

SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: UMA LIMITAÇÃO AOS ÓRGÃOS DE PODER NO ESTADO REPUBLICANO

Lucas Henrique BEPPU¹
Sérgio Tibiricá AMARAL²

RESUMO: O seguinte trabalho tem como enfoque principal a demonstração do desenvolvimento histórico do sistema da tripartição de poderes, proveniente de Charles de Secondat Montesquieu, adotado pela Constituição Federal vigente, aliado à incidência do controle mútuo que um poder exerce sobre o outro, frente à previsão do sistema de freios e contrapesos no ordenamento jurídico. Para tanto, necessário se fez demonstrar como se originou a atual concepção de Separação de poderes. E assim, buscou-se ressaltar os principais movimentos constitucionais e a estruturação do Estado de Direito, conjuntamente, no intuito de estabelecer limite ao poder estatal consolidado à época e, principalmente, fazer emergir o papel da divisão dos poderes como meio atenuante do poder.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Sistema de freios e contrapesos. Constitucionalismo. Estado Democrático de Direito.

1 INTRODUÇÃO

Sob a égide da atual Constituição Federal de 1988, impõe salientar que vigora demarcada no texto constituição a teoria da separação tripartite dos chamados poderes ou funções, proveniente de Montesquieu, que, por sua vez, foi fruto de árduo desenvolvimento ao longo do contexto histórico do Estado de Direito. Este contexto foi abordado no primeiro capítulo desta apreciação acadêmica que utilizou os métodos dedutivo e indutivo, além do método histórico. Trata-se assim, de uma pesquisa bibliográfica sobre a temática com delimitações previamente definidas no projeto.

O desenvolvimento histórico do Estado de Direito conjuntamente com os ideários acerca da acepção do Constitucionalismo provocou grandes mudanças no conceito atual da separação de poderes, o que fica patente nas pesquisas bibliográficas realizadas em obras nacionais e estrangeiras.

Nos antecedentes pesquisados são registradas as tentativas de impor limites ao poder absoluto.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito da Toledo Centro Universitário de Presidente Prudente. l.beppu@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito de Direito da Toledo Centro Universitário de Presidente Prudente, Graduado em Direito pela TOLEDO de Bauru. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos. Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília e em Sistema Constitucional de Garantias (ITE-Bauru), e-mail: sergio@unitoledo.br, Orientador.

Primordialmente com a Magna Carta de 1215 de João Sem Terra com extrema contribuição à concretização do constitucionalismo, onde o poder preeminente era a figura absolutista do rei monarca. Por meio dela, os ingleses adotaram medidas na tentativa de limitação e em seguida, *Bill of Rights* de 1689 que corroborou e enfatizou a necessidade de impor limites ao regime absolutista. Traduzindo em um alicerce do sistema da separação de poderes, que, igualmente, tem o objetivo a limitação do poder estatal.

A tripartição de poderes de Montesquieu encontra-se no bojo da Constituição Federal atual, com a distribuição das funções inerentes a três órgãos distintos, cada qual portando funções típicas e atípicas, aliada ao sistema dos “freios e contrapesos”, segundo o qual são independentes e harmônicos entre si, superficialmente, criando uma espécie de controle mútuo de supervisão entre os poderes.

No presente trabalho pretendeu-se demonstrar pelo método dedutivo e indutivo não apenas a evolução, mas uma parte do desenvolvimento e aprimoramento do sistema da separação de poderes, associado à necessidade da limitação do poder pelo Direito, bem como a partir dos métodos comparativo das diversas formas que se cogitaram a restringir esse poder estatal, bem como demonstrar tal evolução por meio do método histórico até a atual estrutura do Estado de Direito.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

No século XVIII depois de muitos antecedentes, surge nos Estados Unidos da América do Norte um movimento de organização do Estado por meio de um documento escrito chamado Constituição, que tem três características: documento escrito, com separação e organização dos poderes e uma carta de direitos. A partir do surgimento de premissas sobre o tema constitucionalismo ou movimentos constitucionais, ganham proeminência as primeiras ideias de separação de poderes, primeiramente de modo superficial e sem muita abrangência, mas que se robustece ao decorrer do desenvolvimento da ótica jurídica sob as formas de governos em vigor.

Não há como discorrer sobre separação de poderes, sem antes localizar no contexto histórico-jurídico o surgimento do constitucionalismo moderno,

aliado à origem do Estado Democrático de Direito. Para tanto, necessário começar com ideais liberais, na tentativa de estabelecer limite ao poder absolutista vigente naquele momento e consagrar a supremacia do indivíduo. Refutando-se assim às monarquias absolutistas e concentração de poderes na Idade Média, com a figura absoluta do Rei no poder soberano, onde se desconhecia qualquer forma de limitação de poder.

A princípio, no denominado “Constitucionalismo Antigo”, por Zulmar Fachin (2008, p. 36), é que começam a surgir documentos com natureza constitucional que passam a esboçar o ideal deste movimento, a exemplo, a Magna Carta de 1215, na Inglaterra, assinada pelo então rei João Sem Terra e a Petição de Direitos de 1628. Isto é, com esses chamados “bills” britânicos começam a emergir ideais de limitação do poder da monarquia absolutista vigente à época, visando à descentralização do poder. Constituem, portanto, antecedentes importantes.

Com base numa percepção primordial, conceitua-se constitucionalismo, como sendo “a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 2002, p. 17).

O século XVIII marca o notável Constitucionalismo Moderno, o que, por sua vez, vem a consolidar as acepções antecedentes, inaugurando as constituições escritas como instrumento para a legitimidade do poder político e limitação do poder estatal, e assim, comedir o exercício arbitrário do poder por meio de controles.

Dentre os movimentos constitucionais, considera-se como o mais antigo, o Constitucionalismo que vigorou no território inglês, na medida em que, em detrimento ao Constitucionalismo norte-americano e francês, a origem do movimento na Inglaterra antecede aos dos últimos. De modo que, como já explicado o pioneirismo nessa construção de modelo, destaca-se a Magna Carta de 1215 como instrumento para a limitação dos poderes. Neste jaez, comporta ressaltar que a Magna Carta de João Sem Terra teve enorme relevância ao constitucionalismo em questão, tendo em vista que, a partir desta, surgiu à figura do “Grande Conselho”, que mais tarde se traduziria no Parlamento, que anos mais tarde governaria por meio do primeiro-ministro.

Note-se então, que o Constitucionalismo inglês, dada às circunstâncias estatais com predominância absoluta do monarca, adotou um sistema de atuação do rei e o Parlamento que se defrontam pela supremacia, com o fito de estabelecer um

controle no tocante à edição de novas leis, por exemplo, que teriam que passar pelo Grande Conselho.

Em seguida, a “declaração de direitos” ou, melhor dizendo, o conhecido “Bill of Rights” de 1689 que, de maneira sucinta, visou imposição de limites ao absolutismo, enraizando balizas à tributação, o surgimento de eleições e imunidade aos parlamentares, bem como outras garantias institucionais. Além da tendência à limitação, esta declaração buscou similarmente controlar o poder estatal do monarca, sendo este o crucial viés da separação de poderes, que tem como finalidade impor limite ao poder dentro do próprio Estado, controlando as funções estatais perante a Carta Maior. Toda a ideia do documento é construída com base na obra Segundo Tratado do Governo Civil, de John Locke, que, aliás esteve na posse dos monarcas da duarquia, William de Orange e Maria Stuart, que foram os primeiros a assinar o documento.

É fundamental a importância do documento britânico chamado *Bill of Rights* de 1689, que veio após a Revolução Gloriosa da Inglaterra, pois aliado a este “bill”, emerge o Liberalismo que acabaria por influenciar e fortalecer os demais movimentos constitucionais no intuito de alcançar liberdades antes ignoradas, mormente buscar pela proteção de liberdades individuais.

Nessa toada, cumpre destacar o alvitrado por Sahid Maluf (2010, p. 140) diante a importância do *Bill of Rights* em consignar limites ao poder estatal:

Especificando certos direitos essenciais, o *Bill of Rights* de 1689 firmou os seguintes princípios: o Rei não pode, sem consentimento do Parlamento, cobrar impostos, ainda que sob a forma de empréstimos e contribuições voluntárias; ninguém poderá ser perseguido por haver-se recusado ao pagamento de impostos não autorizados pelo Parlamento; ninguém poderá ser subtraído aos seus juizes naturais; o Rei não instituirá, em hipótese alguma, jurisdições excepcionais ou extraordinárias, civis ou militares; o Rei não poderá, em caso algum, fazer alojar em casas particulares soldados de terra ou mar etc.

É a partir do *Bill of Rights* inglês, sob o prisma liberal, como lembra Dallari (2010, p. 208), que surge a publicação da “Declaração de direitos do bom povo da Virgínia” em 1776, nos Estados Unidos da América. No mesmo sentido, serve de inspiração às declarações similares nas demais colônias inglesas, com alicerce na mesma premissa e, principalmente, sobre as emendas propostas por James Madison diante às lacunas do texto constitucional da Carta Maior

estadunidense de 1787, que foram incorporadas ao ordenamento e conhecidas como o *Bill of Rights* norte-americano.

Todavia, é no decorrer do século XVIII que o Liberalismo ganha corpo, precisamente no movimento constitucional ocorrido no Estado francês com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, repleta de ideários liberais sob ingerência do Iluminismo contrapondo-se ao absolutismo, culminando Revolução Francesa de 1789. Significa estabelecer uma ligação inerente entre o movimento do Constitucionalismo moderno, fortemente influenciado por ideais liberais, com a concepção de Estado de Direito que, neste caso, melhor se conceitua como sendo Estado Liberal de Direito:

O constitucionalismo moderno desponta, como se sabe, estreitamente ligado a ideia de Direito – a ideia de Direito liberal, liberdade política e de limitação do poder. O Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo o art. 16º da Declaração de 1789, “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. (MIRANDA: 2015, p. 170)

Logo, uma vez que o movimento do Constitucionalismo propunha a limitação do poder do monarca absolutista, faz-se mister destacar o papel fundamental do sistema da Separação de poderes, em razão do mesmo objetivo de descentralização do poder, de modo a impedir que este se concentre nas mãos de um só órgão. Caracterizando assim, “o constitucionalismo de fins do século XVIII pela ocorrência da ideia de separação de Poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença na democracia representativa, demarcação entre a sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico (Estado absenteísta).” (CARVALHO: 2002, p. 128).

Nota-se então, que o Estado Liberal de Direito, como leciona Sahid Maluf (2010, p. 143), caracterizado pela consagração dos direitos naturais do homem, bem como seu direito à liberdade, em detrimento a uma Constituição escrita, sequer cogitava sobre direitos sociais, muito menos dos deveres individuais em prol da sociedade.

Não obstante as diversas garantias advindas com o Estado Liberal de Direito e a submissão à lei proveniente do princípio da legalidade e intervenção estatal reduzida, vale lembrar que esta concepção de Estado de Direito não resistiu

à prática tal qual se mostrou rígida na teoria. Existiam muitos problemas no confronto entre a burguesia e o proletariado, que era explorado por meio da constituição liberal que previa um Estado de não intervenção.

Dá-se espaço assim, ao surgimento do chamado Estado Social de Direito ou *Welfare State*, mormente após a eclosão da Revolução Industrial de 1770, ocorrida na Inglaterra. Todavia, as duas constituições desse modelo, da segunda geração de direitos surgem na Alemanha e no México. Há uma mudança no contexto de limitação jurídica negativa, onde o Estado pouco intervinha nas relações de iniciativa privada. Surgem direitos prestacionais, tendo como corolário desta revolução, a concentração do poder político-econômico na burguesia da época, evidenciando as imperfeições do modelo liberal precedente.

No tocante à nova concepção de Estado de Direito, sob o cerne dos valores sociais, leciona Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes:

Com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público. Para Manuel Garcia-Pelayo, o Estado Social de Direito significa um Estado sujeito à lei legitimamente estabelecida com respeito ao texto e às práticas constitucionais, indiferentemente de seu caráter formal ou material, abstrato ou concreto, constitutivo ou ativo, à qual, de qualquer maneira, não pode colidir com os preceitos sociais estabelecidos pela Constituição e reconhecidos pela práxis constitucional como normatização de valores por e para os quais se constitui o Estado Social e que, portanto, fundamentam a sua legalidade. Neste quadro, esvai-se a noção de legalidade própria do ideário liberal, pois a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata, mas, cada vez mais, apresenta-se específica e com destinação concreta – a generalidade de lei era considerada fulcro do Estado de Direito – mas, sim como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais. (STRECK; MORAIS: 2008, p. 96-97)

Em síntese, o prisma do Estado Social de Direito dá-se na correção do individualismo provindo dos ideários liberais por meio de garantias coletivas, no qual se agregam conteúdo econômico e social. A Lei Maior passa a ser mecanismo de atuação concreta do Estado buscando uma igualdade entre todos os seres humanos.

Exclusivamente durante o século XX, sob os efeitos do primeiro pós-guerra, houve a consagração dos direitos econômicos e sociais, onde triunfa a democracia social, mediante o início de intervenção estatal na ordem econômica e social, tendo como referência deste modelo as Constituições do México (1917), de Weimar (1919) e a Constituição de 1824 no Brasil (CARVALHO: 2002, p. 128).

Contudo, dada à fragilidade deste modelo de Estado de Direito, não se alcançou a concretização dos valores fundamentais concernentes à democracia e, segundo Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2008, p. 97), “a questão de igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material.”

Portanto, com o constitucionalismo liberal surge a separação dos poderes, que tem a finalidade a limitação destes. O modelo, além de marcar presença na primeira etapa do constitucionalismo, também é usado nas posteriores, como na Constituição do México e a Lei Fundamental da República de Weimar.

Por fim, o Estado Democrático de Direito, que não surge com o fito de opor-se às concepções de Estado Liberal e Social de Direito, mas, pelo contrário, como método de concretizar o princípio da igualdade e democracia como meio assecuratório dos direitos individuais do cidadão. Com base no que leciona José Luis Bolzan de Moraes e Lênio Streck (2008, p. 97), a ótica democrática de Estado de Direito visa uma adaptação das condições sociais dos indivíduos, vinculado a um conteúdo transformador da realidade, ultrapassando assim, o aspecto tão somente material da dignidade do homem, resultando numa sociedade com participação efetiva do homem no que toca ao seu processo de reconstrução.

Convém salientar, por fim, que o Estado Democrático de Direito é formado com alicerce de uma Constituição como instrumento crucial para concretizar garantias jurídicas, bem como a separação de poderes como meio de limitação do poder estatal.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Uma vez estabelecida a origem e a evolução do movimento constitucional moderno em conjunto com a atual concepção de Estado Democrático de Direito, é necessário evidenciar uma das primordiais finalidades que se almejava, pilar do atual desse modelo, que consiste na Teoria da Separação de Poderes. Cumpre elucidar, neste sentido, o desenvolvimento histórico deste sistema, suas origens na Antiguidade Clássica, com Platão e Aristóteles, até sua consagração na idealização de Charles de Secondat Montesquieu que vem a incorporar ao Constitucionalismo.

Como destacado, a origem da teoria da separação de poderes remonta à Antiguidade Clássica, onde não existia qualquer menção sobre a divisão dos poderes. Inicialmente com Platão, através de sua obra “Diálogo das Leis”, mormente com Aristóteles, por meio da obra denominada “Política”, que, por sua vez, defendia a imagem da existência de três funções distintas, quais sejam, editar as denominadas normas gerais, aplicá-las ao caso concreto e a última função de julgamento, sendo incumbidas a um só indivíduo, como aduz Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 217). Momento da história em que os cidadãos não detinham direitos em suas mãos, mas apenas deveres provindos do Estado.

De acordo com Jorge Miranda (2015, p. 12), havia oposição entre o pensamento de Platão e Aristóteles, partindo tanto de um pressuposto idealista, quanto de uma visão classificatória, já que para Platão existiam as formas reais, divididas em timocracia, oligarquia, democracia e tirania, bem como ideais, a monarquia e aristocracia; e para Aristóteles, uma versão dividida em formas pura (monarquia, aristocracia e democracia) e degenerada (tirania, oligarquia e demagogia).

Foi Aristóteles que introduz a ideia de uma constituição mista presente em toda constituição dita como concreta que nortearia o surgimento da separação de poderes na Inglaterra, denominando-a até mesmo de governo misto, isto é, vários grupos com participação no poder:

A análise das constituições concretas exige que se tenha igualmente em conta o seu substrato constitucional, isto é, a sociedade, que se compõe sempre de diversas partes, grupos ou classes. Esta diversidade é que é a causa real de tantas formas de governo. [...] 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 em 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 político. (PIÇARRA: 1989, p. 33).

Não é difícil perceber que, para o filósofo, a melhor forma desenhada ao poder político era, certamente, a divisão deste em classes ou grupos, não centralizando as funções em um só órgão ou pessoa. Em outros termos, para Aristóteles, o conceito de constituição mista era o que melhor se encaixava no poder estatal, pois abarcava todas as classes sociais, participando do poder os dois extremos – classe alta e classe social baixa. No entendimento de Nuno Piçarra (1989, p. 36), tal modelo aristotélico estaria associado à doutrina da separação dos

poderes, ocasionando equilíbrio ou balanceamento das classes sociais por meio da participação efetiva no exercício do poder.

Ainda nesta vertente filosófica, é importante realçar seu desenvolvimento gradativo e assim, conforme expõe Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 218), no século XIV, surge Marsílio de Pádua com sua obra “Defensor Pacis”, demonstrando uma vertente à divisão de poderes, distinguindo o poder executivo e legislativo, opondo povo e príncipe em dois extremos, na primeira tentativa de assegurar a soberania do primeiro.

Todavia, ainda que seja possível perceber a preocupação destes filósofos clássicos da Idade Antiga com a distribuição das funções do poder, denota-se que a separação das funções como instrumento para efetivar as garantias jurídicas intrínsecas à liberdade individual se deu, exclusivamente, quando emergiu o constitucionalismo como dispositivo de impugnação ao absolutismo. Em relação a este último, é mister expor as razões justificadoras da teoria absolutista pelas quais apoiava Jean Bodin, em sua obra “*Les Six Livres de la Republique*” (Seis Livros da República) de 1577, defendendo a natureza imutável do poder soberano, sendo este uno e indivisível, perdendo sua essência uma vez que fora destrinchado, bem como seu poder não decorrer do direito, mas sim da razão ou da simples vontade (PIÇARRA: 1989, p. 41).

A partir da linha filosófica preestabelecida, a Inglaterra, a partir do século XVII, assume em seu ordenamento a ideia explanada anteriormente de constituição mista como forma de governo e como forma garantidora da organização estatal, sem sequer passar pelo absolutismo, conforme elucida Nuno Piçarra (1989, p. 42):

Apenas com o extraordinário desenvolvimento das instituições representativas em Inglaterra, que a haveria de conduzir um Estado estamental a um Estado constitucional-representativo, sem praticamente ter feito conhecer o Estado Absolutista a ideia de que a melhor forma de governo consistia num esquema constitucional em que Rei, Lordes e Comuns repartissem entre si o poder político, pôde consolidar-se a ponto de aí se ter tornado, no século XVII, a teoria política dominante.

A separação de poderes como doutrina tem seu berço na Inglaterra, mormente com o marco histórico da Revolução Gloriosa e do *Bill of Rights* de 1689 – que impõe fim ao absolutismo, conforme será demonstrando adiante –, na imposição de limites ao poder da Coroa, onde um Estado estamental medieval se transforma

em Estado constitucional-representativo, sem sequer passar pelas ideias norteadoras do Estado absolutista.

Eis que surge a teoria da separação de poderes no território britânico, que serviria como ponto primordial ao ideário de Estado de Direito, agregado a ideia do *rule of law* – que compreende a base do constitucionalismo moderno, método pelo qual o Estado está vinculado ao Direito, visando a contenção do exercício arbitrário por ele – que, inicialmente, previa apenas a divisão de funções em Executivo e Legislativo. O *rule of law* previa um sistema baseado na proibição da arbitrariedade do poder e na efetivação das garantias intrínsecas a cada indivíduo, corolário do movimento do constitucionalismo, de evidente caráter antiabsolutista e, conseqüentemente, fazendo surgir a teoria da separação de poderes (PIÇARRA: 1989, p. 44).

Em outras palavras, o princípio da separação de poderes britânico surge em decorrência da indispensabilidade do *rule of law*, que adotava a premissa da total submissão à lei, sendo um sistema de notável oposição aos ideários absolutistas. Tal situação foi ponto promissor da Guerra Civil inglesa (1642-1649), antecedendo a adoção do princípio da separação de poderes consagrado pela Constituição inglesa de 1653:

A dilucidação dos vectores fundamentais deste conflito histórico entre absolutismo e *rule of law*, que descambou na guerra civil inglesa (1642-1649), é condição prévia essencial para a compreensão da exigência de uma separação orgânico-pessoal entre função legislativa e função executiva (designação inicial da função jurisdicional. Só com a definitiva rejeição do absolutismo em 1689, essa exigência pôde ser definitivamente concretizada na constituição inglesa (PIÇARRA: 1989, p. 45).

A Guerra Civil inglesa, durante o século XVII, demonstrou evidente a solidez que se encontrava a Monarquia Mista, adeptos do absolutismo que, na figura do Rei Jaime Stuart I, opôs resistência à submissão e obediência à Lei, tendo como sustentáculo a posição de superioridade do poder monarca até mesmo em relação à norma legal, enquanto que, de outro lado, o *rule of law* mantinha a ideia da total subordinação ao texto legal, englobando neste rol também o rei monarca à época. Numa monarquia mista adotada pelos ingleses, o *rule of law* contrapunha-se sustentando a separação das funções de criação e execução legais, tendo em vista que a concentração destas funções num só órgão obstava a concretização do princípio democrático.

Ainda no tocante ao *rule of law* contra o absolutismo, a Petição de Direito, votada pelo terceiro Parlamento de Carlos I, na Inglaterra, já oferecia algumas restrições ao regime absolutista do poder, principalmente com o pressuposto de supremacia da lei no âmbito do rei. Ocorre que, todavia, este parlamento fora dissolvido pelo então rei Carlos I em 1629, por período onde se encontrava absoluto no poder o monarca, precisamente até 1640, fato que ficou conhecido como *Eleven years of tyranny* (Onze anos de tirania). Em seguida, com fins tão somente tributários, Carlos I convocara os chamados Curto e Longo Parlamento, de modo que este último se colocara em posição totalmente contrária ao governo do rei (PIÇARRA: 1989, p. 48). Isto é, o Longo Parlamento se opôs ao regime absolutista do monarca, fato este, que redundara nas atuações abusivas por parte deste ao desempenhar sua atividade parlamentar.

A partir daí a doutrina da separação de poderes, pela primeira vez enunciada nos traços autônomos fundamentais, segundo Nuno Piçarra (1989, p. 49-50), como arma ideológica em detrimento ao poder abusivo e arbitrário do Longo Parlamento, sendo imprescindível a limitação deste órgão legislador, refutando qualquer competência de natureza jurisdicional que caberia a outro órgão constitucional exercer. Ou seja, a separação de poderes inglesa tinha como fulcro retirar os poderes de legislador e julgador do Longo Parlamento, excluindo o exercício arbitrário do poder parlamentar, pois nesse período houve um abuso que culminou numa guerra civil.

Deste modo, cumpre reconhecer que a teoria da separação de poderes, a princípio, visava distinguir as funções executivas e legislativas, eximindo a sua centralização num só órgão de modo a deslocá-las a órgãos distintos, como meio de assegurar as liberdades fundamentais dos indivíduos, com finalidade substancial de garantir o *rule of law*. Distinção essa, como já exemplificada anteriormente, fora explanada primordialmente por Marsílio de Pádua, na obra *Defensor Pacis* de 1324, explicando que “o poder legislativo, como poder supremo, compete ao povo que o pode delegar numa assembleia de representantes e o poder executivo, [...] compete ao príncipe o qual não tem qualquer participação no exercício do primeiro.” (PIÇARRA: 1989, p. 57).

Na França a separação de poderes vem com o único propósito de restringir e refrear o poder concentrado na monarquia absolutista. Possível estabelecer uma correlação acerca deste princípio (da separação de poderes) entre

o território francês em questão e o britânico, segundo o qual priorizavam a lei como alicerce das garantias das liberdades individuais, argumento este alvitado por John Locke, em sua obra denominada “Segundo tratado sobre o governo”, que ressaltava a imposição de limites ao poder do Estado como instrumento fundamental à proteção destas liberdades. Diante da influência de John Locke, assevera Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 218):

No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, com a obra de John Locke. Baseado, evidentemente, no Estado inglês de seu tempo, Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras”.

Em contrapartida ao regime absolutista que desconhecia “qualquer limitação do poder” (MALUF: 2010, p. 136), John Locke pregava o chamado antiabsolutismo, o que acabaria influenciando e culminando na Revolução Gloriosa de 1688, proveniente da entrega do trono a Guilherme de Orange e dando origem ao *Bill of Rights*, suprimindo a corrente absolutista na Inglaterra (PIÇARRA: 1989, p. 65), bem como abrindo portas e estipulando legitimidade do Parlamento. Essa Carta de Direitos foi primordial para efetivar as garantidas individuais, enfraquecendo o poder do monarca, pois este contava com poder ilimitado e o exercia conforme sua vontade. Dito de outro modo, nasce na Grã-Bretanha um documento que é quase uma constituição, que estabelece limites ao poder do rei, seguindo a tendência que começou em 1215, com a Magna Carta de João Sem-Terra.

John Locke, no que toca ao poder do Estado, sustentava a divisão em quatro funções, quais sejam, legislativa, executiva, federativa e prerrogativa, pregando pela supremacia do Poder Legislativo sobre os demais (FACHIN: 2013, p. 204). A divisão das referidas atribuições significava uma oposição ao regime absolutismo vivido à época, sistematizando a separação de poderes como melhor forma de exercício de governo.

Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 148) versa sobre a essencial obra de Locke, “Segundo tratado sobre o governo”, no sentido de que o filósofo destacava o Poder Legislativo, podendo este ser exercido por diversos órgãos, mas sempre era necessária sua subordinação ao povo. Assim, a comunidade conservava o poder

supremo, se resguardando nas hipóteses de tentativa de ameaças aos direitos individuais. Explanando John Locke nesse sentido que “toda obediência, que pelos mais solenes vínculos qualquer um pode ser obrigado a prestar, vem a dar finalmente neste supremo poder e rege-se pelas leis que promulga” (1983, p. 86).

A importância do pensamento de Locke para a divisão como estrutura dos poderes é no teor de revigorar a limitação da atuação arbitrária do poder, bem como abalar os ideais do absolutismo monárquico da Inglaterra à época, legitimando o povo no poder, influenciando na supremacia do Parlamento ou Poder Legislativo. Sobre as atribuições do Legislativo, cumpre destacar a concepção no deslinde de John Locke:

O poder legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros. Como se tem de pôr constantemente em prática as leis, que devem continuar sempre em vigor, mas que se podem elaborar em curto prazo, não há necessidade de manter-se tal poder permanentemente em exercício, pois que nem sempre teria no que se ocupar. E como pode ser tentação demasiado grande para a fraqueza humana, capaz de tomar conta do poder, para que as mesmas pessoas que têm por missão elaborar as leis também tenham nas mãos a faculdade de pô-las em prática, ficando dessa maneira isentas de obediência às leis que fazem, e podendo amoldar a lei, não só quando a elaboram como quando a põem em prática, a favor delas mesmas, e assim passarem a ter interesse distinto do resto da comunidade contrário ao fim da sociedade e governo; em comunidades bem ordenadas, nas quais o bem de todos se leva em conta como é devido, o poder legislativo vem às mãos de diversas pessoas que, convenientemente reunidas, têm em si, ou juntamente com outras, o poder de elaborar leis; depois de assim fazerem, novamente separadas, ficam sujeitas às leis que fizeram, o que representa obrigação nova e mais próxima para que as façam tendo em vista o bem geral. (1983, p.91).

O Poder Legislativo compreenderia uma melhor forma de lidar com a segurança jurídica da sociedade, tendo como instrumento efetivo a lei, emanada pelo corpo de representantes do povo, isto é, surge a inserção do povo no exercício do poder, ofuscando e diminuindo a centralização do poder ao Rei. Acontece que, na concepção de John Locke, esse poder de legislar era o poder máximo, que se sobressaía sobre os demais, o que acabava por resultar numa espécie de desigualdade entre os poderes, em razão de que, mesmo sob a ótica da separação, havia ainda um poder dito como supremo.

Nesse sentido, o poder legislativo naquele momento na Inglaterra era significado de um poder supremo, partindo da premissa da superioridade daquele que emana leis, prescrevendo regras e concedendo poder executório para quando houver transgressão normativa (LOCKE: 1983, p. 93). Como ratifica Nuno Piçarra

(1989, p. 68), “na maioria parlamentar que a comunidade delega o exercício do poder mais ajustado à viabilização dos fins que motivaram a sua constituição: o poder de fazer leis”.

Locke versava sobre um poder responsável por ditar as regras da sociedade, colocando-o em patamar de extrema relevância dentro da forma de governo vigente à época, acima dos demais poderes, que lhe eram subordinados.

Contudo, “torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor” (LOCKE: 1983, p. 91), assim, a separação dos poderes legislativo e executivo, como meio de salvaguardar a execução da norma legal. Destarte, no tocante à divisão dos poderes pela concepção de John Locke, é patente que tais funções foram conferidas meramente a dois órgãos (executivo e legislativo). A divisão de poderes de John Locke insistiu na supremacia da função legislativa sobre qualquer outra, mas disponibilizou, para assegurar sua execução, outro poder, com o exclusivo fito de fiscalizar a execução lei, ou seja, o filósofo já detinha em mente a hipótese do controle de um poder sobre outro, ainda que proveniente de poder inferior em detrimento ao poder supremo do legislativo.

Aliás, no que toca a distinção entre ambos os poderes, vez que já se explanara sobre o poder legislativo na figura de um poder supremo advindo do povo, é importante salientar que, em contrapartida, o executivo caberia ao rei que exerceria as demais funções: federativa e prerrogativa. Deste modo, entendia-se como função federativa o direito de valer-se poder de paz e de guerra, atos de celebração de tratados e alianças, igualmente conduzir negócios com pessoas e comunidades do estrangeiro (CARVALHO: 2002, p. 86). Já a função prerrogativa, conforme John Locke (1983, p. 98), também seria aplicada pelo rei, podendo agir ainda que em desconformidade com o texto legal, desde que o faça “a favor do bem público, sem a prescrição da lei e muita vez mesmo contra ela, é o que se chama de prerrogativa.”

Não obstante a indubitável concepção sobre a separação de poderes oriunda de John Locke que retomava os rumos do *rule of law*, é de fundamental importância alvitrar que, para o filósofo, o Poder Judiciário não era autônomo em sua essência, mas se encontrava vinculado ao Executivo. A visão do Poder Judiciário como órgão autônomo fora emanada somente no século XVIII por Charles de Secondat Montesquieu, com a prestigiada obra *O Espírito das Leis* (1978), que

“emergiu a percepção de uma tripartição (Executivo, Legislativo e Judiciário) de funções como ‘poderes’ independentes entre si.” (STRECK, MORAIS: 2008, p. 180).

A contribuição de John Locke para o pensamento atual sobre Separação de Poderes é de suma importância, pois o filósofo inaugurou uma forma de governo submetido à divisão de funções, em específico, um plano governamental destrinchado em quatro funções distintas, em tese, na medida em que designava um Executivo fiscalizador da execução das normas. Estabeleceu também que, além da função de levar em praticidade as leis oriundas do Poder Legislativo, haveria outra, a função federativa, onde se concentravam as funções externas ao governo local, descartando o poder Judiciário como autônomo, mas sendo mero desdobramento do Executivo.

Entretanto, foi na visão de Charles de Secondat Montesquieu que se deu a sistematização da separação de poderes, bem como emergiu um Poder Judiciário como autônomo aos demais, observando a existência de três poderes independentes e harmônicos entre si (Executivo, Legislativo e Judiciário), que vigora atualmente no texto da Constituição Federal de 1988 no Brasil.

A princípio, convém destacar o alvitrado por Sahid Maluf acerca da magnitude e influência deste sistema tripartite:

Coube-lhe a glória de erigir as divagações filosóficas dos seus predecessores em uma doutrina sólida, que foi desde logo acolhida como dogma dos Estados liberais e que permanece até hoje sem alterações substanciais. Antes mesmo dos Estados europeus, a América do Norte acolheu com entusiasmo a fórmula do genial escritor. A primeira Constituição escrita que adotou integralmente a doutrina de Montesquieu foi a de Virgínia, em 1776, seguida pelas Constituições de Massachussets, Maryland, New Hampshire e pela própria Constituição Federal de 1787. (2010, p. 226).

Impende salientar que Montesquieu não fora o inventor da doutrina da separação de poderes, mas sim o primeiro a sugeri-la de maneira inovadora em relação às vertentes anteriores (PIÇARRA: 1989, p. 89). Observa-se assim que, segundo Montesquieu (2000, p. 167-168), existia três tipos de poder, o legislativo, executivo das coisas dependentes do direito das gentes, bem como o executivo que depende do direito civil, sendo que este último ele denominou de poder de julgar, onde se castiga os crimes ou julgam os conflitos entre particulares.

Ademais, Montesquieu versava sobre a separação tripartite dos poderes como mecanismo crucial para assegurar as garantias inerentes à liberdade

dos indivíduos, chamando-a de liberdade política. Todavia, seria necessário estabelecer determinada limitação a esta, para não ocasionasse a violação da liberdade no âmbito da população, isto é, a liberdade política não significa fazer o que se quer, é necessário respeitar os limites que a lei impõe e, sendo assim, essa liberdade compreende ao respeito à norma legal, vez que se um indivíduo pudesse agir em desconformidade com a lei, não haveria liberdade, pois, este “direito” passaria a ser de todos (MONTESQUIEU, 2000, p. 166). Aliás, é crível estabelecer uma correlação com esse instituto de liberdade política com a própria ideia do *rule of law* ou melhor, com o princípio da legalidade com veemente sujeição à lei.

Por conseguinte, “para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão” (MONTESQUIEU: 2000, p. 168), em outros termos, a liberdade política tida como prisma da tripartição sob a ótica de Montesquieu, proclamando, basicamente, a acepção de liberdade dada pela lei. O ideal da concentração dos poderes a um só órgão ou a uma só pessoa que era tida como base nos primórdios das formações de Estado cai por terra com a visão do filósofo, que esclarece:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

A divisão das funções existentes no âmbito governamental era imprescindível para assegurar a liberdade na acepção de Montesquieu. Ao poder legislativo caberia a criação das leis, corrigindo e revogando as existentes; ao executivo remonta o poder de paz ou de guerra, visando à manutenção da segurança nacional e prevenção contra as eventuais invasões; o poder judiciário (ou poder executivo das coisas dependentes do direito civil), por sua vez, era responsável pela punição dos crimes e julgamento dos litígios entre particulares (PIÇARRA: 1989, p. 91).

A atribuição do órgão legislador era a de criar as leis norteadoras da vida social, de modo a estabelecer condutas a serem respeitadas, vinculando o poder de julgar estatal. Esta cúpula seria formada por várias pessoas de forma colegiada, condenando qualquer visão unitária do poder de legislar e concretizando o que se conheceria por estado democrático, com observância participação direta do povo para escolha do representante (MONTESQUIEU. 2000, p. 171). Contudo, ao legislativo não caberia a função de tomada de decisões, devendo apenas participar no governo por meio da criação das leis que iriam vincular a sociedade como um todo, uma vez que não deveria imiscuir-se na atividade decisória do Estado. Esta função caberia ao Executivo que, distintamente do primeiro, seria mais bem exercido por um do que por vários, conforme denota Charles de Secondat Montesquieu (2000, p. 172).

Impõe observar que se cogitava já a partir da visão do filósofo a ideia sumária do sistema de “freios e contrapesos”, qual seja, a necessidade de fiscalização entre os poderes, a fim de assegurar o melhor desempenho de cada função. É nesse sentido que Montesquieu preconiza a hipótese de atuação do poder executivo no âmbito das atribuições do legislativo, com exclusivo intento de limitá-lo sem, contudo, participar dos debates, de modo a infirmar o poder de criação de leis que poderia cair em despotismo.

Entretanto, frise-se, que na visão de Charles de Secondat de Montesquieu, não se fazia necessário a fiscalização inversa:

Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder executivo. Pois, sendo a execução limitada por natureza, é inútil limitá-la: além do que o poder executivo exerce-se sempre sobre coisas momentâneas. [...]

Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas [...]. (2000, p. 174).

O legislador assim, não poderia imiscuir-se nos ofícios do poder executivo, vez que já o fazia quando da criação de leis. Isto é, ao criar uma lei, indiretamente estaria limitando o outro poder, sendo garantida para si apenas a faculdade de fiscalizar os modos de execução da lei. O executivo, por Charles de Secondat de Montesquieu, teria chance de “participar” da legislação, por meio da inclinação funcional de impedir as atuações despóticas, mas que, por outro lado, se o legislativo entremeasse na execução, esta última estaria perdida (2000, p. 175).

Assim observando que não caberia ao poder executivo interferir no processo de criação normativa com intuito de decidir, tendo em vista que de tal forma, não existiria a liberdade.

Ratificava-se então, a sistemática da separação de poderes perante as garantias e seguranças dos indivíduos à luz do princípio da legalidade, que, na visão do filósofo, ganhava espaço como sistema da tripartição de poderes, com atribuições distribuídas aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Segundo Nuno Piçarra (1989, p. 101), pode-se dizer que a doutrina proveniente de Montesquieu acerca da separação dos poderes compreende traços que converter-se-iam no princípio homônimo, alicerce imprescindível da concepção de Estado de Direito.

A partir da concepção de Montesquieu a doutrina da separação de poderes notabiliza-se em escala mundial, influenciando diretamente a base nos âmbitos de formação do constitucionalismo, servindo assim como sistematização desta doutrina. É nesse sentido que prescreve José Afonso da Silva (2009, p. 109), dizendo que a teoria se tornara dogma constitucional com a Revolução Francesa (1789), frisando que a separação de poderes definida por Montesquieu, resultara na objetivação positiva nas “Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787” (SILVA: 2009, p. 109). Portanto, a ideia do francês serviu de modelo para as treze colônias, embora tenham criado um sistema de freios e contrapesos, ou seja, aprimoraram a teoria.

Destarte, a doutrina da tripartição de poderes em definitivo por Charles de Secondat de Montesquieu preconiza que caberia a três órgãos distintos a divisão das funções do Estado, quais sejam, a de criação de leis, administração estatal e a última consistia em resolver as querelas entre particulares, que serviriam como base ao Constitucionalismo e a formação efetiva do Estado Democrático de Direito, com exclusivo fim de assegurar as garantias no tocante à liberdade do indivíduo, tendo como instrumento a separação de poderes como forma de limitação.

4 FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS E O SISTEMA DE “FREIOS E CONTRAPESOS”

Após o Estado absolutista, buscou-se na doutrina um modelo que assegurava o funcionamento da tripartição. Dessa forma, nasce o sistema de freios e contrapesos, com funções típicas e atípicas visando à fiscalização mútua entre os órgãos de poder.

A solução encontrada para limitar internamente foi a divisão das funções ou a criação de três poderes. Os teóricos que agiram dentro dessa ideia de tripartição, como meio de limitação deste poder estatal, buscaram um desenvolvimento da doutrina, a fim de que houvesse independência e harmonia. Portanto, coligado ao desenvolvimento da acepção de Estado de Direito, com subordinação às normas estatais, buscou-se uma divisão das funções. Nasceu a tripartição de poderes, com divisão das atribuições inerentes a órgãos distintos como meio de combater o exercício arbitrário, refutando a preponderância da vontade de um só órgão, de modo a efetivar segurança jurídica. Portanto, órgãos distintos ocupados por pessoas diferentes, independentes.

Assim emergiu a sistemática da tripartição de poderes no âmbito do Estado de Direito, sendo considerado um princípio constitucional primordial para conter o exercício arbitrário do poder, com o fito de concretizar os direitos inerentes ao indivíduo. Foi uma reação ao absolutismo, que buscou num documento escrito um limite interno, a separação dos poderes e outro, um limite com uma carta de direitos. Esse modelo liberal clássico nasceu nos Estados Unidos da América do Norte e na França, contudo, acabou sendo usado pelo mundo todo.

No território brasileiro surgiu, preliminarmente, com a visão do poder dividido entre os poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, nos moldes da Constituição do Império de 1824, tendo como sucedânea a tripartição de poderes de Montesquieu, sucessivamente até a Constituição Federal atual de 1988.

Nesse sentido, importante acentuar que o princípio fundamental que consiste a separação dos poderes conceituada por Charles Louis de Secondat Montesquieu está fixado no bojo da Carta Maior de 1988 da República Federativa do Brasil, mais especificamente em seu artigo 2º, ao pronunciar que são independentes e harmônicos entre si os Poderes estatais, quais sejam, Executivo, Legislativo e

Judiciário. Acerca da referida divisão, vale ressaltar o que elucida José Afonso da Silva:

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes. (2009, p. 108).

Destarte, caberá a cada órgão ou poder o exercício da função específica, de modo a assegurar a premissa da divisão de poderes, com o fracionamento das atribuições, aspirando à especificação dos poderes governamentais, do mesmo modo que imponha restrições a este poder estatal.

Estabelecida essa premissa, é indispensável definir o conceito de “poder”, mormente, no que concerne à teoria orgânica do poder. Ou seja, não há exatamente um “poder”, pois este é uno e indivisível e o poder emana do povo, o que existe, na verdade, é a divisão de funções ou atribuições ao respectivo órgão: “três características fundamentais do poder político: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, de onde parecer impróprio falar-se em divisão e delegação de poderes” (SILVA: 2009, p. 107).

Assim, diante dessa divisão e ao exercício distinto das funções ou atribuições atinentes a cada órgão que constitui a União (Executivo, Legislativo e Judiciário), com previsão no texto constitucional, impende ressaltar o seu caráter não absoluto, principalmente, no que toca ao desempenho das funções. Dito de outro modo, existem funções próprias de cada “poder” e também as funções consideradas estranhas a determinado órgão em detrimento aos outros dois, isto é, vigoram no escopo do ordenamento e da tripartição as funções típicas e atípicas de cada órgão.

A função típica consiste naquela natural e intrínseca a cada poder, exemplificando, o Poder Executivo que possui, tipicamente, a responsabilidade respectiva ao governo do Estado e também, como função atípica, a faculdade de adotar as chamadas medidas provisórias. Assim, caberia também ao Poder Executivo uma função com natureza legislativa que, via de regra, incumbe ao Legislativo.

A visão tripartite dos poderes, sob a égide da Carta Magna de 1988 hodierna no Brasil, aliás, como um princípio do artigo 2º, determina a divisão das funções de administrar, legislar e julgar à três órgãos distintos, respectivamente,

Executivo, Legislativo e Judiciário. Nessa toada, é necessário para que haja eficácia no funcionamento entre as funções, o exercício destas de maneira harmônica.

O órgão ou poder Executivo é aquele cuja função elementar e fundamental seria ligada pertinente aos atos governamentais, mormente no que toca a administração do governo do Estado. De outra maneira, esta consiste na função dita “típica” do executivo, que incumbe ao Presidente da República, eleito pelo voto nos ditames do atual Estado Democrático de Direito.

Não obstante, existem também as chamadas funções atípicas no que cerne às atribuições cabíveis a cada órgão. No tocante ao Poder Executivo, sua função atípica mais corriqueira compreende em exercer atribuição originária do Legislativo, isto é, legislar por meio do decreto de medidas provisórias, nos tenazes do artigo 59 da Constituição Federal. Conforme José Afonso da Silva (2009, p. 108), originariamente, ao Executivo cabe função de governo no que toca à política e atribuição administrativa, além de que a “função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz” (SILVA: 2009, p. 108).

Nessa toada, passa-se a análise do Poder Legislativo, que, por sua vez, tem como atribuição típica e crucial a de legislar, bem como a denominada normatização do direito. Asseverando, por óbvio, que o faz representando a população que elegera como parlamentares a função de elaborar as leis de modo geral, concretizando a democracia no âmbito jurídico do país. Importante destacar a relevância das leis constitucionais, de modo que sintetiza Jorge Miranda (2015, p. 299) que “o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articulares entre si”.

Quanto à função que procede atipicamente, relevante fazer a ressalva de que “é da competência do Congresso Nacional [...] prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; [...] compete elaborar os respectivos regimentos internos”, (SILVA: 2009, p. 110), isto é, o Legislativo também é encarregado por prover os cargos administrativos no sentido de exercer a organização no âmbito geral de seus servidores, ou seja, atividade de natureza executiva, fadado à administração de seus serviços. Além disso, é de responsabilidade deste órgão, agora no âmbito do Poder Judiciário, julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo então Presidente do país, conforme o disposto no artigo 52, inciso I da Constituição, compete ao Senado Federal, *in verbis*:

processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

Por fim, o Poder Judiciário responsável primordialmente por “dizer” o direito, com fulcro nos dispositivos legais oriundos do órgão Legislativo, de forma que resolva os conflitos de interesses e os litígios de determinadas naturezas – pois, como demonstrado, é da competência do Congresso Nacional, especificamente ao Senado, julgar os crimes arrolados nos incisos do artigo 52 da Constituição Federal de 1988 –, com efetiva aplicação normativa. Em síntese, “a função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.” (SILVA: 2009, p. 108).

Não seria diferente ao discorrer sobre as funções jurisdicionais, podendo acentuar também as chamadas funções atípicas e estranhas a este órgão em específico. Muito se fala às funções atipicamente atribuídas a este órgão, como de natureza executiva ao dispor sobre o regulamento interno dos Tribunais, e, conforme alvitra José Afonso da Silva (2009, p. 110), “passou para a sua competência a nomeação de juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária.” Além do exposto, é mister lembrar a competência deste poder de exercer o denominado Controle de constitucionalidade sobre as normas, gerando assim, uma desvinculação ao poder Legislativo, assimilando a possibilidade de se declarar pela inconstitucionalidade de determinada lei, uma vez que à atividade de “legislar” incumbiria ao órgão Legislador.

Insta salientar diante do que fora discorrido, que junto à concepção do sistema tripartite das funções encontra-se o mecanismo dos “freios e contrapesos”, elemento intrínseco à visão da separação dos poderes. De outro modo, pondera-se aqui a “harmonia entre os poderes”, com previsão no texto constitucional e norteador da estrutura estatal adotada pela Carta Magna da atual República Federativa do Brasil. Tal fato remonta à Montesquieu, quando discorreu sobre a Constituição inglesa, conforme recorda Alexander Hamilton, James Madison e John Jay:

O mais ligeiro exame da Constituição inglesa nos deixará convencidos de que os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – não se acham nela inteiramente distintos e separados. A magistratura executiva forma parte constituinte do Poder Legislativo (2003, p. 299).

Assim, pode-se notar o ideal estabelecido que procurou sustentar o caráter não absoluto da separação de poderes, de modo que houvesse devidas fiscalizações entre os poderes, inferindo ou, mesmo que à primeira vista, impedindo o exercício desmedido e arbitrário do poder estatal.

Para Hamilton, Madison e Jay, não obstante a necessidade deste controle recíproco entre os órgãos federais para refutar qualquer tipo de abuso e excesso ao demandar uma atribuição, era imprescindível estabelecer uma limitação dessa fiscalização:

É coisa averiguada que o magistrado ou corpo, investido de um dos três principais poderes, não deve exercitar diretamente ou em toda a sua plenitude nenhum dos outros; assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercitar sobre o outro influência preponderante. Como todo o poder tende naturalmente a estender-se, é preciso colocá-lo na impossibilidade de ultrapassar os limites que lhe são prescritos. Assim, depois de ter separado em teorias os diferentes Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ponto mais importante é defendê-los em prática das suas usurpações recíprocas. (2003, p. 305).

Destarte, não obstante as funções típicas de cada poder ou órgão existente no atual Estado Democrático de Direito, com subordinação maior à Carta Magna presente, existem as denominadas como “funções atípicas” cabíveis no cerne das atribuições de cada um. Estas funções têm justificativa no referido sistema de “freios e contrapesos” (“*checks and balances*”), que estipula o controle recíproco entre os poderes, assegurando a efetividade de cada um sem que haja abusos ou desmandos no exercício de sua respectiva jurisdição. Refletindo-se, portanto, em uma forma de fiscalização mútua entre os órgãos, refutando qualquer demanda excessiva.

6 CONCLUSÕES

É notável a ardente necessidade de restrição ao Poder Estatal desde os tempos antigos, com o fito exclusivo de impor limite ao poder oriundo do Monarca absolutista que detinha todo o poder concentrado em suas mãos, e o executava subjetivamente, no intuito de satisfazer tão somente seus ideais. A busca de limites ao exercício do poder marcou a história da humanidade, sendo que o constitucionalismo buscou soluções. Foi nesse sentido que emergiu o constitucionalismo num vértice liberal, ainda no século XVIII, visando proporcionar

maiores restrições a esse poder, com a proposta de diluir os instrumentos totalmente arbitrários e refutando assim a figura única do monarca do centro do poder.

Nessa toada, advém o intitulado Constitucionalismo moderno que versava sobre a premissa da existência de uma carta de direitos escrita, efetivando os direitos e garantias tendentes à natureza de qualquer indivíduo.

No que tange ao nascimento dessas ideias embrionárias acerca da limitação de poder, com o desenvolvimento da acepção de constitucionalismo, pode-se destacar as conquistas que vieram a ser arrematadas com a Carta de Direitos, mormente na Inglaterra, nas décadas de XVII e XVIII, no qual preponderava um *Bill* destinado à limitação do poder da coroa, que foram cruciais para o que se prevê atualmente no escopo das constituições em âmbito mundial.

Esta necessidade deságua numa separação de poderes que, por sua vez, reflete na evolução empírica dos modelos estatais de poder, pois a doutrina foi sendo aperfeiçoada. Conceituado preliminarmente por John Locke, que veio a tratar de forma robusta sobre a divisão, com o único propósito de limitar o poder e que, todavia, propôs um modelo com predomínio de um sobre os demais. Não obstante esta concepção possuir extrema importância ao cenário jurídico, o sistema uma vez desenvolvido de forma única e inovadora por assim dizer, foi originário de Charles de Secondat Montesquieu. Tal teoria transparecia uma vertente de divisão dos poderes governamentais inerentes ao Estado, com ressaltos à distribuição dessas funções à três órgãos independentes entre si.

Essa teoria é utilizada e revigorada pelo ordenamento jurídico brasileiro nos dias contemporâneos, o que se remete à ideia de que a separação de poderes é pilar e alicerce aos ideários e objetivos do Estado Democrático de Direito, bem como a concretização e efetivação dos direitos individuais, objetivando a limitação do poder estatal, com preponderância dos representantes oriundos da própria população.

Por conseguinte, há conveniência de fiscalização entre tais órgãos ou poderes, para intervenção recíproca e, sendo assim, exercer controle mútuo entre si para infirmar e impedir qualquer tipo de prerrogativa abusiva ou desmedida, o que se traduz no mecanismo designado como “sistema de freios e contrapesos”, método segundo qual há o refreamento de um poder sobre o outro. Ademais, a existência de funções típicas e atípicas a cada órgão estatal significa dizer que, dada a proeminência dessas atuações divididas, esta separação não tende a ser absoluta,

até porque, em caráter absoluto, cogitar-se-ia na hipótese de exercício arbitrário e distorcido. Tal situação é expressamente vedada pelo atual texto constitucional que trata sobre o tema afirmando que são poderes harmônicos entre si.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo. 16 ed., ver., atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2002-2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIRES, Gabriel Lino de Paula; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O modelo da tripartição dos poderes no federalismo brasileiro**. Presidente Prudente, 2001. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.