindível é que tenhamos bem nítidas algumas constatações necessárias a que qualquer classificação que se possa adotar não peque pela superficialidade de seu conteúdo nem pela impropriedade dos termos empregados, de forma que se faz necessário compreender, por exemplo, que nessa expressão se abrigam dois sentidos bem distintos, ainda que complementares. Existe uma diferença significativa, embora sutil, entre o emprego da expressão Reserva de Jurisdição com o significado de *Reserva da Jurisdição* – que se traduz na reserva da própria função jurisdicional, de forma que o que se reserva é a jurisdição, a plenitude da função jurisdicional, contemplando-se uma área de atuação mínima, própria e típica desta função e se evitando que haja ingerência de qualquer natureza, inclusive administrativa e legislativa, que mitigue a plenitude de seu exercício – e o seu emprego com o significado de *Reserva para a Jurisdição* – no sentido de que se reservam certas matérias à função jurisdicional, de que se exclui a possibilidade de que determinadas matérias venham a ser objeto de uma *primeira palavra* de Direito, de uma primeira interpretação e aplicação do Direito por parte de órgãos não jurisdicionais, reservando-se, portanto, a matéria, o ato, para que o mesmo só possa ser praticado pela via judicial.

Também se faz necessário distinguir e compreender o emprego das expressões Reserva Absoluta e Reserva Relativa, de Reserva de Jurisdição Excludente e Não Excludente e, principalmente, de Reserva Geral e Reservas Específicas de Jurisdição, de forma a podermos efetuar uma classificação adequada e que também seja adaptada ao Direito brasileiro e ao fim a que se propõe. É neste sentido que, não obstante preferimos uma classificação que iniciasse por distinguir entre os dois grandes sentidos aqui contemplados para a Reserva de Jurisdição – Reserva da Jurisdição e Reserva para a Jurisdição –, mas tão somente para ser mais coerente com a abordagem que a mesma tem merecido e, principalmente, pelo trato que, até o momento, tem recebido da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência brasileira, faremos uso de uma referência classificatória mais adequada ao Direito brasileiro e que, partindo da distinção inicial entre *Reserva Geral de Jurisdição* e

Reservas Específicas de Jurisdição, avança na contemplação de que a Reserva Geral de Jurisdição inclui *Reservas Excludentes (Absolutas)* e *Reservas Não Excludentes (Relativas)* de prévios pronunciamentos de Direito não jurisdicionais.

XIII – Focando especificamente a chamada Reserva Geral de Jurisdição, é possível chegar a uma definição mínima da mesma, entendendo-a como a reserva de um conteúdo material típico, contido em um núcleo essencial mínimo, que decorre da própria função jurisdicional – ou seja, do conjunto de competências gerais, ordenadas e coordenadas, constitucionalmente atribuídas aos órgãos jurisdicionais – de forma que o exercício desta função, com o conteúdo que lhe é inerente, está reservado aos órgãos jurisdicionais competentes, afastando-se-lhe interferências indevidas que possam constituir obstáculos à plenitude deste exercício.

XIV - A partir dessa definição mínima, entretanto, surge a questão de como seria possível identificar interferências indevidas, avanços sobre este núcleo essencial da função jurisdicional, ou seja, de como identificar afronta à Reserva Geral de Jurisdição, sendo neste momento, e diante de tal indagação, que evidenciamos a necessidade de uma delimitação da Reserva Geral de Jurisdição. Diferentemente das Reservas Específicas de Jurisdição, que não carecem senão de uma interpretação e adequada aplicação, tendo em vista a forma explícita e específica em que se fazem presentes no texto constitucional, a Reserva Geral de Jurisdição – exatamente por ser, além de implícita, genérica – exige uma delimitação do seu conteúdo e alcance.

Quanto ao conteúdo, a doutrina seria capaz de dar uma importante e decisiva contribuição para o cumprimento adequado desse papel, ainda que o faça através de uma definição mínima tal qual acima proposto. Na delimitação do seu alcance, entretanto, seria tarefa que, diante da infinidade de situações que comporta, a contribuição doutrinária seria forçosamente mais modesta, podendo apenas trazer indicativos que servissem de norte e referência, mas sem possibilidades efetivas de teoricamente abranger todas as situações concretas, de tal sorte que somente a via jurisprudencial estaria apta, de forma ampla, e através da casuística, à delimitação desse alcance.

A delimitação do alcance e conteúdo da Reserva Geral de Jurisdição, por sua vez, a ser feita preponderantemente pela via jurisprudencial, principalmente em face do exame de alegações de avanço da atividade administrativa e da hipertrofia legislativa sobre a função jurisdicional, tem o condão de clarear os limites entre esta e as demais funções do Estado e, em consequência, de preservar a plenitude e a integralidade da função jurisdicional.

XV - A Reserva de Jurisdição, estando ao mesmo tempo a serviço da adequação orgânica e da eficiência funcional, no momento em que preserva, para os órgãos jurisdicionais, o pleno exercício da função que, por critérios de adequação e eficiência, lhe é constitucionalmente atribuída, bem como, também, do equilíbrio político, visto que, focando-se apenas em um núcleo essencial mínimo da função tipicamente jurisdicional, afasta-se e repudia a correlação absoluta entre órgão e função e da exclusividade funcional típica de uma Separação rígida que, como visto, conduz invariavelmente à supremacia de um Poder e, portanto, ao desequilíbrio político, nada mais faz do que reproduzir a ideia e os fins contidos no que se denominou dimensões orgânico-funcional e política da Separação de Poderes. A partir disso, podemos afirmar que **a Reserva de Jurisdição constitui a mais incisiva e fiel manifestação da Separação de Poderes, tal qual esta se apresenta no Estado constitucional contemporâneo.**

Com estas conclusões tópicas, encerra-se, pois, o presente trabalho.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANNO, Nicola. *Diccionario de Filosofia*. Trad. Alfredo N. Galletti. México: Fondo de Cultura Econômica, 1974.
- ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial: independência in dependência*. Coimbra: Almedina, 2004.
- ALEMANHA. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. 23 mai. 1949. Disponível em: <<http://brasilia.diplo.de/vertretung/brasilia/pt/Startseit.html>>. Último acesso em: 8 set. 2009.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a Política e a História*. 2. ed. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença LDA, 1977.
- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2005.
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Trad. Sergio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A Reserva Constitucional de Jurisdição. *O Direito*, n. 123, II-III, Lisboa: 1991.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB (Org.). *Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero americanos*. Trad. Carola Andrea Saavedra Hurtado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 19. ed. Porto Alegre: Globo, 1980.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENETI, Sidnei Agostinho. *A Conduta do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

_____. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. Edição. São Paulo-SP: Paz e Terra, 2006.

_____.; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

_____.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira (Coord.). 13. ed. Brasília: UNB, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 10 nov. 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 jul. 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil. 22 abr. 1824. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 8 set. 2009.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005

CABEDO NEBOT, Ricard (Coord). *Jurisdicción, Competencia e Organización del Poder Judicial*: comentários y jurisprudencia. Madrid: Edersa, 1995.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2006.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política*: propostas para uma rearquitectura da Democracia. São Paulo: Angelotti, 1995.

_____. A Emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo: o exame do quadro brasileiro, tendo por base a reforma política realizada quase por inteiro pelos tribunais superiores. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Reforma do Judiciário. Aspectos Polêmicos da E.C. n 45/2004. *Centro de Estudos Políticos e Sociais – CEPES*, São Paulo, v. 5, p. 185-195, 2005.

_____. Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. n. 5, p. 185, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, visto por um Advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30-51.

_____. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. O Judiciário e a Democracia no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 116-125 mar./mai. 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Julgar e Decidir – As invisíveis manhas da decisão nos Tribunais acadêmicos. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1. p. 13-18, jan./abr. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

_____.; GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *La Dimensión política de la función judicial. Derecho, Política y Magistratura*. Buenos Aires: Biblos, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguage*. 4. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de Los Poderes: histórias constituyentes de la Tridad Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividades Legislativas do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *O Direito Inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *O Futuro do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Estado de Direito e Cidadania*. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Coord.). *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público no Processo*. São Paulo: Verbatim, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DROMI, José Roberto. *El Poder Judicial*. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

_____. *Los Jueces*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1992.

DUGUIT, Léon. *La Separación de Poderes y La Asamblea Nacional 1789*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

DURKHEIM, Émile. *Montesquieu e Rousseau: pioneiros da sociologia*. Trad. Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones Política y Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8. ed. Madrid: editorial civitas, 1997.

ESPAÑA. *Constitución Española*. 6 dez. 1978. Disponível em: <www.gva.es>. Último acesso em: 8 set. 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos Da América*. 1787. Disponível em: <www.embaixada-americana.org.br>. Acesso em: 8 set. 2009.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Os Desafios do Judiciário. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, p. 46-56, mar./mai. 1994.

_____. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. São Paulo: Mímeo, 1995.

_____. As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52-67.

_____. O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11-29.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário diante da Divisão dos Poderes: um Princípio em Decadência? In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007.

FERRAZ, Ana Claudia da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *O Poder Judiciário no Brasil*. São Paulo: Del Rey, 1995.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *Os Juízes na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Visilis, 2002.

FRANÇA. Constituição da República Francesa. 4 out. 1958. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr>. Último acesso em: 8 set. 2009.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____.; PAPALOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

_____.; ALLARD, Julie. *Os Juízes na Mundialização: uma nova revolução do direito*. Porto Alegre: Instituto Piajet, 2006.

GASPAR, Antônio Henrique. *A Justiça nas Incertezas da Sociedade Contemporânea – O juiz hoje: de exegete a ministro da verdade*. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p. 19-30 jan./abr. 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?* Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 35.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUARNIERI, Carlo. *Los Jueces e La Política: poder judicial e democracia*. Madrid: Taurus, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986.

HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y Validez*. Trad. para espanhol de Manuel Jimenez Redondo. 4. ed. Madri: Trotta, 1998.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. São Paulo: Líder, 2003.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, George. *Direito Constitucional*. Trad. Carlos Souza. 24. ed. São Paulo: Manole, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães LDA, 1986.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Alex Marins. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. MOVILLA, A. *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos. [s.d.]

_____. *A profissão de Juiz, hoje*. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1. p. 19-30, jan./abr. 2007.

ITÁLIA. Constituição da República Italiana. 1 jan. 1948. Disponível em: <http://www.ecco.com.br/cidadania/const_italiana.asp>. Último acesso em: 8 set. 2009.

JELLINEK, George. *Teoría General Del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. México: FCE, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *A Democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en La Decisión Judicial*: El debate com la teoria crítica del derecho. Tradução para o espanhol Diego Eduardo Lopes Medina e Juan Manoel Pombo. Bogotá: Siglo Del Hombre, 1999.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado Juiz na Democracia Contemporânea*: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LENZA, Vitor Barboza. *Magistratura Ativa*. São Paulo: AB, 2000.

LIMA FILHO, Acácio Vaz de. *O Poder na Antiguidade*: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68-93.

_____. Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 22-33, mar./ mai. 1994.

_____. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113-143.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. A Administração da Justiça no Estado Social. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. *Revista AJURIS*, n. 49, 1990.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*. Tradução para espanhol José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Econômica, 1998.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa*. Coimbra: Mimeo, 1995.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MASCARO, Alysso Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MASCARO, Alysso Leandro. *Lições de Sociologia do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de (Org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 337.

_____. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOTA FILHO, Cândido. *O Conteúdo Político das Constituições*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1950.

NALINI, José Renato. A Formação do Juiz após a Emenda à Constituição n. 45/04. *Revista da ENM*, ano I, n. I, abr. 2006, p. 17-24.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro,, vol. 37, n. 2, mai./ago. 1994.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Harbemas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción Al Análisis Del Derecho* . Barcelona: Ariel, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO, Flávia Sousa Dantas. O Judiciário Francês sob a Ótica de um Juiz Brasileiro. *Revista Direito e Liberdade/Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte*, ano 4, v. 8, n. 2 (2005). Mossoró: ESMARN, 2008. p. 131-165.

PINTO, Guilherme Newton do Monte. Controle Externo: um tabu a ser vencido. *Revista Letras Jurídicas*, ano 41, n. 1, Nov. 2003. p. 58-60.

_____. A Lei Pode e Deve Limitar a Concessão de Liminares em Ação Judicial? *Revista da ESMARN*, ano 2, n. 2, jul. 1997.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005.

PLATÃO. *A República*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2008.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição*. Sentido Dogmático e Sentido Jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica, 1997.

RIBEIRO, Helcio. *Justiça e Democracia: Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cesar Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROUSSEAU. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes. *Revista USP*. São Paulo: n. 21, p. 34-45, mar./mai. 1994.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *O Judiciário em Debate*. São Paulo: IDESP, 1995.

SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. *Os Tribunais e as Novas Tecnologias de Comunicação e de Informação*. *Revista Sociologias*. Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan/jun 2005. p. 82-109.

_____.; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Lisboa: Afrontamento, 2007.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. *Manual de Teoria da Constituição*. São Paulo: RT, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. Elizete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-americano*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SMANIO, G. P. A Separação de Poderes e o Ministério Público. *Jornal Tribuna do Direito*, [S.l.], p. 25, 03 jul. 1995.

_____. et al. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: Alexandre de Moraes. (Org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 333-346.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial á Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SYEYÉS, Emmanuel Joseph. *A Constituição Burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático*. Trad. Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Acesso à Justiça: Administração da Justiça nas Américas no Contexto da Globalização*. Rio de Janeiro: Gráfica do TJRJ, 1998.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelas de. *A Separação de Poderes na Constituição Americana*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e Mandado de Segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juris, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.