



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

**O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A COMPETÊNCIA
NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Rosa Maria Felipe Araújo

Fortaleza - CE
Novembro – 2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ROSA MARIA FELIPE ARAÚJO

**O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A COMPETÊNCIA
NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof^a Dr^a Lília Maia de Moraes Sales.

Fortaleza - Ceará
2007

A663p Araújo, Rosa Maria Felipe.

O princípio da separação de poderes e a competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral / Rosa Maria Felipe Araújo. - 2007.

103 f.

Cópia de computador.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2007.

“Orientação : Profa. Dra. Lília Maia de Moraes Sales.”

1. Separação de poderes. 2. Cláusula pétrea. 3. Tribunal Superior Eleitoral.
I. Título.

CDU 342.33

ROSA MARIA FELIPE ARAÚJO

**O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A COMPETÊNCIA
NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Lília Maia de Moraes Sales
UNIFOR

Prof. Dr. Carlos Roberto Martins Rodrigues
UNIFOR

Prof^a Dr^a Joyceane Bezerra de Menezes
UFC

Dissertação aprovada em:

“Recebi a instrução não o dinheiro.
Preferi a ciência ao fino ouro, pois a
Sabedoria vale mais que as pérolas e jóia
alguma a pode igualar”. Provérbios 8,
10-11.

Dedicamos algo àqueles que amamos e admiramos e aos quais devemos gratidão. Portanto, este trabalho é dedicado:

À memória de meu pai, José Felipe de Araújo, pelo exemplo, pelos princípios, pela honradez que me transmitiu. Sei que, com certeza, está sempre presente comigo e muito satisfeito com esta minha realização. À minha mãe querida, Severina Araújo e Silva, pelo amor durante todo o meu processo de criação e desenvolvimento profissional.

Muito obrigada por tudo.

AGRADECIMENTOS

À Santíssima Trindade - Pai, Filho e Espírito Santo -, que me deu força e luz para concluir este trabalho. A Deus, devo tudo, minha vida, enfim, obrigada, por ter me colocado nos braços e me levado adiante quando as minhas forças quiseram faltar.

À minha orientadora, professor Lilia Maia de Moraes Sales, pela confiança no meu estudo, por sua boa vontade, disposição e incentivo. Aos professores que se dispuseram a compor a banca examinadora, professor Roberto Martins Rodrigues e professora Joyceane Bezerra de Menezes. Todos dignos do meu apreço e respeito, pois além do vasto conhecimento que possuem, todos foram meus professores.

A todos os professores do Mestrado em Direito Constitucional, sobretudo, ao Professor Filomeno Moraes, pelo acompanhamento do meu projeto.

Aos funcionários da Coordenação do Mestrado, pela presteza dispensada sempre.

À FUNCAP, pelo apoio financeiro na realização desta pesquisa.

A todos os meus irmãos e irmãs, enfim, a toda minha família, especialmente, Margarida, Cristiane e Sérgio, que sempre me motivaram e contribuíram para que fosse possível a conclusão desta dissertação.

Ao Alex Sá, pelo carinho, apoio e incentivo.

À minha amiga Cristina Cotrim, pela calorosa acolhida em São Paulo.

Ao meu colega de escritório, João Olivardo, pela compreensão com a minha ausência, necessária à feitura deste estudo.

A todos os meus amigos, sobretudo, meus colegas do mestrado, que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

O meu sincero agradecimento e espero ter honrado a confiança e o apoio em mim depositados.

RESUMO

O princípio da Separação de Poderes encontra suas origens na Antigüidade, remonta a Aristóteles, passando por Locke, tendo sido sistematizado por Montesquieu. Atravessando o tempo, constitui-se em importante pilastra das constituições contemporâneas dos Estados Democráticos de Direito. No Brasil, este princípio está presente em todas as constituições, com exclusão, apenas, da Constituição de 1937, que o manteve excluído em face do seu caráter ditatorial. A Constituição atual dispõe, em seu art. 2º, que “são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o executivo, o legislativo e o judiciário”, trazendo como inovação ao princípio a sua elevação à categoria de cláusula pétrea, conforme disposto no art. 60 § 4º, inciso III. Por isso, delineia-se como tema do presente estudo o princípio da separação de poderes, também denominado de separação de funções, e sua conseqüente delimitação, com enfoque especial, na competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral, que se concretiza através da emissão de resoluções. Dentro deste enfoque, trata-se do princípio da separação de poderes, abordando o significado de poder, a definição e a teoria da separação de poderes, sua evolução e importância na história política e sua manifestação na sociedade; o *status* de cláusula pétrea que o princípio assumiu com a Constituição Federal de 1988; a sistemática do mecanismo de freios e contrapesos no Brasil, abordando as teorias do controle do poder político; a supremacia das normas constitucionais, concentrando atenção no papel dos princípios constitucionais sobretudo, o da separação de poderes como princípio fundamental conformador positivado da República Federativa do Brasil; por fim, acerca da competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral, na emissão de resoluções, perscrutando se esta atribuição normativa pode ser concedida e de que forma se daria esta função legiferante, em face do princípio da separação de poderes, no tocante a existência de invasão da esfera de competência conferida ao Poder Legislativo. Neste estudo, optou-se pela metodologia a qualitativa, através de técnica de pesquisa

bibliográfica em livros doutrinários, textos legais e em decisões jurisprudenciais, complementada por pesquisas na rede mundial de computadores – *internet*. Observou-se que a separação de poderes é preceito de cumprimento obrigatório, constituindo-se uma das mais excelsas garantias do Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, as competências constitucionais conferidas aos diferentes órgãos de poder não podem ser usurpadas.

Palavras-chave: Separações dos poderes. Sistema de freios e contrapesos. Cláusula pétrea. Princípio. Competência normativa.

ABSTRACT

The principle of the separation of powers has origins in ancient history, back to Aristotle, and then Locke and Montesquieu, who systematized it. It is nowadays an important base to the constitutions of the democratic states of law. In Brazil, the principle was settled in every constitution, except the one of 1937, due to its dictatorial character. The article 2 of the current Brazilian Constitution establishes that the Union has three branches, independent and harmonic with each other – the Executive, the Legislative and the Judicial. It innovates by making the principle an intangible article, as defined in the interpolated preposition III of the 4th paragraph of its article 60. Therefore, this study focuses on the principle of separation of powers, also named separation of functions, with its delimitation and especial attention to the normative competence of the Superior Electoral Court, materialized by resolutions. In this manner, the writing is about the principle of separation of powers, approaching the meaning of ‘power’, the definition and the theory of separation of powers, its evolution and importance in political history, and its brand in society; the status of intangible given to it by the 1988 Federal Constitution; the Checks and Balances system in Brazil, dealing with the theories of political control; the supremacy of the constitutional norms, emphasizing the role of constitutional principles, mainly the separation of powers as written setting principle for the Federative Republic of Brazil; moreover, the normative competence of the Superior Electoral Court for emitting normative resolutions, researching about the possibility of the sub-delegation of such normative competence and how the legislating function would be executed, concerning the invasion of the branch of power entrusted to the Legislative power. It has been chosen for the study the qualitative methodology, through bibliographic research technique, in doctrine books, legal texts and jurisprudence, complemented by web research. It has been observed that the principle of separation of powers is a mandatory precept, one of the most excelling warranties of the democratic state of law, and, thereby, the constitutional competences entrusted to the branches cannot be overpowered, so that the Constitution received the Checks and Balances system to assure the efficacy of the principle.

Key-words: Separation of powers. Checks and Balances system. Intangible article. Principle. Normative competence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	17
1.1 Considerações preliminares sobre o poder.....	17
1.2 Definição de separação de poderes.....	18
1.3 A teoria da separação dos poderes: evolução e sua importância na história política	20
1.4 A separação de poderes e a especialização de funções	25
2 O STATUS DE CLÁUSULA PÉTREA NA NOVA CARTA POLÍTICA DE 1988.	28
2.1 A separação de poderes na Constituição Federal de 1988 e a garantia dos direitos individuais.....	30
2.2 A separação dos poderes na CF de 1988 e o status de cláusula pétrea.....	33
3 A SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NO BRASIL.....	35
3.1 Breve evolução histórica.....	35
3.2 O sistema de freios e contrapesos na Constituição de 1988.....	39
4 AS TEORIAS ACERCA DO CONTROLE DO PODER POLÍTICO	42
4.1 As teorias acerca do controle do poder político.....	44
4.1.1 A teoria de John Locke.....	44
4.1.2 A teoria de Montesquieu.....	47
4.1.3 A teoria dos federalistas: a jurisdição na coordenação dos poderes.....	51
5 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL...	56
5.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO NORMA FUNDAMENTAL DO ESTADO.....	56
5.2 A SUPERIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO PERANTE AS DEMAIS NORMAS.....	57
5.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	60
5.3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS	65

5.3.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	68
6.1 INTERFERÊNCIA DE UM PODER NO OUTRO – O PODER REGULAMENTAR E A EDIÇÃO DE RESOLUÇÕES PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.....	71
6.2 ANÁLISE CRÍTICA DO CONTEÚDO DA RESOLUÇÃO N. 22.610/2007 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	78
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS	90
ANEXOS.....	97
ANEXOS.....	96

INTRODUÇÃO

Esta dissertação trata dos diversos aspectos do princípio da separação de poderes, também denominado de separação de funções, e sua conseqüente delimitação, com enfoque especial na competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral, que se concretiza através da emissão de resoluções.

Historicamente, o Brasil contemplou em todas as constituições o princípio da separação de poderes, com exceção, apenas, da Carta de 1937, que, propositadamente, o suprimiu em face do seu caráter ditatorial. A Constituição Federal de 1988 dispõe, em no art. 2º, que: “*são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o executivo, o legislativo e o judiciário*”, alçando o conteúdo desta norma principiológica à categoria de cláusula pétrea, conforme disposto no art. 60 § 4º, inciso III, com a nova ordem constitucional.

Diante das disposições constitucionais citadas, entende-se que os três poderes devem atuar de forma que haja uma colaboração entre eles, para o bom funcionamento do Estado. Todavia, cada um possui atribuições que devem ser respeitadas pelos demais, não havendo necessidade de autorização de nenhum deles para que as mesmas sejam cumpridas.

Cada órgão do poder possui função própria, a saber: a função legislativa desempenha o papel de elaboração de pautas gerais, abstratas e impessoais, denominadas de leis. A função executiva consiste em resolver os problemas concretos e individualizados, exerce a administração à luz das leis elaboradas pelo Poder Legislativo. A função jurisdicional tem por escopo a aplicação do Direito nos casos concretos, intersubjetivos e litigiosos.

Estas são as funções típicas ou precípuas, no entanto, parte de cada uma dessas funções é desempenhada minimamente pelos outros poderes, constituindo-se em exercício de funções atípicas, em virtude da existência do mecanismo dos

freios e contrapesos, que permite que haja a interpenetração no desempenho das atribuições pelos outros órgãos de poder, e se presta exatamente para conferir equilíbrio ao sistema.

O princípio da separação de poderes é princípio constitucional positivado, assim sendo, a reflexão sobre a questão da separação de poderes se faz presente, sobretudo, quando, no desempenho da atividade advocatícia, observa-se o exercício de atribuição normativa pela Justiça Eleitoral.

Neste caso, considerando a tripartição de poderes, estaria presente autorização para o desempenho desta competência pelo Poder Judiciário? Com efeito, em nenhum momento, ao serem discriminadas as funções de cada um dos poderes estatais, está normatizado que um poder se sobrepõe ao outro. Não há no ordenamento jurídico pátrio autorização de usurpação de um dos poderes em relação ao outro.

Dentro deste enfoque, pretende-se abordar a possibilidade de emissão de resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral, bem como se o exercício desta atribuição normativa viola ou não o princípio da separação de poderes e, por conseqüência, se ocorre a invasão da esfera de competência do Poder Legislativo.

Assim, vislumbra-se o interesse em elaborar o presente estudo, no qual, inclusive, pretende-se analisar os dispositivos contidos na Resolução n. 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre a perda do mandato parlamentar em virtude de infidelidade partidária, que diversos questionamentos tem suscitado no cenário político nacional atual, tendo em vista que, em um primeiro momento, faz crer que o Tribunal Superior Eleitoral extrapolou os limites de sua atividade normativa.

Para a efetivação deste estudo, a metodologia utilizada foi a qualitativa, através de técnica de pesquisa eminentemente bibliográfica em livros doutrinários, em textos legais e em decisões jurisprudenciais, complementada por pesquisas na rede mundial de computadores – *internet*.

Assim, esta dissertação está dividida em seis capítulos. O primeiro trata do princípio da separação de poderes, abordando o significado de poder, a definição e

a teoria da separação de poderes, sua evolução e importância na história política e sua manifestação na sociedade.

O segundo capítulo refere-se ao *status* de cláusula pétrea que o princípio assumiu com a Constituição Federal de 1988. Nesse tópico ressaltam-se os aspectos do Estado Democrático de Direito, estabelecidos na ordem jurídica vigente, a garantia dos direitos individuais decorrente da partição do poder e a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo enfoca a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos no Brasil. Faz-se uma breve incursão histórica nas constituições brasileiras, com enfoque na Constituição de 1988, apresentando-se os diversos momentos de interpenetração dos poderes.

O quarto capítulo trata das teorias acerca do controle do poder político, destacando-se os principais doutrinadores que, com seus posicionamentos, fundamentaram a teoria do princípio da separação de poderes.

No capítulo quinto, o estudo analisa a superioridade das normas constitucionais perante as demais normas, concentrando atenção no papel dos princípios constitucionais, sobretudo, o da separação de poderes como princípio fundamental conformador positivado da República Federativa do Brasil.

Já no sexto e último capítulo, disserta-se acerca da competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral, na emissão de resoluções, perscrutando se esta atribuição normativa pode ser concedida e de que forma se daria esta função legiferante, em face do princípio da separação de poderes. Neste contexto, analisa-se um caso recente e emblemático, a Resolução n. 22.610/2007 emitida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que trata da perda do cargo eletivo por infidelidade partidária, no tocante à existência de invasão da esfera de competência conferida ao Poder Legislativo, enfocando os aspectos legais, a posição da doutrina, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do próprio Tribunal Superior Eleitoral sobre a matéria. Investiga-se, ainda, se considerando a sistemática do mecanismo de freios e contrapesos, consagrada em diversos dispositivos constitucionais, o Poder Legislativo dispõe de instrumento para insurgir-se contra o malferimento das suas atribuições.

1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O poder e a formação do Estado fundamentam-se na manifestação do poder constituinte. Com efeito, poder representa o exercício de autoridade, de imposição, de uma pessoa sobre outra, de uma instituição ou organização sobre outra.

Sob o ponto de vista político, esse poder é exercido pelo Estado, dado que as relações entre indivíduos em qualquer organização social somente são possíveis se reconhecida a submissão de cada participante à vontade da maioria ou do grupo, representada pela vontade emanada do Estado. Essa possibilidade de o Estado impor vontades deve ser limitada e fiscalizada, na medida em que o exercício se faz por meio de homens e sujeitos, passível a toda sorte de excessos e desvios.

De fato, a concentração do poder em um só indivíduo ou instituição pode levar a situações em que os próprios componentes da sociedade venham a sofrer arbitrariedades por parte daquele que, em última análise, nada mais é senão fruto da organização política de seus integrantes – vale dizer, dos próprios indivíduos. Assim, é possível àquele que detém o poder estatal oprimir os que são os verdadeiros detentores do poder.

1.1 Considerações preliminares sobre o poder

Na sociedade, várias são as maneiras de o poder exteriorizar-se, seja nos campos religioso, familiar, de trabalho, mas é no âmbito do Estado que ele encontra sua força, concentrando-se na figura do chefe ou minoria que o represente. Assim, a essência do fenômeno político Estado é o poder, principalmente após o aparecimento do Estado moderno, nos séculos XV e XVI, quando foi concebido em bases sólidas. Segundo Flávio de Almeida:

O poder é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos

nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.¹

O Estado detém o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. Na sociedade civil, que compreende uma diversidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que o Estado cumpre realizar. Vê-se que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhecem, rege e domina, buscando ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si, reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Segundo Flávio Almeida², esta superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado, que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna).

José Afonso da Silva, ao discorrer sobre o poder político, assevera:

Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhecem rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado (conceituada antes), que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores a sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores a mesma sociedade estatal (soberania interna).³

É, portanto, no campo político que o poder ganha destaque. O poder político caracteriza-se pelas notas da indivisibilidade, unidade e indelegabilidade. Uno, haja vista que não se biparte, separando sua essência, indivisível porque não se divide.

1.2 Definição de separação de poderes

Não é de hoje que o princípio da separação dos poderes vem sendo a tônica no estudo do Poder do Estado e continua sendo importante e atual questão no âmbito do Direito Constitucional.

¹ ALMEIDA, Flávio. **Separação dos Poderes**. São Paulo: USP, 2006. p.12.

² Ibid., 2006. p.12.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.108.

Em verdade, a chamada separação de poderes significa divisão das funções estatais, haja vista que o poder estatal é uno e indivisível, não admitindo fragmentações, sendo que suas funções e seus órgãos é que se separam, haja vista que são distintos. É consagrada pela doutrina a expressão separação de poderes, por isso a autora da presente dissertação optou por utilizá-la.

Todavia, diante da unidade do poder, o Estado desempenha tarefas por meio de três funções: a executiva, a legislativa e a jurisdicional. Nisto consiste o sistema de separação de poderes, ou seja, na divisão funcional do poder político do Estado, com a atribuição de cada função estatal básica a um órgão independente e especializado.

A função legislativa desempenha o papel de elaboração de regras gerais, abstratas, impessoais, impostas coativamente a todos, denominadas de leis. A função executiva consiste na administração do Estado, em obediência às leis elaboradas pelo Poder Legislativo. A função jurisdicional tem por escopo a aplicação do Direito nos casos concretos, a fim de elucidar os conflitos de interesse. Estas as funções típicas ou precípuas, no entanto, partem de cada uma das funções que são desempenhadas minimamente pelos outros poderes.

Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, ao sustentar a especialização de cada Poder, lecionou:

Cada poder, portanto, tem o seu mister específico, de ordem interna especial jurídica. Partilha soberania não apenas teoricamente. Não disputa, porque possui *self-government*.

A separabilidade dos outros Poderes é uma simples questão de meios de ação (círculos), compreendendo a tríplice ordem constitucional.

As três funções orgânicas, legislativa, executiva e judiciária, desempenham atividades saídas de regras jurídicas constitucionais, por onde se vê a diferenciação do poder estatal em legislativo, executivo e judiciário, caracteriza a rigidez de dogmas verdadeiros (reais) ligados à distribuição de poderes.⁴

O princípio da separação de poderes ou funções estatais ultrapassa a simples finalidade de organização e divisão do trabalho para o exercício do Poder Político, para caracterizar aqueles Estados onde a liberdade política, religiosa, de opinião, ideológica, econômica estão garantidas.

⁴ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Freitas Bastos, 1999. v. 1. p.132.

Em outras palavras, a separação de poderes garante o direito a cada cidadão de ser diferente do outro, numa sociedade pluralista (em oposição à sociedade totalitária).

1.3 A teoria da separação dos poderes: evolução e sua importância na história política

Desde Platão já se tem uma incipiente menção a respeito da separação de poderes na chamada *polis* perfeita, quando o filósofo menciona as obrigações dos encarregados de proteger a comunidade, dos que devem governá-la, dos que devem produzir os bens e, finalmente, dos que exercem a atividade comercial⁵.

De acordo com Eduardo Espínola⁶, é Aristóteles quem dá a primeira visão clara sobre a concepção da teoria tripartida dos poderes, conforme entende, as três partes que constituem o Estado, denominados corpos deliberativos, magistrados e juízes.

Entretanto, o grande sistematizador da teoria da separação de poderes foi Montesquieu⁷ que, em sua notável obra "O espírito das leis", destacou três formas de governo: a tirania, a monarquia e a democracia, fundamentadas no medo, na honra e na virtude cívica, respectivamente. Desenvolve-se a doutrina segundo a qual se uma só pessoa, ou um mesmo corpo, conseguisse reunir mais de um dos três poderes (ou funções) do Estado, a liberdade dos indivíduos estaria seriamente ameaçada, em razão da excessiva concentração de poder. A solução, então, seria a divisão do exercício do poder. Desse modo, somente uma parte dele caberia a um grupo de pessoas distinto dos que detêm diferente parcela do mesmo poder, que efetivamente é o mesmo, apenas dividido, tudo para que cada um dos grupos impeça o exercício abusivo e arbitrário pelo outro grupo.

De acordo com Ruy Barbosa⁸, desde a Antigüidade grega Aristóteles já havia percebido a existência de distintas funções do Estado, quais sejam:

⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Cinco estudos – A federação – A divisão de poderes**. São Paulo: [s.n.], 1991. p.1.

⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo- Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. v. 1. 1952. p.264.

⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução brasileira de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1999. p.115.

⁸ BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933. v I. p. 407.

- A primeira encarregada de deliberar sobre os negócios públicos;
- A segunda encarregada das magistraturas; e,
- A terceira à qual cabia administrar a justiça.

Já naquela época, o filósofo entendia injusto e perigoso atribuir a um só indivíduo o exercício de todo o poder. Neste sentido, de acordo com Celso Ribeiro Bastos⁹, tal desiderato só seria possível graças à eficiência de um Estado, constatada desde logo a impossibilidade de um só homem prever tudo a ser normatizado por lei.

Na verdade, Aristóteles¹⁰ não elaborou uma teoria da separação dos poderes. Tão somente limitou-se a identificar as diferentes funções do governo e a estabelecer uma relação entre a forma do exercício do poder e a caracterização do Estado. Seria ele oligárquico, no caso de poucos exercerem as funções, e democrático, na hipótese de todos as exercerem.

Notou-se não haver em Aristóteles o desejo de limitar o poder do Estado sobre os indivíduos, devido a, na época, ser muito importante a submissão do indivíduo à Lei e ao Estado, tomando-se desnecessário um controle mais efetivo do exercício do poder. Por isso, o filósofo grego dedicou-se apenas à tarefa de identificar as funções do Estado, sem se preocupar com o fato de estarem concentradas nas mãos de poucas pessoas.

De acordo com Karl Loewenstein, quanto à importância da teoria da separação dos poderes, pode se creditar o passo seguinte ao inglês John Locke, escritor de dois importantes documentos sobre o governo, *o Primeiro e o Segundo Tratado sobre o Governo*, basicamente na mesma linha de oposição à monarquia absolutista. Nesse sentido:

Ele cuidou de examinar fatos importantes da história inglesa a partir do século XVII, chegando à Revolução Gloriosa que desencadeou o Bill of Rights em 1689, época em que o monarca, forçado pelas circunstâncias, foi obrigado a compartilhar seus poderes com o Parlamento, principalmente, e,

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 298.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 190.

secundariamente, com os juízes, garantindo-se a independência destes poderes fracionados.¹¹

Para José Luiz de Anhaia Mello:

Locke entendeu o Poder Legislativo como superior aos demais, fixando-lhe a competência de elaborar as leis gerais; ao Executivo caberia somente executar e fiscalizar as normas provindas do Legislativo. Diferentemente da teoria que viria em futuro próximo, para este pensador o terceiro poder seria o Federativo, delegando-lhe poder para desenvolver as relações externas, fazer a guerra e celebrar a paz, bem como se relacionar com todas as pessoas não pertencentes à sociedade.¹²

Segundo Dalmo de Abreu Dallari¹³, não obstante seja possível notar um avanço na formulação de Locke, fica claro que ele, sem sombra de dúvidas, não chegou a teorizar sobre a separação de poderes tal como hoje se conhece, cabendo a Montesquieu fazê-lo, em 1748, na obra *O Espírito das Leis*, na qual, visivelmente influenciado pelos valores da burguesia emergente, defendeu a liberdade do indivíduo frente ao poder absoluto do monarca.

Montesquieu assim entendia a liberdade:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há 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.¹⁴

Montesquieu¹⁵ segue dizendo que a liberdade política só é encontrada nos Estados governados por moderados e, mesmo assim, é possível que nem aí exista, porque uma condição a ser observada é a de justamente não haver abuso do poder. Todavia, como a experiência revela estar todo detentor de certo poder, tentado a dele abusar, faz-se mister encontrar mecanismos para evitar a arbitrariedade.

Assim, pode-se afirmar que, para Montesquieu¹⁶, somente a divisão do poder impede o uso abusivo e que, para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder 'freie' o próprio poder. Eis aí o cerne da teoria da separação dos poderes.

¹¹ LOEWENSTEIN Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976. p.59.

¹² MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: RT, 1968. p.14.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., 2006. p.192.

¹⁴ MONTESQUIEU, op. cit., 1999. p.117.

¹⁵ Ibid, p. 117.

¹⁶ Ibid., p. 119.

Desta feita, o pressuposto de que o indivíduo não seja oprimido pelo poder estatal é garantido pela existência de outro poder de igual relevo, que funcione como um freio à ação deste primeiro. É esse contrabalanço que evita o abuso no exercício do poder, permitindo assegurar-se a liberdade dos homens.

Montesquieu¹⁷ continua seus ensinamentos para dar forma à chamada teoria da separação dos poderes, estabelecendo quais seriam eles: “O poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.”

Nessa separação, o Judiciário corresponde ao chamado Executivo, que depende do direito civil, tratando-se de grande inovação em relação à teoria do inglês John Locke. Cabe, todavia, ressaltar existir semelhança entre o Poder Federativo descrito pelo inglês e o Poder Executivo preconizado por Montesquieu. No mais, ao Legislativo competia legislar e, ao Executivo, dependente do direito civil, punir os crimes e resolver pendengas individuais.

Depois de conceituados os três poderes, Montesquieu passou a considerar sobre a necessidade de cada uma dessas funções ser exercida por órgãos diferentes, consumando-se, assim, a separação:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado 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 esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.¹⁸

Da teoria da separação de poderes de Montesquieu podem ser retirados pontos julgados relevantes. O primeiro é que a luta pela liberdade do indivíduo está na gênese da teoria. Essa liberdade, que é política para o pensador francês, somente pode ser encontrada onde exista governo moderado, mas, ainda assim, em face da natureza humana dos que exercitam o poder, sempre haverá tendência ao abuso e, por isso, faz-se mister a existência de um poder controlando o outro.

¹⁷ Ibid., p.118.

¹⁸ Ibid., p. 119.

Montesquieu¹⁹ considerando a natureza das funções, identificou três espécies de poder: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, cada qual servindo como contrapeso à atuação do outro, finalizando com a necessidade de cada um deles ser exercido por pessoas diferentes.

A importância da separação de poderes é reconhecida por Ataliba, que a percebe como forma de assegurar-se o próprio regime republicano:

Assim é que a tripartição do poder aparece como a forma mais perfeita, para assegurar-se o regime republicano representativo, com os seus necessários ingredientes de responsabilidade e igualdade (ou isonomia jurídica), diante do poder do estado. Engendra um sofisticado mecanismo de *checks and balances* como o designam os doutrinadores norte-americanos que tende a realizar o postulado de que 'o poder contenha o poder'.²⁰

Na doutrina brasileira, muitos autores criticam a utilização da expressão tripartição dos poderes, dentre eles, Celso Ribeiro Bastos:

Também se arrola entre os princípios fundamentais a chamada tripartição de poderes, que poderia ter sido melhor chamada de tripartição de funções, uma vez que o poder ao povo pertence. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário são meras funções desempenhadas pelo Estado, que exerce em nome do povo.²¹

Ainda, segundo Bastos:

O traço importante da teoria elaborada por Montesquieu, não foi o identificar essas três funções, pois elas já haviam sido abordadas por Aristóteles, mas o de demonstrar que tal divisão possibilitaria maior controle do poder que se encontra nas mãos do Estado. A idéia de um sistema de "freios e contrapesos" em que cada órgão exerça as suas competências e também controle o outro é que garantiu o sucesso da teoria de Montesquieu.²²

Em verdade, o que existe é a tripartição de funções. O poder é uma unidade, é um atributo do Estado, como já se asseverou, a distinção que existe é entre os órgãos que desempenham estas funções.

Canotilho, ao comentar sobre a teoria da separação dos poderes, entende de maneira diversa à doutrina tradicional:

¹⁹ Ibid., p. 119.

²⁰ ATALIBA, Geraldo, op. cit., 2007. p. 20.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 166.

²² Ibid.

Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e os seus ministros), o legislativo (a câmara, câmara baixa e câmara alta) e o judicial (corpo de magistrados). Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por EISENMANN que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos pares, na concessão de anistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara alta sob acusação da Câmara Baixa. Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juizes eram apenas 'a boca que pronunciava as palavras da lei'; os poderes executivos e legislativos distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida.²³

Percebe-se, portanto, que a chamada separação de poderes tem ocupado importante lugar na história política dos Estados contemporâneos em face da necessidade de que as funções estatais sejam exercidas por órgãos diferentes, sendo que esta ordenação possibilita que se evite o abuso do poder para que possa ser assegurada a liberdade dos indivíduos.

1.4 A separação de poderes e a especialização de funções

Como já visto, por poder compreende-se a possibilidade de impor vontades, produzir efeitos onde quer que seja e em relação a quem quer que seja.

Relativamente ao homem que vive em sociedade, poder pode ser definido como a capacidade de um homem determinar o comportamento de outro ou, no dizer de José Afonso da Silva²⁴: "[...] se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins".

O Estado, por outro lado, é uma sociedade politicamente organizada e esse carácter político é dado justamente em razão de ser sua organização e ordem a todos impostas, vale dizer, coercitivamente, exercidas pelo monopólio do uso da força.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.260.

²⁴ SILVA, José Afonso, op. cit., 1999. p.108.

Para Hans Kelsen²⁵, é isso que permite afirmar ser o Estado o poder a sustentar o Direito, consubstanciado nas normas a todos impostas. Realmente, o poder torna eficaz a vontade de alguns indivíduos sobre outros, na exata medida em que a vontade da maioria é imposta a todos pelo Direito.

Para Eduardo Espínola²⁶: "É óbvio que o poder estatal só poderá ser exercido praticamente por meio de pessoas físicas, quer seja a coletividade dos cidadãos, quer seja um grupo ou um indivíduo apenas".

Em sociedades mais simples, o poder do Estado aparece de forma fática, ou seja, pela simples utilização da força física ou de armas. Todavia, naquelas mais complexas e que abrangem um grande número de indivíduos e grupos sociais distintos, o poder aparece menos pelos instrumentos de força e muito mais pela gama de normas gerais oriundas dele próprio, reguladoras do poder jurídico e impostas pelo poder político, que torna tais normas gerais eficazes, coordenando, regrado e impondo limites, visando à consecução dos fins últimos do próprio Estado.

Para Celso Ribeiro Bastos²⁷, esse poder do Estado é um só e superior a todas as demais forças sociais, em face do que, seria impossível falar em divisibilidade²⁸.

Na verdade, a unidade do poder é sua principal característica, mas, mesmo assim, quanto à especialização das tarefas relativas ao governo, é possível distinguir três diferentes funções: a legislativa, a executiva e a judiciária, decorrentes da especialização funcional, podendo-se atribuir ao Legislativo a função de legislar; ao Executivo, a de executar os comandos emanados do Legislativo; e, finalmente, ao Judiciário, a função de julgar eventuais conflitos.

José Afonso da Silva esclarece sobre a divisão de poderes:

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função

²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.299-300.

²⁶ ESPÍNOLA, Eduardo, op. cit., 1952. p.264.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., 2001. p. 298

²⁸ Neste mesmo sentido, ver: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 2007. p.209; TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p.571.

executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.²⁹

Essas funções já existiam por ocasião da elaboração da teoria da separação dos poderes por Montesquieu, cabendo-lhe apenas distingui-las.

Com efeito, a divisão de poderes deixa a antiga característica rígida de separação de tarefas, mecanicamente, para que haja a atual integração racionalizada das várias funções do Estado, segundo Novais:

A divisão de poderes é agora essencialmente entendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir, por outro lado, as condições da maior eficiência da atuação estatal, sem prejuízo, todavia, do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais

[...]

Em segundo lugar, e por ventura de importância decisiva para a compreensão da natureza do Estado Social e Democrático de Direito, verifica-se o reforço da separação, independência e relevância do poder judicial no conjunto dos poderes do Estado.

Por isso, afirma-se que, ao se falar dos três poderes, devem esses poderes ser compreendidos como funções do Estado, sendo então possível, pela teoria clássica, distinguir três delas.

Não obstante, é de se convir no uso arraigado da expressão questionada, inclusive pelo próprio texto constitucional, como se vê logo no Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Observa-se que, quando a Constituição Federal utiliza a expressão poderes no artigo segundo, o faz referindo-se a órgão, muito embora em outros dispositivos constitucionais reporte-se a função.

²⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., 1999. p.110.

2 O STATUS DE CLÁUSULA PÉTREA NA NOVA CARTA POLÍTICA DE 1988

Para se entender a proposta de separação de poderes no texto constitucional vigente, pressupõe que seja tratado antes sobre o Estado Democrático de Direito.

O conceito de Estado Democrático de Direito encontra-se no ordenamento jurídico pátrio no art. 1º da Constituição Federal:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político;

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

A Constituição Federal de 1988 consagrou o estado democrático e o estado de direito deixando explícito que são princípios distintos, embora exista entre os doutrinadores a comparação dos conceitos, que quiseram fazer com que se entendesse a mesma coisa sobre os dois conceitos, o que pode ser esclarecido com os escritos de Canotilho e Vital Moreira, que acentuam:

Este conceito é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de Direito e do Estado Democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é de direito.

No entanto, mais adiante, na mesma obra, complementam:

Esta ligação material das duas componentes não impede a consideração específica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode ficar condicionado e ser qualificado em função do sentido da outra.³⁰

³⁰ CANOTILHO; J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1984. v. 1. p.73 - 75.

O Estado de Direito consolidou-se no final do Século XVIII, início do Século XIX, como fruto dos movimentos burgueses que, à época, se opunham ao absolutismo. Portanto, passou a significar o Estado regido pelas leis em oposição à concepção absolutista de Estado, concentrador de poder nas mãos do monarca. O conceito do Estado de Direito, de acordo com José Afonso da Silva, apresenta três características básicas:

(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantias dos direitos individuais.³¹

É inegável a contribuição destes valores de concepção liberal, entretanto, com o decorrer dos tempos, foi-se deturpando o significado de Estado de direito, haja vista que o seu significado depende da idéia que se tem do Direito.

Pode existir Estado de direito concebido sob diversas vertentes, assim como acentua Carl Schmitt³², que há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros, em conformidade com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico.

Para Hans Kelsen³³, Direito e Estado são conceitos iguais. Há, portanto, uma confusão entre ordem jurídica e Estado. Sob este aspecto todo Estado é Estado de direito. Percebe-se que, por meio dessa ótica formalista, essa interpretação pode servir a interesses ditatoriais.

Daí a necessidade de um qualificativo para o Estado de direito, que oriente um conteúdo material, que permite a percepção de direitos não respeitados, tais como igualdade e liberdade, desencadeando movimentos políticos no final do Século XIX, início do Século XX, que previram a necessidade de um processo de democratização do Estado. Formou-se a idéia de que era necessário o respeito à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos, além da mera submissão à lei.

³¹ SILVA, José Afonso da, op.cit., 1999. p.113-114.

³² SCHMITT, Carl. **Legalidade y legitimidade**. Tradução de José Diaz Garcia. Madri: Aguilar, 1971. p.23.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.186.

Norberto Bobbio expressa essa idéia:

Disto segue que o estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção posta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar o correto funcionamento da democracia, e doutra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.³⁴

Assim, embora posto de início que Estado Democrático e Estado de Direito são originalmente distintos, fundem-se hoje numa necessária convivência.

Sobre a associação da separação de poderes ao Estado Democrático de Direito, Dalmo Dallari comenta:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo esta teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciários, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.³⁵

Neste sentido, a atual Constituição consagrou o princípio democrático como “qualificador” do Estado, quer dizer, o estado de direito deve exprimir a vontade do povo, irradiar o querer popular, para que seja conferida legitimidade aos seus ditames.

2.1 A separação de poderes na Constituição Federal de 1988 e a garantia dos direitos individuais

³⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** - Uma defesa das regras do jogo. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.20.

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., 2006. p.184-185.

Tem-se, pois, em boa hora, inaugurada uma nova ordem constitucional com o atual Estado Democrático de Direito, nos moldes do art. 1º, inserido pelo constituinte de 1988, em que reconheceu a República Federativa do Brasil como ordenação estatal mantenedora dos direitos individuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos magistrados, a responsabilidade dos governantes para como os governados, a prevalência do princípio representativo, segundo o qual todo poder emana do povo, e em seu nome é exercido, através dos representantes eleitos por voto.

A Constituição Federal, ao instituir os “Três Poderes”, definindo-lhes a organização, atribuindo deveres, direitos e garantias aos seus membros, o fez equilibrando a força de cada um, de maneira a impedir o agigantamento ou o amesquinamento de um ou de outro. É de se presumir que o constituinte de 1988, quando os concebeu, sopesou cada atribuição conferida, cada garantia de seus membros, cada direito subjetivo, cada princípio estabelecido, esculpindo, assim, a independência e a harmonia (separação dos poderes) preconizadas no art. 2º e solidificadas no art. 60, § 4º.

Com Montesquieu³⁶, a separação de poderes tinha por objetivo a garantia da liberdade dos cidadãos. A Declaração de Direitos de 1789 estabeleceu o princípio da separação de poderes como caracterizador do Estado constitucional liberal, o qual ainda sobrevive atualmente como técnica destinada a garantir as liberdades individuais ou privadas.

Montesquieu³⁷, ao dissertar sobre a separação dos poderes, argumentou que a concentração de poderes levaria à tirania, portanto, era necessário que o poder contivesse refreio o próprio poder. A experiência mostra que quem detém o poder é tentado a dele abusar.

É certo que o célebre princípio sistematizado por Montesquieu³⁸ continua perdurando ainda atualmente, não com a rigidez de sua aplicação no tempo do liberalismo, sendo acatado pelas constituições contemporâneas como um dos eixos da ordem constitucional.

³⁶ MONTESQUIEU, op. cit., 1999,. p.119.

³⁷ Ibid., p.119.

³⁸ Ibid, p.119.

Saliente-se que a tarefa desempenhada pelo Estado contemporâneo exige o redimensionamento da visão clássica de que as funções são exercidas de forma independente, haja vista que são inegáveis as mudanças ocorridas no âmbito do direito constitucional no limiar deste século XXI.

Com efeito, a divisão de poderes deixa a antiga característica rígida de separação de tarefas, mecanicamente, sem que haja a atual integração racionalizada das várias funções do Estado:

A divisão de poderes é agora essencialmente entendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir, por outro lado, as condições da maior eficiência da atuação estatal, sem prejuízo, todavia, do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais. [...]. Em segundo lugar, e por ventura de importância decisiva para a compreensão da natureza do Estado Social e Democrático de Direito, verifica-se o reforço da separação, independência e relevância do poder judicial no conjunto dos poderes do Estado.³⁹

E arremata Rodolfo Mancuso, ao apontar que:

[...] por conta dessa evolução, a própria terminologia das atribuições do Estado foi sendo alterada, vindo a expressão Poderes gradativamente substituída por Atividades ou Funções, como sugerido por *Karl Loewenstein*, que para tal reclassifica os fins do Estado contemporâneo, visualizando três *policies* (políticas): *policy determination*, *policy execution* e *policy control*, nomenclatura de per si indicativa de que a lei passa a ser tomada no sentido de programa ou meta governamental, ao passo que os Poderes do Estado passam a ser vistos como atividades de (i) declaração ou normação, (ii) execução ou gerenciamento e (iii) revisão ou controle.⁴⁰

Tal como disposto no art. 2º da Carta de 1988, são independentes e harmônicos entre si, todavia, a independência se traduz pela investidura e permanência das pessoas num dos órgãos do governo, os quais, ao exercerem as atribuições que lhes foram outorgadas, atuam num espaço de competência próprio, sem a ingerência dos outros órgãos com total liberdade, organizando serviços e tomando decisões livremente, sem ingerência alheia. Já a harmonia entre os órgãos do poder manifesta-se pela cortesia e trato respeitoso entre eles, no que diz respeito à manutenção das prerrogativas de cada um deles. Essa harmonia impede a interferência de um órgão no outro. Um órgão do poder deve conter o outro poder.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. p.34-35.

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. (Org.). **Ação civil pública - lei 7.347/85 - 15 anos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. p. 753-798.

Esta possibilidade de interferência norteia a nova roupagem do princípio da separação de poderes, que conferiu flexibilidade ao princípio por meio dos mecanismos positivados.

Esta problemática constitucional foi estabelecida, sobretudo, para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, bem como para dar eficácia ao princípio.

Na linha deste raciocínio, para demonstrar a invocação do princípio da separação de poderes, como meio de garantia de direitos fundamentais, é importante a referência da decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual ensina o Min. Celso de Mello que:

a essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. MS-23452 / RJ - Rel. Ministro Celso de Mello - DJ 12-05-00 PP-00020 - j. 16/09/1999 - Tribunal Pleno STF - Unânime.

Com efeito, há necessidade de partição de poder, com a devida harmonia entre órgãos distintos que se controlem mutuamente, para a efetiva garantia das liberdades, de forma, que a divisão do poder em diferentes órgãos, possa permitir que sejam assegurada a proteção do indivíduo contra o Estado, quanto contra os próprios particulares.

2.2 A separação dos poderes na CF de 1988 e o status de cláusula pétrea

A Constituição Federal de 1988 foi a única constituição brasileira a inserir o princípio da separação de poderes como cláusula pétrea, ou seja, ao fazê-lo trouxe como inovação, demonstrando, desta forma, o destaque que dá ao “velho” princípio.

Faz-se necessária uma breve digressão para conceituar o que seja cláusula pétrea. No sentido etimológico, o adjetivo “pétrea” significa duro como pedra, enquanto no sentido jurídico quer dizer o que não pode ser reformado, modificado.

Dando outra denominação as cláusulas pétreas, a doutrina refere-se a cláusulas de inamovibilidade, garantias de eternidade, cláusulas permanentes, cláusulas absolutas, cláusulas intangíveis, cláusulas irreformáveis, cláusulas imodificáveis.

Uadi Lâmega Bulos⁴¹ conceitua cláusula pétrea como “aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição”.

Portanto, quando o legislador constituinte fez inserir o princípio da separação de poderes, no art. 60 § 4º da Carta Política em vigor, no sentido de que a tripartição de funções estatais, tão necessária à distribuição equânime do exercício do poder político, evitando-se a odiosa concentração de poderes, prejudicial à implementação do Estado Democrático de Direito, objetivou estabelecer o núcleo intangível da Constituição Federal, o que veio solidificar as finalidades do prefalado princípio.

⁴¹ BULOS, Uadi Lâmmego. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 773.

3 A SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NO BRASIL

Neste capítulo, será abordado o sistema de freios e contrapesos na separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro, efetuando-se, inicialmente, um breve descritivo de sua evolução histórica para, em seguida, abordar-se o instituto na Constituição Federal de 1988, demonstrando os momentos de interpretação.

3.1 Breve evolução histórica

No Brasil, a outorgada Constituição do Império adotou uma rígida separação de poderes, reconhecendo a importância do modelo em seu artigo 9º: "A divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece."

Todavia, não só os três já conhecidos poderes foram contemplados, mas também um quarto, o Poder Moderador, conforme o artigo 10 daquela Carta, assumindo a fórmula francesa quanto à delegação por parte da Nação. Mas essa, definitivamente, não era a principal diferença da primeira Constituição brasileira em relação ao preconizado por Montesquieu, depois adotado pela norte-americana e francesa.

Na verdade, embora nascesse com o rótulo de liberal, tal Carta trazia consigo a confirmação do absolutismo, em franca contrariedade ao pregado na separação dos poderes, exercida por diferentes pessoas ou órgãos, justamente como forma de garantir as liberdades individuais.

A existência de um Poder Moderador exercido pelo Imperador, que acumulava as funções de chefe do Executivo, feria de morte a razão principal da separação, máxime tendo em vista a enorme gama de poderes a ele conferidos, como nomeação de senadores ou suspensão de magistrados, dentre outros.

Além disso, o artigo 99 estabelecia: “A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma.”

Isso revela o enorme poder que detinha o Imperador. Acresce que a Carta outorgada elevava o Poder Moderador a *status* virtualmente superior aos demais, na medida em que afirma ser ele a chave de toda organização política, cabendo-lhe velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos, conforme o artigo 98 da Constituição de 1824.

É realmente difícil pensar na utilidade do Poder Moderador nos termos em que foi ali colocado, mas, de qualquer maneira, é certamente impensável o efetivo cumprimento de sua tarefa, quando o titular acumula as funções de chefe do Executivo.

A pretendida neutralidade jamais poderia ser alcançada com a estrutura prevista, já que impossível separar a pessoa titular do Poder Moderador e do Poder Executivo, ambas centradas na figura do Imperador.

Em realidade, a Carta Imperial que introduziu o Poder Moderador constitucionalizou o absolutismo.

Com a independência norte-americana, idéias republicanas e federalistas repercutiram no Brasil, ainda que passado algum tempo, proclamando-se a república e adotando-se a federação. A Constituição de 1891 estabeleceu o nome de República dos Estados Unidos do Brasil, acolhendo a separação dos poderes na forma prescrita por Montesquieu, distanciando-se do modelo norte-americano, que inaugurou o sistema de "freios e contrapesos" ou *checks and balances*.

A Carta seguinte inovava apenas em termos semânticos, haja vista que se nota a expressa remissão aos limites do exercício do poder e, deixando de ser meramente harmônicos, passam a ser coordenados. Assim, adota a constituinte de 1934 no artigo 3º: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”

A volta ao regime de exceção trouxe funesta conseqüência para o Estado de direito, tendo desaparecido a separação dos poderes na outorgada Carta de 1937, ainda que uma ou outra função tenha sido atribuída ao Legislativo e ao Judiciário.

A democrática Constituição de 1946, que põe fim ao Estado Novo de Vargas, é um marco no respeito à independência e harmonia dos poderes do Estado, fixando-os no artigo 36, vedando ainda a delegação de atribuições e o acúmulo de funções por uma só pessoa. Não obstante o evidente caráter democrático, a Carta Política do pós 2ª Grande Guerra não se sustentou por muito tempo. Com efeito, em 1964, viria o golpe militar, trazendo novo período ditatorial, durante o qual o principal instrumento de governo era o ato institucional.

Com essas manifestações espúrias de poder sustentado pelas armas, o Executivo foi nitidamente fortalecido, fixando-se limites à atuação do Judiciário, suspendendo as históricas garantias de seus membros, o que possibilitou a cassação de juízes e parlamentares, desaguando na Constituição outorgada de 1967, que pouco acrescentou ao quadro institucional então existente, permitindo até que outro Ato Institucional fosse editado, o de número 5, através do qual poderes quase ilimitados foram dados ao Executivo.

Por tudo isso, a propalada "separação de poderes" não passava de mera cláusula formal, desprovida de qualquer conteúdo efetivo.

A Nova República representou um período de retorno à democracia, ensejando, ao final, a promulgação da Carta Política vigente, que efetivamente abraçou a separação de poderes, consagrando-a no artigo 2º: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

De acordo com Anna Cândida Cunha Ferraz:

É relevante notar que a cláusula experimentou tratamento diferenciado na Constituição Federal de 1988, nesta figurando como princípio fundamental do Estado Brasileiro, normas-síntese inovadoras da Carta vigente, cuja função, como sabido, é a de direcionar a interpretação de todas as demais normas constitucionais, integrando-as para levar à pré-ordenação e à perfeita organização dos poderes.⁴²

⁴² FERRAZ, Anna Cândida Cunha. **Conflito entre poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: RT, 1994. p.21.

Ressalte-se que a separação dos poderes está inserida entre as matérias insuscetíveis de proposta de emenda tendente a aboli-la, conforme o artigo 60, parágrafo 4º, inciso III da Constituição Federal, tratando-se, pois, de cláusula pétrea.

Não é só isso, todavia, que demonstra a adoção dos ensinamentos de Montesquieu. Cumpre mostrar que a Constituição Federal vigente foi além e partiu para o sistema de freios e contrapesos, conforme se pode notar da leitura do artigo 49, inciso X, XI, artigo 59, incisos IV e V; artigo 101, além do já referido artigo 51, inciso I, que trata, dentre outras prescrições, da autorização da Câmara dos Deputados para instauração de processo contra o Presidente da República.

A patente interpenetração dos poderes é notada nas modernas constituições e se deve, fundamentalmente, à modernização do próprio Estado, que paulatinamente deixa de ser liberal para adotar um cunho social, de maior atuação, visando ao bem comum da sociedade como um todo, e não ao de seus integrantes de *per si*.

De acordo com Canotilho e Vital Moreira, o princípio da lealdade constitucional:

compreende duas vertentes, uma positiva e outra negativa. A primeira consiste em que diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possível. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido de responsabilidade do Estado (*statesmanship*)⁴³

Além disso, há de se considerar que os constituintes pretendiam adotar o regime parlamentarista no Brasil, não conseguindo esse intento, restando apenas a possibilidade de consultar o povo via plebiscito (artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Realizado, a população optou pelo presidencialismo, que venceu com razoável margem de vantagem.

⁴³ CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República**. Coimbra Coimbra Editora, 1991. p. 71.

Todavia, estavam aprovados e permaneceram íntegros, dispositivos que denotam a intenção do constituinte, *v.g.*, artigo 50, com a redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 7-6-1994:

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.

A utilização dos termos “convocar” e “pessoalmente” revelam que o objetivo foi obrigar o Ministro ou autoridade a dirigir-se ao Parlamento para prestar as informações necessárias. Essa interpenetração entre o Legislativo e Executivo, considerando o sistema presidencialista de governo, constitui-se em inovação à tradicional separação dos poderes, firmando-se o moderno sistema de freios e contrapesos.

Como se nota, a Constituição Federal de 1988 não ficou com a tradicional separação de poderes. Ao contrário, foi além e adotou fórmula que prestigia a interpenetração dos poderes. Com isso, se antes não era possível falar em rígida separação de poderes, agora, com maior razão, deve-se dizer que a Constituição Federal brasileira adota um sistema de freios e contrapesos, em que um poder exerce intensa atividade fiscalizadora, limitando o outro, de modo a permitir que os negócios do Estado, ou suas decisões políticas mais importantes, não sejam tomadas pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário, exclusivamente.

De fato, a tradicional teoria da separação dos poderes, desde um bom tempo, vem dando lugar a formas mais criativas e eficazes de controle do poder pela divisão interpenetrativa, longe da rígida fórmula atribuída a Montesquieu.

3.2 O sistema de freios e contrapesos na Constituição de 1988

A Constituição vigente adotou o sistema de *checks and balances* em diversos institutos da Constituição Federal, sendo necessário repetir que, desde o artigo 2º, já se nota o tratamento diferenciado à separação dos poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Mas não é só: a intervenção da União nos

Estados e, destes, nos Municípios, são limitações à autonomia dos entes componentes da Federação.

Como exemplos do sistema de freios e contrapesos adotado pelo constituinte de 1988, destaca-se diversos momentos no texto constitucional:

- A prévia autorização do Congresso Nacional para que o Presidente possa declarar a guerra ou celebrar a paz; a fiscalização dos atos do Executivo pela Câmara dos Deputados, Senado ou mesmo pelo Tribunal de Contas;
- A aprovação pelo Senado da escolha de magistrados, Ministros do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República, do presidente do Banco Central, dentre outros;
- A possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos - federais ou estaduais.
- Finalmente, outro exemplo deste sistema manifesta-se também no juízo de admissibilidade que determina caber, privativamente, à Câmara dos Deputados, autorizar ou não a instauração de processo contra o Presidente da República, Vice-Presidente e Ministros de Estado nos crimes comuns conexos, permitindo o julgamento da lide pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do Art. 86 da Constituição Federal:

Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Há, no caso, uma interdependência dos três tradicionais poderes, além da intervenção de outro órgão autônomo, o Ministério Público da União, titular exclusivo da ação penal pública, por tudo revelando que, sem a cooperação e a responsabilidade de cada um dos envolvidos, a vontade estatal não será expressa de forma válida.

Além disso, a Constituição Federal previu, em seu artigo 105, inc. I, alínea "a", a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os Governadores de Estado na hipótese de cometimento de crime comum.

Isso implica na atuação do Ministério Público da União, acabando por criar incomum situação: um membro do Executivo estadual é formalmente acusado por crime comum pelo Ministério Público da União e julgado perante um Tribunal nacional, somente após a autorização do Legislativo estadual.

A interpenetração vai além da esfera dos Poderes, horizontalmente considerados, implicando em compartilhamento vertical do poder, porque ao estado membro e à União foi constitucionalmente cometida a função de processar e julgar a autoridade máxima do executivo local. Só a adoção da distribuição vertical do poder pela Federação permite ocorrência dessa natureza.

4 AS TEORIAS ACERCA DO CONTROLE DO PODER POLÍTICO

Conclusos os estudos iniciais acerca da separação dos poderes, neste capítulo, objetiva-se o exame das teorias do controle do poder político e das formas de controle deste poder pelo próprio Estado, trazendo os principais doutrinadores que com seus ensinamentos fundamentaram o princípio da separação de poderes.

Assim, sobre ser pacífica a afirmação de que “um dos elementos centrais da teoria política liberal é a indefectível reflexão sobre a necessidade histórica de limitar e controlar o poder”, resta saber quais foram os meios e os instrumentos criados para tal fim⁴⁴.

O poder sujeito a controle é diferente daquele não sujeito a restrições. Segundo uma tradição célebre, um notável liberal inglês do século XIX, Lord Acton, afirmou: “Todo o poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe absolutamente. Mas num sentido muito real, o poder quase nunca é absoluto”.⁴⁵

Se o elemento central do liberalismo foi o controle do poder, certamente nele se identificarão os sistemas jurídico-políticos aptos a obstar o abuso e o arbítrio dos governantes, ou seja, como se dá a concreção da liberdade, ainda que tenha havido quem pretendesse vincular, de modo reducionista e ideológico, a liberdade, um valor universal, à mera reivindicação de uma classe social, bem ressaltado o equívoco por Norberto Bobbio⁴⁶, fenômeno que, segundo Ferreira Filho, freqüentemente, não é visto, salvo as raras exceções:

Remonte-se, então, a Montesquieu para evitar a experiência eterna de que quem detém o poder é levado a dele abusar, é preciso que encontre limites. O poder absoluto era visto (e ainda hoje é visto) como uma ameaça à vida e à segurança dos súditos. Remonte-se a Montesquieu, então, e à sua

⁴⁴ SOUZA JUNIOR, César Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder** – uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 87-88.

⁴⁵ DEUTSCH, Karl, **Política e governo**. 2. ed.. Trad. Maria José Matoso Miranda Mendes, Brasília: UnB, 1979. p.226.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: UnB, p.700-701.

célebre passagem: 'a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar; vai até onde encontra limites. Até a virtude, quem diria, necessita de limites! Para que não possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e não fazer as que a lei permite.⁴⁷

O liberalismo tornou-se o movimento político que converteu a questão do controle do poder político em tema central da teoria do Estado, paralelamente às enormes transformações sociais e econômicas havidas nessa época, em que a burguesia se afirmara e, com ela, novos horizontes, perspectivas sociais.

De acordo com Sartori:

[...] havia, ainda, que se enfrentar a monarquia absoluta, a qual - como se sabe - ostentava por princípio a concentração de poderes nas mãos do Monarca. Se havia necessidade de destruir os fundamentos do Estado absolutista, havia também a necessidade de algo erigir em seu lugar, e não pela razão da força, mas pela força do convencimento. É lição de Burke que dificilmente os homens podem ser obedientes todo o tempo apenas pelo medo; há que haver, não obediência, assentimento, baseado em uma idéia racional. Esta 'idéia racional' era o Estado Liberal, sustentado em alguns pressupostos fundantes, como a separação de poderes e o princípio da legalidade'.⁴⁸

Ainda de acordo com o supramencionado autor:

Não poderiam os iluministas destruir o Estado absoluto sem nada colocar em seu lugar; deveriam criar, antes, estruturas fundantes para uma nova concepção de Estado, que pudesse ser aceita racionalmente. Era grande o risco da substituição de uma ordem estabelecida por outra, fluida e pantanosa. Afinal, por que razões a maioria das pessoas obedece o governo ao qual está submetida? Por que razão muitos se submetem voluntariamente ao governo de poucos? Na década de 30 do século XVII, o arcebispo Laud observou que 'nenhuma lei se impõe se não há consciência para obedecê-la, apenas a penalidade jamais consegue isso. E seu senhor, Charles I, concordava: 'em tempos de paz, o púlpito governa mais que a espada'. Quando, uma década mais tarde, surgiu Hobbes para formular sua teoria política da autoridade absoluta do soberano, ele também reconhece que o sistema não poderia se escorar na força militar: tudo dependeria da eficiência com que o governante controlasse as escolas, universidades, e o púlpito. 'Os direitos do soberano não podem se mantidos pelas leis civis ou pelo terror da punição legal. Eles só podem ser mantidos inculcando na população um temor racional da anarquia, na qual todos mergulhariam se resistissem com rebeldia'.⁴⁹

John Locke e o Barão de Montesquieu tiveram particular importância fundamental para a criação do Estado liberal, um modelo racional e apto a substituir o Estado absolutista, com a separação de poderes e o princípio da legalidade,

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.85 - 87.

⁴⁸ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. p. 38.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 39-40.

fazendo-lhes a relação e a interconexão, refletindo tal pensamento, imediatamente, em dois movimentos de importância capital para o mundo ocidental: a independência norte-americana (com a edição da Constituição de 1787) e a revolução francesa, com as constituições do período revolucionário (1791, 1793 e 1795), bem como a declaração de direitos do homem e do cidadão.⁵⁰

4.1 As teorias acerca do controle do poder político

4.1.1 A teoria de John Locke

Em sua mais famosa obra, '*Segundo tratado sobre o governo civil*', publicada em 1690, o filósofo inglês aborda o tema do controle do poder, desenvolvendo os fundamentos do princípio da legalidade e, também, ainda que rapidamente e de maneira incompleta, da separação de poderes. Para Ferreira Filho:

É evidente que o chamado 'instrument of government' inglês já previa alguma forma de separação entre o Executivo e o Legislativo, contrapondo-se a uma monarquia mista, mas foi Locke quem a sistematizou e deu seus fundamentos teóricos. Para ele, o governo civil tem a natureza *convencional* e não *natural*. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se submete às restrições da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com conforto, segurança de suas propriedades e paz umas com as outras e desfrutando com maior proteção contra quem não toma parte de dita comunidade. Esses homens podem assim agir porque isto não prejudica a liberdade dos outros, que permanecem como antes, na liberdade do 'estado de natureza'. Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante.⁵¹

Para Locke⁵², ao contrário de Hobbes, o estado anterior à sociedade civil não era de guerra contínua, mas de paz, apenas limitada pela natural fraqueza humana. Então o homem decide entrar em sociedade, abandonando o primitivo estado de natureza porque, ainda que tenha todos os direitos nessa situação, está exposto, constantemente, à incerteza e à ameaça de ser invadido por outros.

Lessa, ao comentar a teoria de Locke, afirma que:

⁵⁰ BARROS, Sergio Resende de. **Controle de constitucionalidade**: proposta de simplificação. São Paulo: Revista da Procuradoria do Estado, 2000. p.26-27.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., 2001b. p. 41.

⁵² LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Ibrasa, 1963. p.139.

Para ele, no estado de natureza faltam uma lei estabelecida, fixa e conhecida, um juiz público e imparcial, e um poder que respalde e dê força para a sentença, quando esta for justa. A lei jamais poderá ser nociva ou arbitrária, mas geral, determinada de antemão, vinda de um Poder Legislativo. Os poderes devem atuar segundo a lei (*rufe af law*), bem assim deve haver uma separação de poderes para que possa haver resguardo da liberdade. Entende Locke que ‘não há poder mais alto que o de ditar as leis’ ou seja, a preeminência deve ser dada ao Poder Legislativo, advindo este do consentimento popular.⁵³

Em sua teoria, o Executivo é exercido por alguém não eleito, o Monarca. Assim, para Locke⁵⁴, o Poder Legislativo é o principal dos poderes: “É o poder supremo porque atende ao supremo objetivo da vida social, que é ‘gozar dos próprios bens em paz e segurança’, o que só se pode lograr por intermédio de leis”.

Mas mesmo esse poder mais alto tem alguns limites que, de acordo com Ferreira Filho, são:

- O Poder Legislativo não é nem poderia ser absolutamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas, porque ele é simplesmente o poder em conjunto de todos os membros da sociedade, cedido à pessoa ou grupo de pessoas, que é o legislador;
- O Poder Legislativo não pode chamar para si o poder de governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários, mas está no dever de dispensar justiça e decidir dos direitos dos súditos mediante leis promulgadas, fixas e por juízes autorizados, conhecidos;
- O poder supremo não pode tirar a qualquer homem parte de sua propriedade sem seu consentimento; e
- A legislatura não pode transferir a ninguém o poder de fazer leis, pois como esse poder foi delegado pelo povo, não se pode dá-lo a outro.⁵⁵

Como ensina Ferreira Filho⁵⁶, claras são as limitações ao poder supremo (Poder Legislativo), pois há o princípio da legalidade, o da liberdade econômica, além do da indelegabilidade do poder de estatuir, mas Locke tem em mira, principalmente, e este é o centro de suas preocupações, a separação dos poderes

⁵³ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p.15.

⁵⁴ LOCKE, op. cit., 1963, p.142.

⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., 2001. p.40.

⁵⁶ Ibid, p.40.

Executivo e Legislativo, dizendo, claramente, que os homens, devido a sua fragilidade, tenderiam, caso tivessem as funções executivas e legislativas concomitantemente, a criá-las e executá-las para se eximirem da obrigação de cumprir as leis que eles mesmos fizeram.

A visão pessimista de Locke quanto à natureza dos homens levou-o a propor não somente uma separação funcional entre o Executivo e o Legislativo, mas uma separação orgânica de tais poderes. Seu objetivo é controlar o poder absoluto e garantir a liberdade. Para Ferreira Mendes:

O Poder Judiciário, em Locke, brilha pela sua ausência. Claro que ele escreveu em um país em que a função de criar normas não é separada entre o Legislativo e o Judiciário, com a única ressalva que o juiz cria normas para o caso particular e concreto, e o legislativo, normas abstratas. Em realidade, para ele, ontologicamente as funções têm a mesma natureza; têm função idêntica. Talvez por isso não se preocupasse em elevar o Judiciário à dignidade de um poder, eis que já o era, no sentido exposto. Em Locke, o princípio da legalidade vem claramente exposto no sentido de que a liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior na Terra, e não sob a vontade ou a autoridade legislativa do homem, tendo somente a lei da natureza como regra. Para ele, a liberdade do homem na sociedade não deve ficar sob qualquer lei senão o que esse poder legislativo promulgar de acordo com o crédito que lhe concedem.⁵⁷

Para Locke⁵⁸, o poder absoluto, arbitrário ou o governo sem leis fixas estabelecidas não se podem harmonizar com os fins da sociedade e do governo pelo qual os homens abandonassem a liberdade do estado de natureza para sob ele viverem, se não fosse para preservar-lhes a vida, a liberdade e a propriedade, e para garantir-lhes, por meio de regras estabelecidas de direito e de propriedade, a paz e a tranqüilidade.

Sendo assim, não seria possível supor que pretendessem, se assim pudessem fazê-lo, conceder a qualquer um ou a mais de um poder arbitrário sobre as pessoas e as propriedades, para que pusessem nas mãos do magistrado uma força destinada a executar arbitrariamente a vontade dele. Fazê-lo importaria em colocar-se em condição pior à do estado de natureza.

Em termos de controle do poder, a saída dada por Locke para os casos de conflito entre os poderes Legislativo e Executivo, ou entre esses e o povo, é de todo inaceitável. Com efeito:

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p.96.

⁵⁸ LOCKE, op. cit., 1963, p.141.

No domínio da prerrogativa surge sempre a velha pergunta: quem julgará se este poder está sendo usado de modo legítimo? Responderei: entre um Poder Executivo permanentemente possuindo semelhante prerrogativa e um Legislativo que depende da vontade dele para reunir-se, não pode haver juiz na terra; como também não pode existir nenhum entre o Legislativo e o povo, se o Executivo ou o Legislativo, quando uma vez obtiveram o poder, proponham-se a escravizá-lo ou destruí-lo ou passem a fazê-lo. Nisto o povo não tem outro remédio, como em outros casos em que não há juiz na terra, senão apelar para o céu.⁵⁹

Locke⁶⁰ desenvolve uma dupla hipótese de conflito político: entre Poder Executivo e Legislativo e entre poder estatal (Legislativo e ou Executivo) e povo. A solução para tal conflito resulta clara: "ao povo não resta outro remédio senão o de apelar aos céus", ou seja, o povo não tem outra saída frente a uma eventual invasão e competências ou a que o Executivo atente contra o poder da representação, ou um e outro atentem conjuntamente sobre o próprio povo, que recorrer ao direito de resistência ou à própria insurreição.

Para Bandeira de Mello, uma provável perspectiva contratualista do poder estatal, que está na base da construção lockeana, talvez explique o fato de que para a mesma tenham mais relevância limites internos ao poder do estado – ou seja:

[...] aqueles derivados da barreira infranqueável que se supõem os direitos de propriedade e liberdade - que aqueles basicamente instrumentais e, portanto, de natureza externa, que derivam da divisão de poderes em uma pluralidade de órgãos. Em todo caso, e isto é o primordial, as idéias do necessário equilíbrio e não separação entre poderes, e a conseqüente exigência de um sistema de freios e contrapesos entre eles são estranhas à formulação lockeana. Nota-se que claudica Locke no que concerne à criação de um Poder Judiciário que pudesse se contrapor aos eventuais abusos dos outros poderes, sendo sua saída para os casos de conflitos a de que o povo deve 'apelar aos céus', ou ir à insurreição, hipóteses totalmente inaceitáveis, sob o aspecto institucional.⁶¹

Mas o eterno caminhar das idéias políticas chegaria logo mais adiante a uma melhor estruturação dos órgãos estatais, com Montesquieu.

4.1.2 *A teoria de Montesquieu*

A doutrina denominada de 'separação de poderes' está indissociavelmente ligada ao Capítulo VI, do Livro XI, da obra 'O Espírito das leis'. De acordo com Bonavides, o que o autor gaulês descreveu:

⁵⁹ LOCKE, John, op. cit., 1963. p.185.

⁶⁰ LOCKE, John, op. cit., 1963. p.185-186.

⁶¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.98.

[...] não foi a verdadeira Constituição da Inglaterra de seu tempo, já com um parlamentarismo em formação (o que anula qualquer tentativa de separação entre Legislativo e Executivo), afinal, Sir Robert Walpole havia chegado ao poder em 1721 (Jorge I havia deixado de assistir as reuniões dos conselheiros no 'Cabinet Council').⁶²

Montesquieu⁶³ estava interessado em formular uma teoria em que pudesse vergastar o absolutismo, sendo objetivo do Livro XI analisar as leis que dão origem à liberdade política, em sua relação com a Constituição. Montesquieu aproxima-se de Locke ao vincular a liberdade ao princípio da legalidade, em famosa passagem de seu texto.

Claramente, a idéia de liberdade era o motivo condutor de Montesquieu⁶⁴, e também o de Locke, razão pela qual atribuiu como esteio da liberdade o próprio princípio da legalidade, de modo quase indissolúvel. Clássica é sua definição de liberdade: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.

E, mais adiante, afirma o sistematizador da teoria que:

A experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude necessita de limites. Para que não possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constringido a fazer coisas que a lei não obriga e não fazer as que a lei permite.⁶⁵

Ademais, se o princípio da legalidade é sublimado e se a liberdade é o objetivo, o controle do poder é o meio e a idéia de limites ao poder é essencial à teoria que pretenda manter a liberdade com o afirmar da legalidade.

Suas idéias ficam claras no Capítulo VI, citado, intitulado “Da Constituição da Inglaterra”, que, de tão precisas, não devem ser alteradas:

Há, em cada estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependam do direito das gentes, e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadores, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996b. p.96.

⁶³ MONTESQUIEU, op. cit., 1999. p.116.

⁶⁴ MONTESQUIEU, op. cit., 1999. p.118.

⁶⁵ MONTESQUIEU, op. cit., 1999. p.118.

último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o executivo do Estado. A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade os seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo 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 esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções; e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁶⁶

Se a finalidade da teoria de Montesquieu⁶⁷ era sintetizada em sua indagação inicial de ser necessário que "pela disposição das coisas, o poder freie o poder" - e era, sem dúvida - dificilmente uma separação total das funções levaria a tal desiderato, mas indica que era previsto como ideal um *mútuo controle* por meio de uma coordenação de poderes. Tanto assim que, segundo Miranda:

[...] para demonstrar que o próprio Montesquieu imaginava mais uma coordenação de poderes que uma separação total, o filósofo deixa apenas os seis parágrafos escritos sobre separação e todos os demais dos setenta e um do Capítulo VI descrevendo como imaginava coordenação de poderes.⁶⁸

Portanto, chamou ele de faculdade de estatuir o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem, e de faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro. Para Montesquieu, diz Jorge Miranda:

[...] os três poderes constituem funções - legislativo, executivo e jurisdicional - e também a distinção, em cada poder, de uma 'faculté de statuer' e de uma 'faculté d'empêcher', prefigura algumas das análises mais recentes sobre a função de fiscalização ou controle.⁶⁹

Note-se que um controle, mesmo acerca do Poder Executivo, era possível, sob certo aspecto, eis que para Montesquieu⁷⁰: "se num estado livre o legislativo não deve ter direito de sustar o Poder Executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas."

⁶⁶ MONTESQUIEU, op. cit., 1999. p.119.

⁶⁷ Ibid, p.119.

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1997. p.13.

⁶⁹ Ibid., p. 13-14.

⁷⁰ MONTESQUIEU, op. cit., 1999. p.120.

O poder de julgar, para Montesquieu⁷¹, é nulo sendo, obviamente, o mais débil dos três. Não imaginou o autor um controle dos poderes pelo Judiciário, sendo que acrescenta (além de que, para ele, a lei seria sempre justa): “Restam apenas dois, e como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta pelos nobres é bastante capaz de produzir esse efeito”.

A solução de Montesquieu⁷² para eventuais confrontos entre poderes, atentados à liberdade praticada por um deles, assim como a de Locke, antes referida, é, também, inexequível. Em tais pensadores nota-se uma lacuna no que concerne ao controle do poder, que a tripartição, por si só, não garante, de maneira irrefragável.

A revolução francesa seguiu os parâmetros de tais filósofos, nada inovando, ao contrário, radicalizando a teoria da separação de poderes⁷³.

Foram, portanto, os Estados Unidos da América, baseados em sua própria experiência histórica, que chegaram definitivamente ao *'judicial review of legislation'*, sendo o Poder Judiciário inserido no papel de 'controlador' do Poder Legislativo, na guarda e defesa da Constituição.⁷⁴

Nos iluministas não havia dúvida alguma: o Legislativo era o poder preeminente, que descobria a lei 'justa'. Mas os eventos ocorridos desde a criação da teoria da separação de poderes indicam que dificilmente pode haver um controle interno de cada poder.

A experiência histórica, em certo sentido, obscureceu a teoria da separação de poderes como garantidora maior da liberdade. Lembra Mauro Cappelletti⁷⁵ que o Século XX demonstrou que a idéia de Rousseau sobre a infalibilidade da lei votada pelo parlamento é uma ilusão, porque o Poder Legislativo, não somente o Executivo, também abusa do poder.

⁷¹ MONTESQUIEU, op. cit., 1999. p.120.

⁷² MIRANDA, Jorge, op. cit., 1997. p.14.

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Safe, 1999. p.38.

⁷⁴ Ibid., p. 38-39.

⁷⁵ Ibid., p. 40.

4.1.3 *A teoria dos federalistas: a jurisdição na coordenação dos poderes*

Como se abordou no estudo da separação dos poderes, em capítulo específico, a Constituição norte-americana de 1787 foi a primeira grande Constituição escrita da História, ou seja, a primeira Constituição no sentido atual do termo. A Constituição norte-americana, de acordo com Tocqueville⁷⁶ percorre um sistema mais ou menos rígido de separação de poderes, atribuindo a cada uma das funções (legislativa, executiva e judicial) tarefas de Estado, mas estabelecendo uma série de exceções ao princípio geral da especialização de funções, que são os ‘*checks and balances*’.

Não se pretende adentrar em uma análise de tais exceções, eis que interessa apenas a questão relativa ao Poder Judiciário ou à jurisdição.

Parece claro que os revolucionários norte-americanos pretenderam estabelecer um sistema de ‘coordenação de poderes’ e não um de separação, interessados que estavam no controle do poder.

Claramente, James Madison expõe sua interpretação da obra de Montesquieu quando estabeleceu que:

[...] não há liberdade todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo, ou por outras palavras, quando o poder de julgar não está bem distinto e separado do Legislativo e Executivo’, não quis proscrever toda ação parcial, ou toda influência, dos diferentes poderes uns sobre os outros: o que quis dizer, segundo se depreende das suas expressões e, ainda melhor, dos exemplos que lhe serviram de regra, foi que, quando dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos.⁷⁷

Lembre-se que, à época, o poder tido como potencialmente perigoso era o Poder Legislativo e os norte-americanos temiam um despotismo estabelecido por este poder.

Na América, o Executivo, ao contrário da Europa, em que o Executivo era exercido por um monarca, também era eleito, sendo, então, ambos

⁷⁶ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.73.

⁷⁷ MADISON, James. **O federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 131.

democraticamente - no sentido do que possa atribuir-se ao termo no século XVIII - escolhidos.⁷⁸

Diferentemente da Europa, onde Montesquieu elaborou a teoria da tripartição para as três ordens estamentais, os Estados Unidos da América eram, então, um país homogêneo, sem classes diversas por nascimento, sem nobres ou qualquer outra distinção de gênero. Diferentemente, também, o Executivo era eleito. Talvez a lembrança de um parlamento opressor (para os colonos norte-americanos, o inglês) fez nascer a idéia de que o Legislativo era o poder que poderia vir a colocar em perigo a liberdade.⁷⁹

Então, para Madison, enquanto em um governo em que amplas e numerosas prerrogativas estão depositadas nas mãos de um monarca hereditário, o órgão executivo é justamente observado como uma fonte possível de perigos e, conseqüentemente, vigiado com todo o cuidado que inspira o amor pela liberdade, a situação é muito diferente em um regime político em que também o Executivo provém da legitimidade democrática. Para ele, então:

[...] em uma república representativa em que os poderes do titular do Executivo estão limitadas, tanto no que concerne à sua extensão, como no que concerne à sua duração, e em que o Poder Legislativo é exercido por uma assembleia que, inspirada por sua suposta influência sobre o povo 'tem uma intrépida confiança em sua própria força' - uma assembleia que é suficientemente numerosa para sentir todas as paixões que agitam as multidões, porém não tanto para ser incapaz de perseguir o objeto de suas paixões pelos meios que prescreve a razão - e sendo assim o povo deveria dirigir suas atenções e utilizar de todas as suas precauções 'contra as tentativas ambiciosas deste órgão'.⁸⁰

Este temor e esta desconfiança quase obsessiva em direção ao Legislativo - que se deriva tanto de circunstâncias históricas imediatas quanto de exigências de caráter estrutural interseccionadas à natureza mais profunda da Revolução norte-americana - determinarão um posterior efeito na reflexão constituinte relativa à separação de poderes que se produz na América. Na Europa a separação de poderes aparecerá durante muito tempo como sinônimo de tensão orgânica entre um legislativo legitimado sobre a base do princípio representativo - e com

⁷⁸ Ibid., p. 31-132.

⁷⁹ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El valor de la constitución**. Madri: Alianza, 2006. p. 110.

⁸⁰ Ibid., p.110-111.

independência da maior ou menor extensão do mecanismo da representação – e um Executivo hereditário portador de um projeto histórico diferente.⁸¹

Nos Estados Unidos da América, no entanto, os poderes encontram-se democraticamente legitimados desde a sua origem, tanto o Executivo quanto o Legislativo.

Claramente deveriam a Constituição e o Estado proteger o cidadão frente ao abuso democrático. Os norte-americanos aperfeiçoam a teoria de Montesquieu, na prática, pela jurisprudência, justamente quando colocam o Judiciário como elo maior para frear o Legislativo.⁸²

A doutrina norte-americana, exposta de forma clara pelo federalista Alexander Hamilton, diz que o Poder Judiciário é a garantia do controle do poder, o qual deve obstar atos inconstitucionais do Poder Legislativo. Para ele:

[...] a independência rigorosa dos tribunais de Justiça era particularmente essencial em uma Constituição limitada em que uma Constituição limita a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar 'bills of attainder' (decretos de proscricção), leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática senão por meio dos tribunais de Justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Para o autor, coerentemente, sem isto, ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares. Se algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de Justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, o fundamento de tal pensamento é o de que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior. Mas todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos da comissão, é nulo. Este princípio é indubitável, e, portanto, todo ato do corpo legislativo contrário à Constituição não pode ter validade.⁸³

Lembra, ainda, Hamilton que:

Negar isto seria o mesmo que afirmar que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados tanta autoridade têm para o que estes poderes autorizam como para o que eles proíbem. E se o corpo legislativo for constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é

⁸¹ Ibid., p.112.

⁸² Ibid., p.112.

⁸³ HAMILTON, Alexander *apud* MIRANDA, Jorge, op. cit., 1997. p.36-37.

possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes.⁸⁴

Para o doutrinador, muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciais entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como a lei fundamental:

[...] e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. E se entre leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado, que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto, ou a intenção do povo à dos seus agentes.⁸⁵

Ainda para este autor:

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo, [...] Segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juizes devem obedecer. Por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que o não são. O caso de o Poder Judiciário decidir entre as duas leis contraditórias não é difícil de ser exemplificado com um fato que a cada momento se verifica.⁸⁶

Acontece, não poucas vezes, que dois estatutos, existentes ao mesmo tempo, em vigor se contradizem em tudo ou em parte, sem que em nenhum dos dois se contenha alguma cláusula ou expressão derogatória. Claro que em tal caso compete aos juizes determinar-lhes o sentido e o efeito.

Se for possível conciliar um com outro, a razão e a lei concordam em que se faça. Se isso não for possível, é força que se dê efeito a um e que se invalide o outro. Supõe-se que, de dois atos contraditórios da mesma autoridade, deveria obter a preferência aquele que contivesse a expressão da sua última vontade.

Muito diferente é o caso quando se trata dos atos contraditórios - de uma autoridade superior e de outra autoridade subordinada - de um poder primitivo e de outro poder delegado. O que, neste caso, a razão manda é que o ato antecedente da autoridade suprema seja preferido ao subsequente da autoridade subalterna; e

⁸⁴ HAMILTON, Alexander *apud* MIRANDA, Jorge, op. cit., 1997. p.38.

⁸⁵ HAMILTON, Alexander *apud* MIRANDA, Jorge, op. cit., 1997. p.38-39.

⁸⁶ HAMILTON, Alexander *apud* MIRANDA, Jorge, op. cit., 1997. p. 42.

que, por conseqüência, os juízes obedeçam à Constituição e desprezem qualquer estatuto que seja contrário ao que ela diz.

Neste sentido, diz o autor que:

[...] pouco valeria objetar que os tribunais de judicatura, com o pretexto de contradição poderão substituir a sua vontade às instituições constitucionais da legislatura: o mesmo poderia acontecer com a decisão entre dois estatutos contraditórios ou mesmo na aplicação de um só estatuto. Que os tribunais devem declarar a sentido da lei, é coisa indubitável: ora, se eles estivessem dispostos a exercitar vontade em lugar de juízo, em qualquer ocasião poderiam substituir as suas intenções as do corpo legislativo. Já se vê que esta observação não prova nada; ou, se provasse alguma coisa, seria que não deve haver juízes separados do corpo legislativo.⁸⁷

Vê-se claramente que o Poder Judiciário, nos EUA, passou a ter a prerrogativa de controlar os atos do Legislativo. Essa era a 'chave de abóbada' da estrutura constitucional-liberal, que foi criada nos EUA. Além dos 'federalistas', isso se deveu ao célebre caso '*Madison versus Marbury*'. Com tal precedente jurisprudencial, passou o Judiciário norte-americano ao verdadeiro '*judicial review of legislation*', novidade não correspondida, de imediato e ainda por muito tempo, na Europa.

⁸⁷ HAMILTON, Alexander *apud* MIRANDA, Jorge, op. cit., 1997. p. 45.

5 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Desde que se fala em sociedade, necessariamente, há de se falar em juridicidade na sua organização. Seja qual for a espécie examinada, sempre se encontrará uma estrutura mais ou menos complexa a dar forma à sociedade. Tratando-se de uma sociedade política, a conjugação dos fins a que aspira com sua organização jurídica configura o Estado, seja de qual tipo for.

5.1 A Constituição Federal como norma fundamental do Estado

O Direito é chamado para dar forma à sociedade, estando, pois, ligado à gênese do Estado, portanto, faz-se necessário um elemento para corporificar a vontade da sociedade: a Constituição, na qual se instalam os preceitos normativos que dão forma e identificam o Estado.

A sociedade política, por sua complexidade, não pode ser vista com a mesma simplicidade, ou seja, nascida de uma simples idéia de associação, a qual é refletida em sua Constituição. Neste sentido, de acordo com Ruy Barbosa:

As Constituições não são regulamentos administrativos, não são tratados casuísticos, não são roteiros de precauções meticulosas contra a chicana, a ignorância, ou a subserviência mental da rabulice interessada, ou míope. Uma Constituição é a caracterização, nitidamente contornada, de um sistema político, indicado nas suas linhas capitais, entregue, na evolução da sua vida orgânica, à ação da consciência popular, confiando, na interpretação das suas conseqüências legislativas, à intuição dos homens de estado. A evidência das regras diretrizes, a luz do alto que desce dos princípios, ilumina os casos particulares, ditando, a cada ocorrência imprevista, a cada combinação dos fatos, a solução definida pelas necessidades da harmonia geral.⁸⁸

A associação de pessoas com a finalidade de formar um Estado passa pelo exercício do poder, este caracterizado como a possibilidade efetiva de se impor a

⁸⁸ BARBOSA, Ruy, op. cit., 1993. p.38.

vontade de alguém sobre a de seu semelhante. Assim: “[...] Existe poder sempre que alguém tem a possibilidade de fazer acatar pelos outros a sua própria vontade, afastando qualquer resistência exterior àquilo que quer fazer ou obrigando os outros a fazer o que ele queira”.⁸⁹

Referido poder constitui o Estado, materializado pela adoção de uma Constituição que deve ser por todos obedecida, sob pena de sanção. Neste sentido, o poder constituinte seria "aquele que põe em vigor, cria, ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional".⁹⁰

Quanto à materialização do poder constituinte, a Constituição pode ser definida como: “[...] conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, etc que conforma a realidade social de determinado Estado, configurando a sua maneira particular de ser.”⁹¹

No entender de José Afonso da Silva é:

[...] a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.⁹²

Assim, fruto da materialização do poder constituinte, a Constituição é uma decisão política daquele que a detém, versando sobre os contornos e o particular modo de existência do próprio Estado que faz nascer, delineando, ainda, como serão produzidas outras normas, estas de escalão inferior, como se demonstrará a seguir, além dos direitos fundamentais do homem.

5.2 A superioridade da Constituição perante as demais normas

Como norma fundamental de um Estado, a Constituição cumpre diversas funções, estando acima das demais normas. É a lei suprema que obriga todas as demais normas que se conformem aos seus ditames, sob pena de invalidade.

⁸⁹ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I. p. 29.

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., 2001. p.20.

⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., 2001. p.43.

⁹² SILVA, José Afonso da, op. cit., 1999. p.42.

Importante destacar a lição de Paulo de Barros Carvalho, segundo a qual a Constituição é o:

[...] instrumento primeiro e soberano, que se sobrepõe aos demais veículos introdutórios de normas. Abriga, em grande parte, regras de estrutura, quer dizer, normas que prescrevem como outras normas devem ser produzidas. São verdadeiras sobrenormas, porque falam não diretamente da conduta que suscita vínculos tributários, mas do conteúdo ou da forma que as regras hão de conter. É na Lei das Leis que estão consignadas as permissões para os legisladores da União, dos Estados e dos Municípios instituírem seus tributos, como também é lá que estão fixados os limites positivos e negativos da atividade legiferante daquelas pessoas.⁹³

Para este autor, a Constituição está no ápice de uma pirâmide, dando respaldo à norma imediatamente inferior e, assim, sucessivamente, de tal modo que uma se liga à outra, que é seu fundamento de validade.

Para Roque Antonio Carrazza:

O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente. Das normas inferiores, criadas por particulares (os contratos), às constitucionais, forma-se aquilo que se convencionou chamar de pirâmide jurídica. Nela, as normas inferiores buscam validade nas normas que lhe são superiores e, assim, sucessivamente, até as normas constitucionais. É isso que Kelsen queria significar quando apregoava que [...] o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma!. Assim, as normas subordinadas devem harmonizar-se com as superiores, sob pena de deixarem de ter validade, no ordenamento jurídico. Exemplificando: o decreto deve buscar fundamento de validade na lei, e esta, na Constituição. Se, eventualmente, o decreto contrariar a lei, estará fora da pirâmide, a ninguém podendo obrigar. O mesmo podemos dizer da lei, se em descompasso com a Constituição. Isto significa que uma norma inválida não pode produzir efeitos de direito (simplesmente porque não existe, juridicamente falando).⁹⁴

Essas lições têm origem na teoria de Kelsen, para quem:

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situado umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.⁹⁵

Assim, pode-se afirmar que a unidade é o resultado dessa íntima relação de dependência, determinada em razão de uma norma ter sido produzida conforme a outra e se apoiar nela que, a seu turno, teve sua produção determinada por outra

⁹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

⁹⁴ CARRAZZA, Roque Antonio, op. cit., 1999. p. 27.

⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.240.

mais elevada, sucessivamente, até passar pela Constituição e, daí, até a chamada norma fundamental, que não é posta escrita ou fruto do costume.

Para Kelsen⁹⁶, essa norma, apesar de hipotética, é o fundamento de validade final do sistema assim constituído. Sua explicação está na determinação hipotética, segundo a qual se deve obediência aos ditames constitucionais, que efetivamente são obedecidos.

Assim, a norma hipotética fundamental não é escrita e nem precisaria sê-lo, na medida em que, mesmo com uma alteração substancial da ordem constitucional ou com o nascimento de outra Constituição, por exemplo, tal norma hipotética fundamental subsistiria para determinar obediência aos preceitos constitucionais, desta feita os da nova Carta.

Para este autor, havendo uma radical quebra da ordem, subsistiria o dever de obediência à nova Constituição, fazendo com que a norma hipotética fundamental sobrevivesse, fundamentando a superioridade hierárquica das normas constitucionais em relação às demais.

Estabelece-se, então, uma hierarquia entre as várias espécies normativas, de tal modo, obrigando a que a inferior esteja adequada ao comando da superior, permitindo assim obrigar alguém.

Caso a norma inferior não esteja conforme a norma superior, não tem existência sob o ponto de vista jurídico, por evidente não podendo criar obrigação alguma. Neste sentido, de acordo com J. J. Gomes Canotilho:

O carácter das normas de direito constitucional como normas de normas ou fonte primária da produção jurídica implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem as determinantes positivas e negativas das normas inferiores. No quadro deste processo de criação, concebido verticalmente como um 'processo gradual', as normas superiores constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas. Daí a existência de uma hierarquia das fontes do direito, isto é, uma relação hierárquica, verticalmente ordenada, à semelhança de uma 'pirâmide jurídica'.⁹⁷

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999. p.138.

O Direito exige que a norma infraconstitucional esteja em consonância com a Lei maior e, caso assim não ocorra, tem-se inconstitucionalidade, quer material, quer formal.

A inconstitucionalidade *material* surge na hipótese de o conteúdo da norma infraconstitucional ser incompatível com regra ou princípio da Constituição. Já a inconstitucionalidade *formal*, nos casos em que a norma é editada em desconformidade com as regras e procedimentos adequados, esses entendidos como os previamente estabelecidos na própria Constituição.

De acordo com José Afonso da Silva, o constitucionalismo não se contenta com a idéia de Constituição, que apenas define o modo pelo qual serão produzidas as outras normas. Para o autor, a doutrina é pacífica em reconhecer que as Constituições:

Tem por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁹⁸

A Constituição, como lei fundamental do país, traça as linhas basilares de todo o ordenamento jurídico, definindo o modo pelo qual serão produzidas as demais normas, resultando daí sua superioridade, estabelecendo, ainda, como ela própria será reformada, fixando também a organização e os poderes do Estado que funda, além dos direitos e deveres dos indivíduos.

O constituinte de 1988 manteve a Federação como forma do Estado. Assim, dentre as normas de escalão inferior à Constituição Federal, estão as constituições estaduais, instrumentos legislativos que dão organicidade aos Estados-membros.

5.3 Princípios constitucionais

Não parece simples a tarefa de estabelecer o conceito de princípio, assim como não parece fácil a tarefa de desenvolver uma teoria que tenha por base justamente este conceito *indeterminado* do vocábulo princípio. Isto se dá pela falta

⁹⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., 1999. p.46. Neste mesmo sentido, ver: TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.182 e BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p. 40.

absoluta de consenso entre os doutrinadores em torno do tema, começando pela polissemia da expressão, em que Genaro Carrió⁹⁹ aponta existirem na linguagem ordinária ao menos sete significados para o conceito de princípio.

Da mesma forma, Alexy¹⁰⁰ afirma que a distinção entre princípios e regras é confusa e polissêmica, existindo inúmeros critérios para tanto.

Antes mesmo de se adentrar no estudo sobre a caracterização dos princípios no sistema jurídico, é importante fazer uma incursão nas definições do vocábulo "princípio" encontrado em outras áreas, para depois compreender-se o significado específico do vocábulo princípio na Ciência Jurídica. É importante notar que, das definições apresentadas, algumas mais e outras menos especializadas, pode-se retirar essencialmente o significado do vocábulo em estudo.

Inicialmente, no vernáculo, o dicionário Houaiss apresenta várias acepções da palavra "princípio", que mesmo de forma genérica definem um ponto comum:

1. o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início; 2. O que serve de base para alguma coisa; causa primeira, raiz, razão; 3. Ditame moral, regra, lei, preceito; 4. Dito ou provérbio que estabelece norma ou regra; 5. Proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos; 6. Proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio; 7. Fonte ou causa de uma ação; 8. Proposição filosófica que serve para dedução.¹⁰¹

No tocante à "episteme" da palavra, sua origem reporta-se ao latim, na palavra "*principium*", mas quanto à sua origem axiológica, os estudiosos reportam-se à origem grega na expressão "*arjé*", que significa *aquilo do que algo procede*.¹⁰²

A Grécia de Homero e Péricles e toda a filosofia grega desenvolvida há milhares de anos lançaram os fundamentos da civilização ocidental, sem os quais ter-se-ia o empobrecimento da filosofia contemporânea.

Nas obras que retratam o pensamento de Sócrates, Platão e Aristóteles, encontram-se a sistematização e a delimitação dos grandes temas filosóficos, a definição de seu objeto, a elaboração dos seus conceitos. Desta forma, faz-se obrigatório recorrer às definições e conceitos que estes filósofos apresentaram e,

⁹⁹ CARRIÓ, Genaro. In ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001. p.133.

¹⁰⁰ Ibid., 2001. p.111.

¹⁰¹ HOUAISS, Antonio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Ativa, 2001. p. 2298.

¹⁰² SANGUINETI, Juan Jose. **Lógica**. Pamplona: EUNSA, 1982. p.185.

neste sentido, verifica-se que o termo 'princípio' foi introduzido na filosofia por Anaximandro (Simplício, Fís., 24, 13), sendo freqüentemente utilizado por Platão em seus escritos, seja no sentido de causa do movimento, como no sentido de fundamento da demonstração (Fédron. 254 a C; e Teeteto, 155d).

Já Aristóteles enumerou pela primeira vez os significados do vocábulo “princípio”, definindo a metodologia de estudo para o tema, tendo em conta os princípios, enquanto ponto de partida:

1) ponto de partida de um movimento, por exemplo, de uma linha ou de uma rua; 2) ponto de partida melhor, por exemplo, o que faz mais fácil aprender uma coisa; 3) ponto de partida efetivo de uma produção, por exemplo, a quilha de um barco ou os cimentos de uma casa; 4) causa externa de um processo ou de um movimento, por exemplo, um insulto que provoca uma briga; 5) o que, com sua decisão determina movimento ou mudanças, por exemplo, o governo de uma cidade; 6) aquilo pelo qual parte um processo de conhecimento, por exemplo, as premissas de uma demonstração.¹⁰³

Para Aristóteles¹⁰⁴, o termo “causa” tem o mesmo significado, uma vez que todas as causas são princípios, sendo, portanto, o ponto de partida do ser, do porvir e do conhecer. E, dando um salto de séculos, o importante filósofo Immanuel Kant¹⁰⁵ restringiu o termo ao campo do conhecimento, por um lado, entendendo por princípio 'toda proposição geral, ainda inferida por indução da experiência, que possa servir de premissa maior em um silogismo, mas, por outro lado, introduziu a noção de princípio absoluto ou princípio em si, isto é, conhecimentos sintéticos originários e puramente racionais, conhecimentos considerados não subsistentes, mas aos quais a razão recorre em uso dialético.

Daí que a definição filosófica hoje utilizada, segundo ABBAGNANO¹⁰⁶ corresponde a "ponto de partida e de fundamento de um processo qualquer, elemento constitutivo das coisas ou dos acontecimentos". É justamente do estudo filosófico que surge a importante obra de Ortega y Gasset, “*La idea de Principio en Leibniz*”, apresentando a seguinte definição:

Por sua noción abstrata, principio' es aquello que en un orden dado se halla antes que outro. Si A se halla antes que B, decimos que B sigue A y que A antecede o precede B. [...] Lo constitutivo dei principio es, pues, que le siga algo, y no que no le preceda nada. [...] Cuando decimos que una

¹⁰³ ARISTÓTELES, **Metafísica**. São Paulo:Abril Cultural, 1973, v, 1, 1012b, 32-1013 a 19.

¹⁰⁴ Ibid, 1012b, 32-1013 a 19.

¹⁰⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. II, A.

¹⁰⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Colômbia: Fondo de Cultura Econômica. 1997. p. 948.

*proposición es principio de outra, podríamos variar la expresión, sin que ello varíase e la noción, diciendo que la una es fundamento de la verdad de la otra, y que esta está fundada en aquella.*¹⁰⁷

Da concepção filosófica, podem-se destacar dois pontos importantes para a compreensão do significado jurídico que será adotado neste estudo. Primeiro, a definição de 'princípio' enquanto ponto de partida – origem, e o segundo, como fundamento de um processo qualquer. Muitos pensadores da Ciência do Direito, partindo desses conceitos filosóficos, definiram os princípios como pré-existentes ao sistema, ou como fundamento das demais normas, conotando um sentido abstrato a eles, que não significa o seu relativismo. Assim afirma Luís de Diez Picaso¹⁰⁸, de forma clara, evocando o pensamento do jurista espanhol F. de Castro, que os “Princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Por isso que muitos autores afirmam que na idéia de princípio repousa a essência de uma ordem, a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, a qual todas as demais idéias se subordinam.

Nesse sentido, é interessante analisar o conteúdo da definição de princípio constante no vocabulário jurídico:

No sentido jurídico, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda a espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser lida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da ciência jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.¹⁰⁹

¹⁰⁷ ORTEGA Y GASSET, Jose. **La Idea de principio em Leibniz** Madrid: Revista de Occidente, 1967. v.1. p. 264.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 229.

¹⁰⁹ PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. III. p. 1220.

A polissemia encontrada no termo "princípio" não é benéfica para a Ciência Jurídica, visto que a confusão de conceitos pode induzir à aplicação equivocada de direitos. Tanto existe para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, quanto para designar determinados tipos de normas jurídicas ou até para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos do direito ou normas legais vigentes.¹¹⁰

Apesar de se verificar que todas as definições acima descritas possuem pontos comuns, é verdade que, ao longo da história, as diversas correntes jusfilosóficas interpretaram e utilizaram os princípios de maneiras diversas. As diferenças existem entre autores da concepção positivista e jusnaturalista, como de autores civilistas e constitucionalistas. O entendimento desta autora é de que nos dois aspectos verificam-se a evolução do conceito de princípio e a retomada do fundamento da valorização da Constituição e do fortalecimento da democracia. Não se pretende apresentar uma definição própria de princípio, utilizar-se-á a definição apresentada pelo jurista italiano Vézio Crisafulli, a qual se apresentou mais completa:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém¹¹¹

Na lição de Carlos Ary Sundfeld¹¹², segundo a qual constitui a idéia central de um sistema, dando sentido lógico, harmonioso, racional e a permitir a compreensão de seu modo de se organizar.

Sob o aspecto jurídico, Roque Antonio Carraza define princípio da seguinte forma:

É um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.¹¹³

¹¹⁰ ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 2002. p. 55.

¹¹¹ CRISAFULLI, Vézio. **La costituzione e lê sue disposizioni di principio**. Milão: Giuffrè, 1952. p. 15.

¹¹² SUNDFELD, Ary, op. cit., 2002. p. 137.

¹¹³ CARRAZA, Roque Antonio, op. cit., 1999. p. 31.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio - já averberamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.¹¹⁴

Daí dizer-se que ofender um princípio é muito mais que atingir uma regra, ainda que ambos tenham o *status* constitucional. Esses princípios devem, portanto, ser observados por ocasião tanto da elaboração quanto da aplicação de qualquer norma, inclusive as constituições estaduais, sob pena de inconstitucionalidade.

5.3.1 *Classificação dos princípios jurídicos constitucionais*

Dada a importância dos princípios constitucionais na esfera do Direito Constitucional, ocupa-se a doutrina, seja pátria, seja alienígena, de delinear tipos que permitem a classificação destes princípios. Canotilho divide os princípios no âmbito constitucional em quatro tipos: 1. princípios jurídicos fundamentais; 2. Princípios políticos constitucionalmente conformadores; 3. Os princípios constitucionais impositivos; 4. Os princípios-garantia, tratando de definir cada um deles, respectivamente, conforme a seguir:

Consideram-se **princípios jurídicos fundamentais** os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. (...)

Designam-se por **princípios politicamente conformadores** os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador

¹¹⁴ MELLO Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230.

constituente. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. (...)

Nos **princípios constitucionais impositivos** subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. (...)

Há outros princípios que visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa.¹¹⁵

Importante observar que Canotilho¹¹⁶, ao tipificar os princípios, tratou de exemplificar cada um deles. No tipo um, como exemplo, cita o princípio da publicidade dos actos jurídicos, princípio da proibição de excesso, princípio de acesso ao direito e aos tribunais e princípio da imparcialidade da administração; no segundo, exemplifica com o princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio pluralista, princípio de separação e interdependência dos poderes e princípios eleitorais; no terceiro menciona o princípio socialista e o princípio da socialização dos meios de produção, no último traz como modelo o princípio de *nullum crime sine lege* e de *nulla poena sine lege*, princípio do juiz natural, os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo*.

Entre os autores brasileiros, José Afonso da Silva¹¹⁷ faz a classificação dos princípios constitucionais em duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais. Os princípios da primeira categoria constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo. São positivadas em normas-princípios que traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição, assim expressas no Direito Constitucional positivo (art. 1º ao 4º, do Título I da Constituição Federal de 1988). A segunda espécie de princípios são os constitucionais gerais informadores da ordem jurídica da nação, que decorrem de certas normas constitucionais, e apresentam-se como desdobramentos dos

¹¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999. p.1165, 1166, 1167.

¹¹⁶ Ibid. p.1165, 1166, 1167.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit., 1999. p.95.

fundamentais. Cita o autor vários exemplos, como o princípio da supremacia da Constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade.

Paulo Bonavides ressalta a importância dos princípios, sobretudo, da constitucionalização e da normatividade de que são dotados os princípios, que tem ocorrido a partir do Século XX, todavia, não chega a fazer uma classificação dos princípios constitucionais. Vai mais além, afirmando que os princípios constitucionais outra coisa não representaram senão os princípios gerais do Direito, e arremata:

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de posituação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica vazada em conceitos de sua relevância.¹¹⁸

Eros Roberto Grau¹¹⁹, ao discorrer sobre princípios, procede um estudo enfocando diversos autores, tanto nacionais quanto estrangeiros. Neste contexto faz a divisão em: princípios que constituem regras jurídicas que correspondem aos princípios jurídicos positivos, ou seja, são as normas explicitamente dispostas no texto do direito positivo e princípios gerais do direito que não são expressamente formulados em textos normativos, todavia, são diversas vezes tomados de modo decisivo pelo intérprete ou aplicador do direito para fixar situações ou decisões jurídicas.

Importa ressaltar que todos os doutrinadores citados são unânimes em afirmar que a importância dos princípios é extrema, sobretudo quando inseridos no nível constitucional, tendo em vista que a interpretação das normas deve ser sempre determinada pelos princípios.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 263.

¹¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 80.

5.3.2 *A separação de poderes como princípio fundamental da República Federativa do Brasil*

O princípio da separação dos poderes do Estado, que é o tema deste estudo, está formulado no artigo 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, constituindo-se, portanto, como princípio constitucional positivo, no dizer de Eros Grau, que comenta:

Pois bem quanto aos princípios positivos do direito, evidentemente reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas. Quem o contestasse forçosamente teria de admitir, tomando-se a Constituição, que nela divisa enunciados que não são normas jurídicas. Assim, por exemplo, quem o fizesse haveria de admitir que o art. 5, caput, da Constituição de 1988, não enuncia norma jurídica ao afirmar que “todos são iguais perante a lei...” Isso, no entanto, é insustentável, visto que temos aí, nitidamente – tal como nos arts. 1, 2, 17, 18, 37, v.g, - autênticas espécies de norma jurídicas¹²⁰

O princípio da separação de poderes, por se tratar de princípio constitucional fundamental, é de respeito obrigatório. Tendo em vista a importância que representa para o sistema de normas, funciona como vetor de interpretação e de integração, dando coerência a todo o sistema.

Ao comentar sobre o destaque dos princípios no sistema de normas, Paulo Bonavides esclarece:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam doravante, as normas supremas do ordenamento jurídico. Servindo de pauta ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalidade, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas.¹²¹

Importa acentuar que na classificação dos princípios proposta por Canotilho, conforme explanado no item anterior, o da separação de poderes insere-se nos

¹²⁰ Ibid. p. 111.

¹²¹ Ibid, p.260-261.

princípios políticos constitucionalmente conformadores, corroborando com o esposado, em que se defende a obrigatoriedade do respeito ao princípio da separação de poderes, fazendo o seguinte comentário:

Tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios normativos, retrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em atividades interpretativas, seja em atos inequivocamente conformadores (leis, actos políticos)¹²²

Ademais, a aplicação do princípio da separação de poderes, que deve espalhar-se por todo o sistema jurídico, sob pena de inconstitucionalidade, não se limita a servir de luz interpretativa. É necessária, sobretudo, a garantia aos direitos fundamentais, ao respeito ao Estado Democrático de Direito e à própria Constituição, razão porque todos os órgãos que aplicam o direito devem observar o seu cumprimento.

Ressaltando a importância do uso do princípio da separação de poderes, Gisela Maria Bester escreveu:

Na sequência o art. 2º trata do princípio da separação dos poderes, que talvez seja justamente o que a Constituição tenha de mais caro, inclusive historicamente, por ser a garantia básica do cidadão contra o exercício arbitrário do poder pela autoridade pública. Explicamos: a separação dos poderes no fundo foi o meio encontrado para conter o poder unitário do governante nas suas investidas contra a liberdade dos governados (em tal época, súditos), vale dizer, contra os direitos destes. Logo, a separação dos poderes existe para limitar o poder em relação aos direitos dos cidadãos, isto é encontra sua razão no possibilitar o respeito a esses direitos.¹²³

O princípio da separação de poderes funciona como alicerce do sistema, mais do que norma encerra as diretrizes do sistema, dando-lhe a tônica e o seu sentido geral, por se tratar de princípio constitucional que fundamenta a forma de existência do Estado.

Canotilho acentua a importância do princípio da separação de poderes para a garantia da Constituição:

Embora não sejam tradicionalmente incluídos nos mecanismos de defesa da constituição, tem também carácter garantístico a *ordenação constitucional de funções* e o esquema de controlos interorgânicos e intra-orgânicos dos órgãos de soberania. O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição,

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999. p. 1166.

¹²³ BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005. v.1. p. 299-300.

pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da constituição.¹²⁴

É, portanto, salutar as palavras de Paulo Bonavides sobre o assunto:

De tudo quanto fica escrito, se infere a conclusão fundamental de que o velho princípio rejuvenesceu por obra de intérpretes e aplicadores de um direito constitucional da liberdade. Voltou assim a fruir a plena atualidade das ocasiões em que foi emblema de resistência a poderes autocráticos e a forma de governo havidas por usurpadoras de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.¹²⁵

E acrescenta :

Onde houver pois, lesões à liberdade e ao Estado de Direito, aí sempre haverá lugar para invocar-se a tutela do princípio e conjurar prosperem ofensas aos valores que ele representa na ordem jurídica. Nomeadamente quando se sabe que o nosso Direito Constitucional, conforme vamos demonstrar, nunca se afastou de uma aliança solene e formal com aquela garantia básica, tão bem estampada e reiterada no art. 2º da Constituição Federal vigente.¹²⁶

O princípio da separação de poderes, portanto, fortalece sobremaneira o Estado Democrático de Direito, com a sua efetiva aplicação em respeito à ordem jurídica vigente no Brasil, instaurada com a Constituição Federal, por se constituir uma de suas vigas mestras.

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999. p.861.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2001. p. 512.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2001. p. 512.

6 A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – O EXCESSO NAS RESOLUÇÕES

No decorrer do presente estudo, não obstante tenha sido afirmado que a separação de poderes vem atravessando os tempos, sendo hoje princípio constitucional positivado no art. 2º da Constituição Federal de 1988, portanto, de cumprimento obrigatório, importa agora analisar se este princípio tem sido efetivamente respeitado na prática política atual e as conseqüências advindas.

6.1 Interferência de um poder no outro – o poder regulamentar e a edição de resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral

Como estudado nos capítulos anteriores, cada poder exerce função típica, precípua, entretanto, cada poder exerce minimamente as atribuições dos outros dois. A teoria da separação dos poderes em sua concepção atual reconhece que cada Poder tem funções típicas (Executiva, Legislativa e Judiciária) e atípicas, ou seja, cada qual exerce preponderantemente sua função elementar, mas também exerce, ainda que em menor grau, atividades que são tipicamente de outros Poderes.

Neste sentido, pretende-se analisar se a delegação de função legiferante aos outros poderes, Judiciário e Executivo, no caso específico de poder regulamentar, sobretudo ao Tribunal Superior Eleitoral, é permitido dele utilizar-se, bem como se o uso desta atribuição viola ou não o princípio da separação de poderes.

O poder regulamentar pode ser conceituado, de acordo com Diógenes Gasparini, como: “atribuição privativa do Chefe do Executivo para mediante decreto expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la”¹²⁷.

¹²⁷ GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 8 ed, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 114.

Hely Lopes define poder regulamentar como:

O poder regulamentar é a faculdade de dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV) e por isso mesmo indelegável a qualquer subordinado¹²⁸.

Para Seabra Fagundes, a faculdade de regulamentar:

Prende-se em essência ao texto legal. O seu objetivo é tão somente facilitar, pela especificação do processo executório e pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo.¹²⁹

Ataliba faz detalhado comentário sobre a que se destina o regulamento:

Regulando o modo de aplicação das leis – como o regulamento é ato subordinado à lei, não lhe pode ampliar o conteúdo, nem restringi-lo. Sua específica finalidade não é - como pensam os leigos jornalisticamente informados – completar a lei, nem explicá-la (função dos juristas) nem minuciá-la, mas dispor sobre a maneira pela qual os agentes administrativos irão, com fidelidade e exatidão fazê-la cumprida, providenciar sua efetiva aplicação, assegurar a eficácia de seus mandamentos¹³⁰.

Tradicionalmente, no Brasil, a Constituição Federal conferiu apenas ao Poder Executivo o exercício do poder regulamentar. A Constituição Federal de 1891, em seu art. 48, 1º; Constituição Federal de 1934, em seu art. 56, 1º; Constituição Federal de 1937, em seu art. 74, a; Constituição Federal de 1946, em seu art. 87, I; CF/1967, art. 83, II. Com exceção do texto de 1934, que atribuía ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para “regular a forma e o processo dos recursos de que lhe caiba conhecer” (art. 83, 6º).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 84, IV, estabelece:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
omissis

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 17 ed, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 111-112.

¹²⁹ FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5 ed. São Paulo:Forense, 1979, pág. 24.

¹³⁰ ATALIBA, op. cit. 2007, p. 139.

Observa-se que a norma constitucional tratou de restringir ao Presidente da República o poder de expedir normas regulamentadoras para a fiel execução das leis federais, todavia, sem fazer distinção entre normas comuns e normas eleitorais.

Entretanto, em oposição ao previsto na Constituição Federal, o Código Eleitoral vigente (Lei 4737/65), já no artigo 1º e em seu art. 23, disciplina a competência privativa do Tribunal Superior Eleitoral, nos seguintes termos:

Art. 1º. Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.

...

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

(...)

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

(...)

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político;

(...)

XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

A Lei das Eleições (Lei n. 9.504/96), hoje em vigor, em seu art. 105, também dispõe:

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.

O poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral está subordinado às leis, sendo, portanto, uma competência regulamentar de segundo grau, exatamente pelo fato de ser conferida pela lei eleitoral.

Em virtude do texto expresso da lei, a doutrina pátria predominante admite o poder regulamentar da Justiça Eleitoral, todavia este poder legiferante não pode ser exercido contra a lei e a Constituição Federal.

Fávila Ribeiro ressalta a possibilidade do exercício do poder regulamentar pela Justiça Eleitoral:

Merece ainda especial referência a atribuição que foi consignada à Justiça Eleitoral, de modo específico ao Tribunal Superior Eleitoral, para emissão de atos normativos, com força regulamentar. Essa competência emergiu com o

Código Eleitoral e vem oferecendo alentadores resultados, tanto que diplomas legislativos posteriores abriram-lhe novos campos de incidência.

¹³¹.

Portanto, cumpre ao Tribunal Superior Eleitoral utilizar-se do poder normativo que lhe é atribuído, sem ferir a função legislativa que é da competência do Poder Legislativo, em face da proibição feita pela própria Constituição Federal, em matérias formalmente reservadas à lei, em conseqüente respeito ao princípio da separação de poderes.

Acatando esta ordem de idéias, Ramayana discorre acerca do poder regulamentar da Justiça Eleitoral:

Formalmente, o poder regulamentar, em matéria eleitoral, processa-se através de resoluções e instruções sobre propaganda eleitoral, votação, apuração, registro de candidatos, calendários eleitorais e outras.

Sobre essa matéria, impende observar que o poder regulamentar deve situar-se *secundum legem*, sob pena de invalidação e, em atendimento ao disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, pois "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

É cabível, portanto, um controle pelos partidos políticos e Ministério Público, quando se detectar um extensão demasiada na regulamentação da matéria, axiomada a regulamentação *contra legem*; além de ser viável o ajuizamento do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) nas hipóteses de inércia do órgão regulamentador, ou seja, na ausência de norma regulamentadora sobre determinada matéria eleitoral.¹³²

Assim, a doutrina que aceita a competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral a justifica como decorrente da lei, onde encontra seu limite, e não da Constituição Federal, diferentemente do que ocorre com a atribuição regulamentar conferida ao Presidente da República.

Nesse sentido, veja-se o comentário de Elcias Ferreira da Costa:

14. Instruções do TSE - Competência oriunda, não da Constituição, mas de lei ordinária, doravante lei complementar (CF, art. 121), é a atribuição que se defere ao TSE para expedir instruções destinadas à perfeita e fiel execução da lei sobre matéria eleitoral e a de responder a consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade com jurisdição federal ou por órgão nacional de partido político (CE, art. 23, incs. IX e XII). Enquanto a competência de regulamentar leis vem expressamente deferida pela Constituição Federal ao Presidente da República, a competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral origina-se de uma simples norma infraconstitucional, a Lei nº 4.737.¹³³

¹³¹ RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p.102.

¹³² RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p.60/61.

¹³³ COSTA, Elcias Ferreira da. **Direito eleitoral: legislação, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.24.

Ramayana¹³⁴, em comentário ao artigo 23, IX, do Código Eleitoral, complementa sua posição afirmando que o poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral é atípico, mas necessário, pois com base nas instruções e resoluções eleitorais expedidas é que se consegue editar regras que explicitem o processo eleitoral, seja no registro de candidatos, propaganda eleitoral, prestação de contas, votação, apuração, enfim, que pormenorizem como será realizada a eleição.

Neste contexto, segundo Guimarães Moreira:

Assim, há que se distinguir na Constituição campos em que a atuação do Legislativo é soberana daqueles que se faz possível o regramento por membros de outros Poderes. Esta distinção leva a outra, entre lei e norma, bem como faz a doutrina atribuir à função normativa a qualidade de gênero, do qual seriam espécies a função legislativa e a função regulamentar. Essa seria exercida por todos os Poderes, enquanto aquela é privativa do Legislativo.¹³⁵

Esta necessidade regulamentar da Justiça Eleitoral se torna premente, tendo em vista que o processo eleitoral exige celeridade, que é operacionalizada através da normatização feita pelo Tribunal Superior Eleitoral, que sem dúvida será mais difícil de ser alcançada se dependesse de outro órgão de poder (legislativo) para sua concretização, tendo em vista que a Justiça Eleitoral é encarregada de presidir, organizar, enfim, promover as eleições, devendo proceder todos os atos necessários para cumprir com a sua finalidade.

Olivar Coneglian¹³⁶, em artigo publicado sobre as diferenças da Justiça Eleitoral, cita a posição do ministro Néry da Silveira, e aponta que assim como é atribuído ao Poder Executivo a regulamentação das leis ordinárias, ao Poder Judiciário Eleitoral compete, como poder executivo das eleições, regulamentar as leis eleitorais, o fazendo por meio de resoluções, que possui duas fontes: a regulamentação em si mesma, na forma de instrução; e a regulamentação por meio de resposta a consultas.

¹³⁴RAMAYANA, Marcos. **Código eleitoral Comentado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2005. p.74.

¹³⁵ MOREIRA, Ricardo Guimarães. Poder Regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários em face dos princípios da legalidade e separação de poderes. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, Malheiros, nº 131, p. 131, 2003.

¹³⁶ CONEGLIAN, Olivar. **A Justiça Eleitoral: O Poder Executivo das Eleições, uma Justiça Diferente**. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo, Coordenador. **Direito Eleitoral Contemporâneo: Doutrina e Jurisprudência**, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 69..

Coneglian¹³⁷ complementa este interessante comentário afirmando que se houver necessidade de se conceituar ou definir as resoluções da Justiça Eleitoral, elas ocupam a mesma categoria dos decretos regulamentadores de leis ordinárias nascidos do executivo. Como as leis eleitorais são federais, a regulamentação está a cargo do TSE.

Com fundamento na legislação eleitoral, Tales Tácito¹³⁸ compreende que o Tribunal Superior Eleitoral pode usar das resoluções para disciplinar as eleições brasileiras, que pode ser feito de duas formas: 1- ato normativo primário de caráter autônomo e alcance geral, normatiza situação não regulada pela norma geral de apoio; e 2- ato normativo secundário – de caráter acessório, apenas se presta a interpretar uma lei eleitoral.

O Judiciário, em resposta à consulta de nº 715, através do voto do Ministro Sepulveda Pertence, se pronunciou:

Senhor Presidente, dispõe o art. 23, IX, do Código Eleitoral competir ao TSE expedir as instruções que julgar convenientes a execução deste código. Cuida-se de competência normativa, mas de hierarquia infralegal. O juízo de conveniência confiado ao TSE, tem por objeto a *expedição ou não da instrução*, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do código e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, está subordinado à Constituição e a lei. É verdade além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juizes a opção do legislador: por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparente da Constituição ou da lei, vale dizer, o *silêncio eloqüente* de uma ou de outra

A competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral tem sido reconhecida pacificamente pelo próprio tribunal, conforme decisões como esta que se apresenta a seguir:

“(...) A teor do Código Eleitoral (art. 23, IX), o TSE tem competência para baixar instruções regulamentando normas legais de Direito Eleitoral.”
(Ac. nº 25.112, de 19.12.2005, rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

No contexto desta competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral, diversas discussões têm sido travadas acerca do conteúdo das resoluções editadas,

¹³⁷ Ibid., p. 70

¹³⁸ CERQUEIRA, Tales Tácito Pontes Luz de Pádua, **Direito Eleitoral Brasileiro**, 3 ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 1398-1399

considerando que as mesmas devem pautar-se de acordo com a lei, tendo em vista a necessidade de respeito às atribuições do Poder Legislativo.

Torquato Jardim comenta sobre as resoluções, nos seguintes termos:

Com elas expede o Tribunal as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou julga os litígios e controvérsias de natureza judicial (Cód. El., arts. 23, IX e 22). Os Tribunais e Juízos inferiores lhe devem cumprimento imediato (Cód. El., art. 21).

As Resoluções são decisões, administrativas ou judiciais, que têm por função dar eficácia legal e eficácia social às normas constitucionais e legais eleitorais, (a) explicando os seus fins e traduzindo em linguagem acessível ao eleitorado, aos candidatos e aos partidos políticos, os requisitos e os procedimentos adequados ao exercício da cidadania, ou (b) pondo termo ao processo judicial.¹³⁹

Em artigo tratando de matéria eleitoral, o promotor de Justiça Carlos Augusto Alcântara Machado fala da mesma questão, considerando que o Tribunal Superior Eleitoral não pode, corroborando com a maneira que vem sendo tratado neste estudo, exercitar o seu poder normativo em confronto com a lei:

Quer nos parecer que laborou em equívoco o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, pelas razões aduzidas:

1º) O poder regulamentar conferido ao TSE é semelhante àquele previsto no art. 84, IV da Carta Magna para o Presidente da República. Aqui, autoriza-se o Chefe do Executivo Federal a expedir regulamentos para a *fiel execução das leis*, não dispondo de competência para inovar na ordem jurídica de forma abstrata, criando situações não previstas em lei ou mesmo de forma diversa da preceituada no texto legal. Isso, especificamente, pelo fato de que a matéria eleitoral necessariamente **deverá ser veiculada em lei formal**, conforme determina o art. 16 da Carta Constitucional vigente, observando-se, ainda, a **anualidade** (*"A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência*).

2º) Não dispondo de poder normativo geral, o Tribunal Superior Eleitoral somente agirá *sub lege* quando da expedição de *instruções para a execução das respectivas leis eleitorais*.¹⁴⁰

Observa-se que existe uma coerência entre os doutrinadores, quanto à possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral exercitar a competência normativa para regular os aspectos referentes ao processo eleitoral, contanto que este exercício ocorra na esfera de sua atribuição, respeitando os limites preconizados na lei

¹³⁹JARDIM, Torquato. **Direito eleitoral positivo, com a nova lei eleitoral**, Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2 ed., 1998, pág. 110.

¹⁴⁰MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 07 nov. 2007.

Não se pode olvidar que quando o legislador confere ao Tribunal Superior Eleitoral a tarefa de “expedir instruções que julgar convenientes” para a execução da lei eleitoral não tem o poder de dar a liberdade de invadir a competência constitucional de um dos outros poderes da República, no caso o Legislativo.

O mandamento constitucional do art. 2º da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a tripartição de poderes, determina áreas próprias e exclusivas de ação para cada órgão de poder. A independência recíproca prevista no mencionado mandamento significa que cada qual desempenhe suas atribuições livremente, na medida em que sem interferir na área dos demais e sem deles sofrer ingerência. Enquanto a harmonia determina que cada poder, nos limites de suas competências, coopere com os demais, preste colaboração como resultado das normas constitucionais.

6.2 Análise Crítica do Conteúdo da Resolução n. 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral

Com efeito, neste estudo importa debater sobre a recente resolução n. 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, que trata da questão da fidelidade partidária.

Em 27 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral editou a mencionada resolução disciplinando o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Serão analisados alguns aspectos da resolução, no tocante à invasão da esfera de competência conferida ao Poder Legislativo pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Com efeito, de início, esta autora entende e não concorda que o Tribunal Superior Eleitoral possa legislar introduzindo normas novas, por considerar que o exercício da função legislativa deve ser efetivamente exercido pelo Poder Legislativo precipuamente, a menos que haja disposição constitucional para tal mister, o que não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

Adriano Soares da Costa possui este entendimento:

Doutra banda, penso que função legislativa não deva ser exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral, ainda quando, a pretexto de regulamentar a

legislação eleitoral, venha a introduzir normas nova no sistema, como recentemente ocorreu com a chamada verticalização das coligações. Regulamentar não é legislar. Resultado: uma reação grave do Poder Legislativo, uma desconfiança generalizada e um sentimento de insegurança jurídica.¹⁴¹

De outro modo, considerando que a legislação eleitoral admite a competência do Tribunal Superior Eleitoral para editar resoluções, é certo que a emissão deve ficar adstrita ao permitido pela lei. Entretanto, na resolução de n. 22.610/2007, que se comenta, o Tribunal Superior Eleitoral invadiu a esfera de competência reservada ao Poder Legislativo, tendo em vista que a matéria nela tratada está reservada à lei no sentido estrito, considerando-se que compreende norma que restringe direitos e cria obrigações.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. (Celso de Mello, AC-AgR-QO 1.033/DF, dia 25 de maio de 2006).

Decisão

O Tribunal, à unanimidade, referendou a decisão de fls. 421 a 432, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence e, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 25.05.2006.

As normas da Resolução nº 22.610, do Tribunal Superior Eleitoral, que veiculou o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária, legislando sobre direito processual, eleitoral, afiguram-se inconstitucionais e ilegais porque violam os arts. 2º, 5º, II, e 22, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, a resolução viola os princípios da legalidade e da separação de Poderes (2º e 5º II, CF).

O Tribunal Superior Eleitoral não pode legislar sobre matéria eleitoral, porque a competência legislativa é privativa do Poder Legislativo (ressalvadas algumas exceções, como as medidas provisórias do Presidente da República), cabendo-lhe, tão somente, regulamentar as eleições.

¹⁴¹ COSTA, Adriano Soares da Costa. **Instituições de Direito Eleitoral**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.XIV.

Agora, ao introduzir no sistema uma nova norma que regerá o processo de perda de mandato eletivo, bem assim a justificção de desfiliação partidária, o Tribunal Superior Eleitoral legislou, transbordando de sua competência para regulamentar, ou, até mesmo, de seu poder para compatibilizar a lei ao sistema, violando os princípios da separação de poderes e da legalidade.

Geraldo Ataliba comenta:

No princípio constitucional da separação de poderes também está um peremptório limite material ao regulamento: não pode ele por fim a controvérsias, em torno da aplicação do Direito, de modo definitivo (isto próprio da decisão judicial); nem pode inovar inauguralmente a ordem jurídica. É próprio da lei o criar, extinguir ou modificar normativamente direitos de modo inauguralmente inovador. Só órgão legislativo no nosso sistema, tem competência para modificar, no plano normativo, a ordem jurídica. Só os órgãos representativos podem instaurar ou suprimir direitos ou situações genéricas e abstratas¹⁴².

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, adota o princípio da legalidade explicitamente ao prescrever que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, sendo que lei aqui é no sentido formal, de acordo com o processo legislativo previsto na própria Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello elucida bem a questão:

"O texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.' Note-se que o preceptivo não diz 'decreto', 'regulamento', 'portaria', 'resolução' ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas".¹⁴³

Os esclarecimentos do autor deixam evidenciado, que o Tribunal Superior Eleitoral não pode dispor sobre matéria reservada à lei, como sói acontecer na Resolução que se comenta.

¹⁴² ATALIBA, op. cit., 2007, p.146.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 297.

Mas foi além, ao editar a resolução o Tribunal Superior Eleitoral invadiu competência privativa da União, expressa no artigo 22 da Constituição Federal, vejamos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual, eleitoral**, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

O ato normativo editado pelo Tribunal Superior Eleitoral, ou seja, pelo Poder Judiciário, usurpou as atribuições conferidas pela Constituição Federal ao Congresso Nacional, portanto, ao Poder Legislativo, para legislar sobre direito processual, eleitoral, como se vê no art. 22, I e sobre cidadania, inciso XIII do mesmo artigo acima transcrito.

A Resolução fere frontalmente os comandos constitucionais, especificamente, nos seguintes aspectos: cria tipos de exclusão partidária, define hipótese de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária, atribuindo inclusive a quem tenha interesse jurídico e ao Ministério Público, legitimidade ativa para requerimento de cassação ao partido, cria prazos processuais, estabelece presunção de veracidade dos fatos, no caso de revelia, estipula número máximo de testemunhas, impondo às partes o dever de levar testemunhas ao relator, dispõe sobre ônus da prova, estabelece efeito recursal devolutivo e impede recurso ao próprio Tribunal Superior Eleitoral. Tais normas inegavelmente ferem os dispositivos constitucionais.

Portanto, não é permitido ao Tribunal Superior Eleitoral, sob o manto do poder normativo que lhe é conferido pela legislação eleitoral, exorbitar dos seus limites, por constituir ofensa grave aos comandos constitucionais, que possuem supremacia sobre as demais normas, estando no escalão superior servindo de fundamento às normas infraconstitucionais, assunto que se tratou no capítulo anterior.

Nesta linha de entendimento, é salutar trazer as palavras de Derly Barreto, sobre o assunto:

Em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro governado por uma Constituição rígida, é inadmissível o exercício do poder público sobranceiro aos seus comandos. Todos os órgãos estatais estão colhidos por suas prescrições, e assim se encontram porque são por natureza,

poderes limitados. Não há que se falar, pois de soberania do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, mas de supremacia da Constituição.¹⁴⁴

Portanto, a construção da legislação de natureza eleitoral, mesmo na urgência do momento, não pode ser conflitante com a Constituição Federal, menosprezar-lhe de pronto os princípios, já que são derivados deles os mecanismos de validade e legitimação de todo o plano normativo, sobretudo, o da separação de poderes, que define o cunho das funções a serem desempenhadas por cada órgão de poder.

Não se pode olvidar que o princípio da separação de poderes é dotado do mecanismo de freios e contrapesos, positivado na Constituição Federal em diversos artigos, exatamente, para conferir equilíbrio aos poderes, que devem ser harmônicos e independentes, mas nunca autorizando que sejam usurpadas as funções precípuas que cada um dos três poderes exerce.

Ao contrário, o mecanismo de freios e contrapesos se destina exatamente a que cada um dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, tanto descentralize como exerça um certo controle sobre os outros, como característica do princípio da separação de poderes, nas modernas democracias, como ocorre no Brasil.

Assim, por violar o princípio da separação de poderes, a edição da resolução de n. 22.610/2007, o Poder Legislativo, no uso de sua competência, pode valer-se do mecanismo dos freios e contrapesos, positivado na Constituição Federal, no caso o art. 49, que dispõe:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

(...)

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

Assim, o Poder Legislativo, no desempenho de suas funções constitucionais, dispõe de competência e legitimidade para contrapor-se às normas editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral na resolução que trata da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, podendo, com fundamento no dispositivo constitucional acima

¹⁴⁴ SILVA FILHO, Derly Barreto e, **Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário**, São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 126.

transcrito, “zelar pela sua competência legislativa em face da atribuição normativa conferida a outros poderes”.

Se o Tribunal Superior Eleitoral, no uso de sua competência normativa, conferida pela lei, extrapolou os limites permitidos, invadindo esfera do Poder Legislativo, conforme já se afirmou, o Poder Legislativo deve utilizar-se da via do Decreto Legislativo para promover a sustação do ato, que é exatamente a resolução que se analisa. Assim o fazendo, estará efetivando o princípio da separação de poderes positivado no art. 2º da Constituição Federal.

É certo que poderia o Poder Legislativo dispor de outros caminhos para zelar pela sua competência, tais como: tentar a invalidação da resolução perante o Poder Judiciário, como consectário lógico do Estado Democrático de Direito. Neste caso, entende-se que não seria uma boa escolha, tendo em vista que a norma impugnada é de autoria do próprio Poder Judiciário, que por certo perderia a imparcialidade na apreciação do caso.

Por outro lado, o Poder Legislativo tem a seu dispor o uso de sua competência própria, em que pode editar lei substituindo a resolução excrescente, todavia, através de um processo legislativo mais demorado, nos moldes preconizados pela Constituição Federal, no art. 59 e seguintes, que tratam do processo legislativo.

Para concreção da separação de poderes, que se constitui como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, entende-se que a melhor escolha seja a emissão de Decreto Legislativo sustando a resolução, que extrapolou os limites da normatividade conferida ao Tribunal Superior Eleitoral.

Observa-se na cena política atual que o Poder Legislativo, em resposta à atitude do Tribunal Superior Eleitoral, teve o mesmo entendimento exposto acima, ou seja, os parlamentares reagiram à invasão de sua competência, optando por apresentar projeto de decreto legislativo para sustar a resolução comentada, que se encontra em fase de tramitação na Câmara dos Deputados.

Com isso o sistema de normas se fecha, eis que com a utilização do princípio da separação de poderes em sua moderna concepção, com o mecanismo de freios e contrapesos que confere equilíbrio ao princípio, tem-se que a eficácia foi atingida.

Assim, conclui-se que o poder regulamentar é conferido pela Constituição Federal ao Chefe do Poder Executivo, nas três esferas governamentais, para dar fiel cumprimento à execução das leis. O Tribunal Superior Eleitoral, como poder Judiciário, possui atribuição de expedir normas para a operacionalização das eleições, conferida pela legislação eleitoral, que deve ser sempre de acordo com a lei, sob pena de usurpar a competência do Poder Legislativo, ferindo a Constituição Federal, sobretudo o princípio da separação de poderes.

Esta faculdade normativa é, majoritariamente, aceita pela doutrina, que, todavia, entende que deve ser sempre de acordo com a lei, ou seja, não pode inovar. O próprio Tribunal Superior Eleitoral também aceita pacificamente.

Na análise da Resolução n. 22.610/2007, observa-se que o Tribunal Superior Eleitoral violou o princípio da separação de poderes, da legalidade, usurpando a competência do Poder Legislativo, tendo em vista que trata de matérias reservada à lei em sentido estrito, considerando que cria norma que restringe direitos e impõe obrigações.

O Poder Legislativo, no uso de sua competência constitucional, em virtude do princípio da separação de poderes, pode sustar através de Decreto Legislativo a Resolução n. 21.610/2007, editada em desacordo com os ditames preconizados no ordenamento jurídico brasileiro, para efetivação do princípio da separação de poderes.

CONCLUSÃO

Pelos estudos feitos, abordou-se inicialmente a forma como o poder exterioriza-se, ficando certo que é no campo político que o poder ganha destaque, caracterizando-se pela indivisibilidade, unidade e indelegabilidade. Diante da unidade do poder, o Estado desempenha tarefas através de três funções: executiva, legislativa e jurisdicional.

A separação de poderes consiste na divisão funcional do poder político do Estado com atribuição de cada função estatal básica a um órgão independente e especializado. A função legislativa desempenha o papel de elaboração de regras gerais, abstratas, impessoais impostas coativamente a todos denominadas de leis. A função executiva consiste na administração do Estado, em obediência às leis elaboradas pelo Poder Legislativo. A função jurisdicional tem por escopo a aplicação do Direito nos casos concretos, a fim de elucidar os conflitos de interesse. Estas são as funções típicas ou precípua, no entanto, parte de cada uma das funções é desempenhada minimamente pelos outros poderes, constituindo-se em exercício de função atípica.

Percebe-se que, embora o princípio da separação de poderes tenha surgido como oposição ao absolutismo, e encontre suas origens ainda na Antigüidade, sua sistematização mais divulgada e célebre se deu em Montesquieu que, considerando a natureza das funções, identificou as três espécies de poder: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual servindo como contrapeso à atuação do outro, finalizando com a necessidade de cada um deles ser exercido por pessoas diferentes.

A Constituição de 1988 dispõe, em seu art. 2º, que “*são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o executivo, o legislativo e o judiciário*”. Ao instituí-los, definiu a organização, atribuiu deveres, direitos e garantias aos seus membros, o fez equilibrando à força de cada um, de molde a impedir o

agigantamento ou o amesquinamento de um ou de outro. Tal como disposto no art. 2º da Carta de 1988, são independentes e harmônicos entre si, todavia, a independência se traduz pela investidura e permanência das pessoas num dos órgãos do governo, os quais, ao exercerem as atribuições que lhes foram outorgadas, atuam num espaço de competência próprio, sem a ingerência dos outros órgãos com total liberdade, organizando serviços e tomando decisões livremente, sem ingerência alheia. Já a harmonia entre os órgãos do poder manifesta-se pela cortesia e trato respeitoso entre eles, no que diz respeito à manutenção das prerrogativas de cada um deles.

O princípio foi elevado à categoria de cláusula pétrea, conforme dispõe o art. 60 § 4º, inciso III. Assim, objetivou formar o núcleo intangível da Constituição Federal, com a tripartição dos poderes, de forma a impedir seus confrontos, sem possibilidade de supressão através de emendas constitucionais, caso contrário tornaria sem valor o equilíbrio, a independência e a harmonia idealizados pelo Constituinte originário.

No estudo do mecanismo dos freios e contrapesos, importou ressaltar que, historicamente, o Brasil contemplou, em todas as constituições, o princípio da separação de poderes, com exceção, apenas, da Carta de 1937, que, propositadamente, o suprimiu, em face do seu caráter ditatorial. Na Constituição do Império, foi instituída a quadripartição dos poderes, com a existência do poder moderador, que feria de morte a razão principal da separação, acabando por institucionalizar o absolutismo.

O princípio da separação de poderes, inicialmente concebido como meio para garantir as liberdades públicas, tornou-se um princípio constitucional obrigatório, de forma que foi inserido na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que a sociedade que não assegurasse a separação de poderes não teria Constituição, tal a extrema importância como técnica destinada a garantir os direitos do homem, e continua sendo, sobretudo, na visão moderna do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a nova ordem constitucional brasileira.

Embora não figure mais com a rigidez de outrora, hoje nem a divisão nem a independência são vistas de forma absoluta, deixando margem a existência das

interferências que se destinam ao estabelecimento de um equilíbrio necessário à realização dos fins do Estado, através do mecanismo de freios e contrapesos, evitando o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro, e, especialmente, o malferimento à garantia das liberdades.

A Constituição Federal de 1988 não ficou com a tradicional separação de poderes, foi além, adotando a forma que privilegia a interpenetração de poderes, com um sistema de freios e contrapesos, o qual um poder exerce uma intensa atividade fiscalizadora, limitando o outro. Como exemplos de interpenetração dos poderes tem-se:

- A prévia autorização do Congresso Nacional para que o Presidente possa declarar a guerra ou celebrar a paz; a fiscalização dos atos do Executivo pela Câmara dos Deputados, Senado ou mesmo pelo Tribunal de Contas;
- A aprovação pelo Senado da escolha de magistrados, Ministros do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República, do presidente do Banco Central, dentre outros;
- A possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos - federais ou estaduais.

Importou, destacar os principais doutrinadores que com suas teorias fundamentaram a teoria da separação de poderes, Locke, como precursor; Montesquieu como o sistematizador da tripartição de poderes; e a teoria dos federalistas que mais que uma partição de poderes, enxergaram uma coordenação, em que a supremacia da Constituição possa ser assegurada.

A Constituição é a norma fundamental do país que traça as linhas basilares de todo o ordenamento jurídico, definindo o modo pelo qual serão produzidas as demais normas, resultando daí sua superioridade, estabelecendo, ainda, como ela própria será reformada, fixando também a organização e os poderes do Estado que funda, além dos direitos e deveres dos indivíduos; é, portanto, a lei suprema que obriga que todas as demais normas e todos os poderes respeitem os seus ditames, sob pena de invalidade.

O princípio da separação de poderes como princípio fundamental conformador da República Federativa do Brasil, positivado no art. 2º, é preceito de cumprimento obrigatório, haja vista que é um dos mais importantes preceitos constitucionais, servindo de garantia de direitos do Estado Democrático de Direito e da própria Constituição, bem como de norte de interpretação e integração para a elaboração de outras normas .

Ao Tribunal Superior Eleitoral é permitido utilizar-se do poder legiferante, tendo em vista que, embora, em praticamente todas as Constituições Federais brasileiras, o exercício de poder regulamentar somente seja conferido ao Poder Executivo, todavia, a legislação eleitoral admite que o Tribunal Superior Eleitoral exerça função normativa, tanto no Código Eleitoral, em seu art. 1º e 23, como na Lei das Eleições (Lei 9.504/97), em seu art. 105. Em face destas previsões legais, a doutrina preponderante acolhe o exercício da função normativa pelo Tribunal Superior Eleitoral. Assim, a competência regular do Tribunal Superior Eleitoral é decorrente da lei, e não da Constituição Federal, diferentemente do que acontece com o poder regulamentar do Presidente da República.

O exercício da atribuição regulamentar pelo Tribunal Superior Eleitoral é aceito e necessário, tendo em vista que o processo eleitoral exige celeridade, que é operacionalizado através desta normatização, que sem dúvida será mais difícil de ser atingida se dependesse de outro órgão do poder para ser concretizada.

O poder normativo pode ser exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral, todavia, não pode ser contrário à Lei e à Constituição Federal, ou seja, os limites desta função é situar-se *secundum legem*, portanto, encontra sua delimitação nos princípios da legalidade e separação de poderes.

Com a edição da Resolução 22.610/2007, que trata da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, o Tribunal Superior Eleitoral extrapolou sua atribuição normativa, criando normas que restringem direitos e impõem obrigações, usurpando a competência constitucional do Poder Legislativo em desrespeito ao princípio da separação de poderes.

Devido ao mecanismo de freios e contrapesos, materializado pelo comando expresso no art. 49, XI da Constituição Federal, o Poder Legislativo pode sustar o

ato normativo que fere e invade sua esfera de competência, através de Decreto Legislativo. No caso concreto analisado, usando desta faculdade o Congresso Nacional propôs projeto de Decreto Legislativo para sustar a Resolução n. 22.610/2007 que se ainda encontra-se tramitando.

Com isso o sistema de normas se completa, ou seja, quando o princípio da separação de poderes, tem sua aplicação efetivada, em sua moderna concepção, com o mecanismo de freios e contrapesos que confere equilíbrio ao princípio, observa-se que a eficácia foi atingida.

A permissão por qualquer dos poderes de usurpação de suas competências, em desacordo com a Constituição Federal, é um regresso à concentração de poderes, com total rejeição dos princípios, sobretudo, o da separação de poderes, conquistados tão penosamente, ao longo de árdua luta histórica, que não tem mais razão de ser no momento histórico em que se vive.

É imperioso que os poderes sempre se contraponham aos atos atentatórios ao princípio jurídico fundamental da separação de poderes assegurado na Constituição Federal, pois, só assim, o princípio poderá dispensar os imensos benefícios que sua formulação promete, tal como disposto no texto constitucional.

Por fim, o princípio da separação de poderes constitui-se uma das mais excelsas garantias do Estado de Direito, que não contraria, ao revés fortalece, sobremaneira, o princípio democrático insculpido na Constituição Federal de 1988.

Considera-se, pois, ter-se atingido os objetivos e ainda se ter contribuído com uma literatura sobre o tema, fornecendo, assim, subsídios que possam aclarar os aspectos da separação dos poderes, tornando-se parte da situação atual no Brasil.

Para finalizar, vale dizer que a presente pesquisa não tem como objetivo ser determinante em seus resultados, tampouco esgotar o tema em questão; ao contrário, visa a incentivar mais estudos acerca dos temas aqui discutidos.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Colômbia: Fondo de Cultura Econômica, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ALMEIDA, Flávio. **Separação dos poderes**. São Paulo: USP, 2006.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo, 2007.
- ARISTOTELES. **Ética a Nicomaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- _____. **Metafísica**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. v. 1.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARBOSA, Paulo Roberto Ramos. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**. São Paulo: IBDC / Celso Bastos editor, 2000.
- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933. v. I.
- BARROS, Sergio Resende de. Controle de constitucionalidade: proposta de simplificação. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, São Paulo, v.54, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. v.1.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: UnB.
- _____. **O futuro da democracia - Uma defesa das regras do jogo**. Tradução Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996a.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996b.

_____. **Política e Constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: UnB, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **O Pensamento Constitucional Brasileiro**. Ciclo de Conferências realizado pela Universidade de Brasília no período de 24 a 26 de outubro de 1977. Brasília, 1978.

_____. www2.camara.gov.br/proposicoes. Acesso em 14/12/2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1984. v. 1.

_____; _____. **Os poderes do Presidente da República**. Coimbra Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Safe, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Cinco estudos – A federação – A divisão de poderes**. São Paulo: [s. n.], 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CERQUEIRA, Tales Tácito Pontes Luz de Pádua, **Direito Eleitoral Brasileiro**, 3 ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

CONGLIAN, Olivar. **A Justiça Eleitoral: O Poder Executivo das Eleições, uma Justiça Diferente**. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo, Coordenador. **Direito Eleitoral Contemporâneo: Doutrina e Jurisprudência**, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

COSTA, Adriano Soares da Costa. **Instituições de Direito Eleitoral**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CRISAFULLI, Vézio. **La costituzione e lê sue disposizioni di principio**. Milão: Giuffrè, 1952.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoriageral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEUTSCH, Karl. **Política e governo**. 2. ed. Trad. Maria José Matoso Miranda Mendes, Brasília: UnB, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5 ed. São Paulo:Forense, 1979.

FARIA, José Eduardo. **A magistratura em face dos conflitos coletivos**. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, 1989.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Freitas Bastos, 1999. v. 1.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: RT, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: RT, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001a.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1 e 2.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2001b.

_____. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999a.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

_____. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1999c.

_____. O poder judiciário na constituição de 1988 – judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 198, p. 1-17, 1994.

_____. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, nº 220, 2000.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCIA, Maria. Argüição de descumprimento: direito do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, nº 32, p. 99-106, jul./set./2000.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 8 ed, São Paulo, Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. .

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Ativa, 2001.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Noosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Ibrasa, 1963.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1976.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 07 nov. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo** – estudos em homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: América Jurídica, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 17 ed, São Paulo, Malheiros, 1992..

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Curso de Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatskuy, 1980.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, José Luiz Anhaia. **Da separação dos poderes à guarda da constituição**. São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo, Saraiva, 1996, p.96,

_____. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**, nº 23, 1994.

_____. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado da constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Alendena, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed. Tradução brasileira de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1999.

MORAES FILHO, José Filomeno de. **Separação de Poderes no Brasil Pós-Constituinte**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, BERCOVICI, Gilberto; MORAES, Filomeno; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: Estudos Sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA, Ricardo Guimarães. Poder Regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários em face dos princípios da legalidade e separação de poderes. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, Malheiros, nº 131, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. São Paulo: RT.

ORTEGA Y GASSET, José. **La Idea de principio em Leibniz**. Madrid: Revista de Occidente, 1967.

PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria geral do Estado**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2002.

PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. III.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMOS, Dirceo Torrecilas. **O federalismo assimétrico**. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis – vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

RODRIGUES, João Batista Varella. **Código Eleitoral – Eleições 2004 Interpretado e Referenciado**. São Paulo: CL Edijur, 2004.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril, 1973.
- SANGUINETI, Juan Jose. **Lógica**. Pamplona: EUNSA, 1982.
- SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. 1 ed. Trad Dinah de Azevedo Abreu. São Paulo: Ática, 1994.v. 1.
- SCHMITT, Carl. **Legalidade y legitimidade**. Tradução de José Diaz Garcia. Madri: Aguilar, 1971.
- SIEYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa – que é o terceiro estado?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e, **Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário**, São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 126.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOUZA JUNIOR, César Saldanha. **O tribunal constitucional como poder – uma nova teoria da divisão de poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdicional constitucional**. Tradução de Dinah de Azevedo Abreu. São Paulo: Celso Bastos editor.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. www.tse.gov.br/internet/index.html, acesso em 27/11/2007.
- VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El valor de la constitución – Separación de Poderes, Supremacia de La Ley**. Madri: Alianza, 2006.
- VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ANEXOS

RESOLUÇÃO Nº 22.610

Relator Ministro Cezar Peluso.

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º - O mandatário que se desfilou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposse, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final. Do acórdão caberá, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apenas pedido de reconsideração, sem efeito suspensivo.

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único - Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Marco Aurélio - Presidente. Cezar Peluso - Relator. Carlos Ayres Britto. José Delgado. Ari Pargendler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro.

Brasília, 25 de outubro de 2007.

Consulta Tramitação das Proposições

Proposição: PDC-397/2007 

Autor

:

Regis

de

Olivei

ra -

PSC /

SP 

Data de Apresentação: 07/11/2007
Apreciação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário
Regime de tramitação: Prioridade
Situação: CCJC: Pronta para Pauta.

Ementa: Susta a aplicação da Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, do Tribunal Superior Eleitoral, que disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

Indexação: Sustação, aplicação, Resolução, (TSE), normas, processo, perda, cargo eletivo, justificação, desfiliação, representação partidária, partido político, infidelidade partidária.

Despacho:

23/11/2007 - À Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Mérito e Art. 54, RICD) Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Prioridade

Legislação Citada 

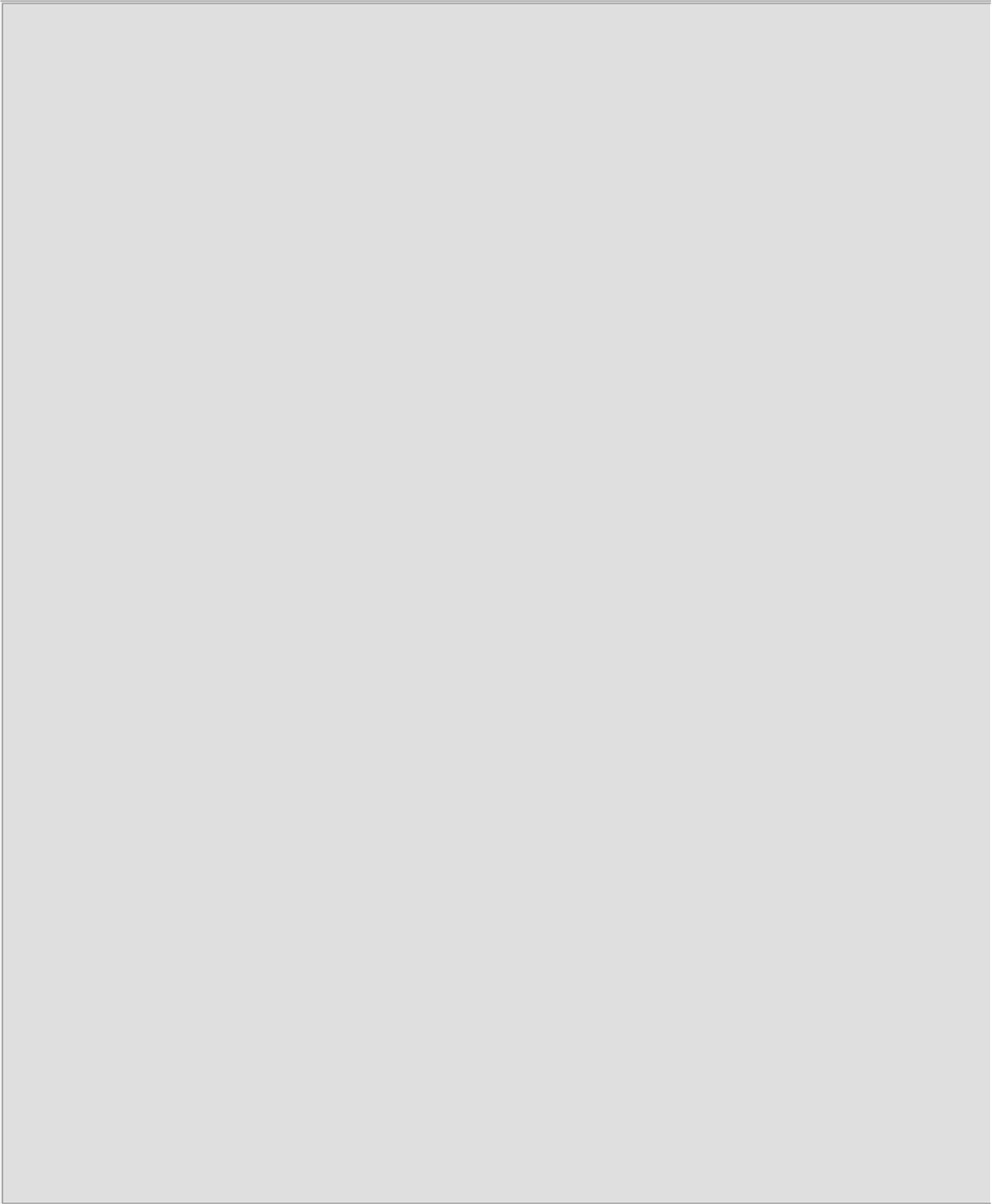
Pareceres,	Votos	e	Redação	Final
- CCJC	(CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA)			
<u>PRL 1</u>	<u>CCJC (Parecer do Relator)</u>	-	<u>Marcelo Itagiba</u>	
<u>PRL 2</u>	<u>CCJC (Parecer do Relator)</u>	-	<u>Marcelo Itagiba</u>	

Última Ação:**23/11/2007 -**

Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) - À Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Mérito e Art. 54, RICD) Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Prioridade 

13/12/2007 -

Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - Parecer do Relator, Dep. Marcelo Itagiba (PMDB-RJ), pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; e, no mérito, pela aprovação. 



Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)