



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ALBER CASTELO BRANCO

**A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA
ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL: ATRIBUIÇÕES,
RELAÇÕES E PERSPECTIVAS**

FORTALEZA – CEARÁ

2007

341.27
B846x
5412
T590

Alber Castelo Branco

A Teoria da Separação de Poderes na Atual Ordem Constitucional: atribuições, relações e perspectivas

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Constitucional e Direito Processual Constitucional.

Orientador: Prof. Ms. Marcos Vinicius Amorim

Fortaleza – Ceará

2007



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Coordenação do Programa de Pós-Graduação – *Lato Sensu*

COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Alber Castelo Branco

Monografia: A Teoria da Separação de Poderes na Atual Ordem
Constitucional: Atribuições, Relações e Perspectivas

Curso: Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual
Constitucional

Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002

Portaria: 60/2007

Data de Defesa: 29/6/2007

Fortaleza (Ce), 29 de junho de 2007

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Orientador/Presidente/Mestre

Silvia Lúcia Correia Lima

Membro/ Mestre

Oscar d'Alva e Souza Filho

Membro/ Livre Docente

RESUMO

Esta monografia analisa, embora sem pretensões ambiciosas, a origem e evolução do Estado, seu caráter normativo, as conquistas dos Direitos Fundamentais e suas garantias. Faz uma revisão do princípio da separação de poderes, em face dessa evolução do Estado, sugerindo a incrementação de um modelo pluripartido em que as novas funções surgidas no pós-guerra, por suas peculiaridades e complexidades, sejam executadas por Órgãos distintos dos três já conhecidos, no sentido de que sejam mantidas a soberania e a unidade do poder, sem prejuízo das liberdades já conquistadas, e, ao mesmo tempo, que seja preservado e reforçado o sistema de freios e contra-pesos, evitando-se assim, o abuso e o desvio do poder. Essa análise parte de uma pesquisa de natureza qualitativa, destinando-se a estudar fenômenos sociais ao longo da história: suas origens, evoluções, transformações e perspectivas futuras. Tem, portanto, como objetivos, realizar uma revisão da teoria da separação de Poderes, formulada por Montesquieu, tentando demonstrar a necessidade de reestruturação do Estado com a adição de outro, ou outros Poderes, além dos três já existentes, e questionar a condição do Ministério Público, enquanto Poder, tendo em vista que até os dias atuais, não há definição como tal, nem dependência ou subordinação a quaisquer outros Poderes. Trata-se, portanto, de uma pesquisa do tipo, teórica/bibliográfica, jurisprudencial e, sobretudo, doutrinária que terá como marco teórico inicial no tempo, os primeiros arranjos formulados por Aristóteles, passando por uma formulação mais aperfeiçoada com aplicação positiva na Inglaterra com John Locke, desaguando no sistema idealizado por Montesquieu até o surgimento do Estado Moderno com suas novas demandas sociais. A hipótese principal deste trabalho sustenta que, por suas atribuições e independência funcional, é o Ministério Público, um poder institucionalmente estruturado para desempenhar parte das novas e diferentes funções no Estado moderno. Seus membros dispõem das mesmas prerrogativas dos membros do Poder Judiciário, não há qualquer relação de dependência com quaisquer outros Poderes e suas funções típicas estão constitucionalmente enumeradas e tuteladas pelo exercício exclusivo e indelegável. Possui, pois, o Ministério Público, características próprias de Poder Constitucional. Partiremos assim, do estudo das seguintes palavras-chave: Poder, Estado, Constituição e Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
1.1 Tripartição de poderes: um princípio a reclamar reparos.....	07
1.2 Breve resumo histórico sobre o princípio da separação de poderes.....	09
2 OBJETIVOS DA INVESTIGAÇÃO.....	12
2.1 Objetivo geral.....	12
2.2 Objetivo específico.....	12
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
3.1 Comentários iniciais.....	13
3.2 Terminologia.....	14
3.3 Conceito.....	15
3.4 Posicionamento histórico.....	15
3.5 Antecedentes mais remotos.....	16
3.6 Precedentes históricos.....	17
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES.....	18
4.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	18
4.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	19
4.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão.....	20
4.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão.....	21
4.5 A vulgarização dos direitos fundamentais.....	22
5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
5.1 Significado e alcance do art. 5º, § 1º da CF.....	26
5.2 Eficácia dos direitos fundamentais de primeira dimensão.....	27
5.3 Eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão.....	27
5.4 Eficácia das normas sociais programáticas.....	29
5.5 Eficácia dos direitos subjetivos a prestações sociais.....	30

5.6 A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais.....	30
6 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
6.1 Da proibição de retrocesso.....	33
7 A DIVISÃO DE PODERES.....	36
7.1 Breve resumo histórico.....	36
7.2 Questionamento sobre o termo “divisão de poderes”.....	38
7.3 Funções típicas.....	40
7.4 Funções atípicas.....	41
7.5 Princípio da independência entre os poderes.....	41
7.6 Princípio da harmonia entre os poderes.....	42
8 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO.....	44
8.1 Antecedentes do Estado.....	44
8.2 Fundamento do Estado moderno.....	44
8.3 O absolutismo e o Estado moderno.....	45
8.4 Do Estado absoluto ao Estado constitucional de direito.....	46
9 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	48
9.1 Ministério Público: Primeiros questionamentos.....	48
9.2 Origem e história.....	48
9.3 Status constitucional.....	54
9.4 Os Tribunais de Contas.....	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

1.1 Tripartição de poderes: um princípio a reclamar reparos

Caricaturado a partir de Aristóteles, o problema da separação ou divisão de poderes, está longe de uma definição final e conclusiva. Muitos foram os que ousaram apresentar uma doutrina ao longo da história, destacando-se as sugeridas por John Locke, na Inglaterra e pelo suíço Jean Jacques Rousseau, na França. Mas foi com Montesquieu que o princípio se tornou consagrado, por sua melhor definição e argumentação. Contudo, o problema ainda não estaria de todo solucionado, o surgimento de novas necessidades individuais e sociais, com suas peculiaridades e complexidades, aumentando sobremaneira as funções Estatais, exige deste mesmo Estado, maior dinamismo e a criação de novos Instrumentos institucionais para suprir tais necessidades cada vez mais emergentes em quantidade e velocidade.

Já em nossa Constituição Imperial, adotou-se a separação quatripartite, formulada por outro francês, Benjamin Constant, dotando o Estado de quatro Poderes, a saber: Executivo, Legislativo, Judiciário, e Poder Moderador. O erro de ocasião foi atribuir ao Imperador, a chefia do poder Executivo e Moderador, cumulativamente, quando a base do princípio era justamente a limitação do poder.

Nos tempos atuais, destaca-se a Constituição Venezuelana, dotada de cinco Poderes.

Na mesma obra em que deu os primeiros passos à origem da teoria da separação de Poderes, "Política", Aristóteles já profetizava a necessidade de novas mudanças e aperfeiçoamentos na arte de se fazer política e governo, afirmando que

“A necessidade de aperfeiçoamento é demonstrada pelo fato de que os velhos costumes são muitíssimo simples e bárbaros”. (Os grandes Filósofos do Direito, MORRIS, org., 2002: 29). Mais adiante sugere que, para que uma Constituição seja permanente, tal circunstância deve ser desejada por todas as partes que compõem o Estado.

A evolução dinâmica e complexa por que passam os Estados modernos, não estaria a exigir a criação de outros Órgãos com estrutura de Poder, para realizar as novas funções e enfrentar os novos problemas? Seria o Ministério Público um novo Poder?

A nossa pesquisa tem por objetivos apontar as novas necessidades e funções a serem desempenhadas pelo Estado e desmistificar a questão da necessidade e/ou, a já existência de outros Poderes, mais especificamente, o Ministério Público. Ainda, buscar elementos demonstrativos de que a estrutura já existente do Ministério Público é suficiente para erigir a Instituição ao status de quarto Poder.

Elegemos como conceitos centrais a estudar: a) Constituição, Em seus aspectos formal e material, cujo conceito jurídico resume-se, nas palavras de TEMER (2006: 19) como: “O conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época”; b) Poder, cujo conceito, ainda nas sábias palavras de TEMER (2006: 119-120), onde com lucidez, afirma que: “As palavras, para o Direito, têm o significado que este lhes empresta. Variam as acepções de acordo com o sentido que o constituinte lhe atribui. Em seguida, citando Carlos Ayres de Brito, revelou os três sentidos do vocábulo Poder, encontrados em nossa Constituição. O primeiro, poder enquanto revelação da soberania, conforme se pode observar já no parágrafo Único do art. 1º da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”; segundo, poder enquanto órgão do

Estado, assim anunciado no art. 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; terceiro, poder enquanto função, arts. 44, 76 e 92 da CF: Ex. Art. 44: “O poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. Nos textos mencionados poder-se-ia substituir as palavras poder por Governo, Órgão e Função, respectivamente, sem quaisquer prejuízos para o correto entendimento; c) Estado Liberal, surgido após o declínio dos regimes absolutistas, e teve como principal característica, a exacerbação do individualismo e o início do Estado de direito; d) Estado Social, idealizado a partir da conquista de novos direitos e do surgimento de outras necessidades em face do crescimento industrial e populacional. Nessa fase, o Estado assume a tutela dos direitos e garantias sociais; e, e) O Ministério Público, como Instituição essencial ao funcionamento da justiça, garantidora e fiscalizadora do fiel cumprimento da lei e da ordem Constitucional.

1.2. Breve resumo histórico sobre o princípio da separação de poderes

O princípio da separação de Poderes, em sua forma primária, basicamente, enumerando as funções do Estado e as atribuições de seu governante, foi sugerido em um primeiro momento histórico por Aristóteles, em sua obra, “Política”, ainda na Antigüidade, no século V a.C. Muitos séculos após, John Locke (Grandes Filósofos do Direito, MORRIS, org., 2002: 149), na Inglaterra, foi mais ousado, em sua clássica obra, “Dois tratados sobre o Governo”, - traçando um paralelo entre o estado de natureza e a sociedade politicamente organizada - enumerou as carências advindas do estado de natureza para atender a necessidade fim de um Estado, consistente na preservação da propriedade, aqui agregadas, a vida, a liberdade e seus bens: 1º) a necessidade de uma lei estabelecida, estável e conhecida; 2º) um Juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar todas as diferenças de acordo com a lei estabelecida; 3º) e por fim, um poder para apoiar e sustentar a sentença quando justa e para dar-lhe a devida execução. Na formulação de Locke, o Poder Legislativo teve acentuado destaque, estando os demais a ele subordinados, daí a grande diferença para o modelo posteriormente formulado por Montesquieu, no qual, prevaleceu a harmonia e a independência entre os Poderes

com a fórmula dos “freios e contra-pesos”. Foi, portanto, com Montesquieu que o princípio alcançou maior definição e sistematização. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Tornou-se com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria Constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.

Hoje, o princípio não revela mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os Órgãos legislativo e executivo, e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, onde o governo depende da confiança do parlamento, enquanto no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia entre os Poderes.

Com efeito, em face, ainda da ampliação das atividades do Estado contemporâneo, há a necessidade de criação de novos Órgãos de poder. Não podemos desprezar ainda, o fato de que, quando da publicação da obra “O espírito das leis”, em 1748, século XVIII, a população mundial era infinitamente menor do que a dos dias atuais.

Nada obstante o tema da divisão dos poderes, ser dos mais abordados, em todas as fases da civilização ocidental, após o declínio das monarquias absolutistas, quando então passou a ascender os Estados Constitucionais, é certo que ainda não fora exaustivamente debatido, e de longe, continua dentre os mais fascinantes e atuais, exigindo daqueles que o enfrentam, profundas incursões no pensamento dos grandes filósofos do Direito. É, pois, ainda, o equilíbrio dos

Poderes, ao longo do século XX e início do século que ora vivenciamos, o problema básico da Política e do Direito Constitucional. Não sem razão, já no ano de 1748, quando elaborara a clássica Teoria, MONTESQUIEU (1998: 197-198), no capítulo último do décimo primeiro livro de “O Espírito das Leis”, arrematou:

Quisera eu pesquisar, em todos os Governos Moderados que conhecemos, a distribuição dos poderes, e calcular qual o grau de liberdade que cada um pode gozar.

Mas é preciso sempre não esgotar o assunto a ponto de nada deixar a cargo do leitor. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.

É certo que, assim como o lema Liberdade, igualdade e fraternidade, cunhado na revolução francesa, profetizou a evolução e o escalonamento dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, ou dimensões, como preferimos chamá-los, há, na mesma medida, em face do maior grau de complexidade com que tais direitos reestruturou o Estado, a necessidade de criação de novos instrumentos que garantam a sua eficácia. Nos dias atuais, em que se proclama o advento dos direitos fundamentais de quarta geração, como sendo, o direito à democracia, é difícil imaginar outra instituição - que não o Ministério Público - com perfil e atribuições mais definidos para ser a guardiã de tais direitos. Esse caráter foi anunciado já no preâmbulo do artigo 127 da Constituição Federal, em que o constituinte originário delegou ao Ministério Público a tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

2. OBJETIVOS DA INVESTIGAÇÃO

2.1 Objetivo geral

Realizar uma revisão da teoria da separação de Poderes, formulada por Montesquieu, demonstrando a necessidade de reestruturação do Estado com a adição de outro, ou outros Poderes, além dos três já existentes.

2.2 Objetivo específico

Questionar o modelo de separação de Poderes sintetizado por Montesquieu e a condição do Ministério Público, enquanto Poder, tendo em vista que até os dias atuais, não há definição como tal, nem dependência ou subordinação a quaisquer outros Poderes.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Comentários iniciais

Ainda que seja o tema dos direitos fundamentais, um dos mais discutidos nos Estados Constitucionais de Direito, e no Brasil, com maior agudez, após o advento da Constituição Cidadã, de 1988, o assunto continua a merecer destaque e a apresentar inovações, que vão desde o aprimoramento das interpretações e o surgimento de novas, até a criação de novos direitos propriamente ditos. Da universalidade do problema, são várias as vertentes que se apresentam para o seu estudo, destacamos a do jurista português Vieira de Andrade, citado por SARLET (2006: 26), ao referir que os direitos fundamentais podem ser abordados a partir de diversas perspectivas, dentre as quais enumera três: a) filosófica ou jusnaturalista, a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) universalista ou internacionalista, como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares num certo tempo; c) perspectiva estatal ou constitucional, pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar.

Uma vez, estabelecidos e positivados em nosso ordenamento jurídico Constitucional e infraconstitucional - o que deveras foi importante - um outro problema de não menor dimensão, se pronunciou, no sentido da necessidade de definirmos políticas públicas e imprimirmos uma melhor interpretação, integração e aplicação, que melhor auxiliem, e verdadeiramente, se coloque em prática e a serviço de tais direitos, dando-lhes maior efetividade e garantia de eficácia.

Outro problema de não menor importância, diz respeito com a “reserva do possível”, o qual, ainda que sem idoneidade para intimidar um constante avanço,

tem sua importância na medida em que, em alguns momentos impõe barreiras, e por vezes, retarda ou impossibilita o cumprimento de preceitos fundamentais.

É, pois, o problema da eficácia, o tema que ora nos interessa e que tentaremos neste breve capítulo, sem maiores pretensões, fazer algumas considerações. Abordaremos, em um primeiro momento, a questão das gerações dos direitos fundamentais, que Sarlet e Willis Santiago, dentre outros, preferem chamar de dimensões, terminologia que também acompanhamos. Seus conceitos e exemplos. Em um segundo momento, enfocaremos o problema da eficácia propriamente dito. O princípio da aplicabilidade imediata ou direta e da plena eficácia, com um breve estudo sobre o significado e alcance do art.5º, § 1º da CF, a vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais e a questão da proibição de retrocesso - Importante instituto garantidor de direitos já consolidados.

3.2 Terminologia

O primeiro problema já surge em relação à denominação que se deve utilizar para expressar seu conteúdo, existindo, nas palavras de Bonavides (2005: 560), uma certa promiscuidade no uso das expressões, direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais. Sendo que, segundo o mesmo autor, as expressões, direitos humanos e direitos do homem, são freqüentemente mais utilizadas pelos autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão, direitos fundamentais goza da preferência dos publicistas alemães. Alguns autores ainda, entre nós Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Alexandre de Moraes, têm mais recentemente se utilizado da expressão, direitos humanos fundamentais. SARLET (2006: 35-36) refere-se que, na doutrina dominante,

O termo "direitos fundamentais", se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que a expressão "direitos humanos", guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano

como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Nesse sentido, interpretando o entendimento de Höffe, SARLET (2006: 38) enuncia que, “[...]os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto”.

3.3 Conceito

Não sendo objeto de nosso estudo o aprofundamento na questão terminológica, passemos ao conceito de direito fundamental, nos aproveitando ainda, dos ensinamentos de BONAVIDES (2005: 560), em seu Curso de Direito Constitucional o qual define seus fins utilizando-se de lição do alemão Hesse. Conceitua, pois, direitos fundamentais, como sendo “aqueles que o direito vigente qualifica como tais”, e têm como fins, criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Liberdade esta, no entanto, diversa daquela em que o homem possuía em seu estado de natureza, mas limitada, por um pacto social, a medida em que assegure aos outros membros da sociedade, o gozo dos mesmos direitos. Nesse sentido, se de um lado, a declaração de direitos estabelece e assegura os direitos naturais, ao mesmo tempo, os limita com o fim de que todos os pactuados convivam em harmonia. Direitos fundamentais são, portanto, direitos reconhecidos e assegurados na Carta Política de uma Nação.

3.4 Posicionamento histórico

No contexto histórico, afirmam alguns doutrinadores que a história dos direitos fundamentais, de certa forma, e, em parte, é a história da limitação do poder,

posto desembocar no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Destaca-se nesse contexto, três etapas, equacionadas por K.Stern, e citadas por Sarlet (2006, p. 44): a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; e, c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Nasce assim, o Estado contemporâneo, em finais do século XVIII, com o declínio da monarquia absolutista, e com o fim específico e determinado de limitar o poder do monarca e instaurar o governo das leis, ou Estado constitucional de direito. Este, inspirado ainda em Aristóteles, para quem o governo de leis, ao contrário do governo dos homens, não tem paixões, e por tal, é mais justo e igualitário.

3.5 Antecedentes mais remotos

Mas em verdade, a doutrina dos direitos do homem é bem mais antiga, é proveniente do direito natural já nascida na antiguidade. Num primeiro momento, há referências a um Direito superior, não instituído ou criado pelos homens, mas atribuído aos deuses, e por eles, dado aos homens. No diálogo *De legibus*, de Cícero, em seu Livro I (MORRIS, org. 2002: 36), encontramos a mesma idéia de forma mais precisa e sistemática: “A lei é a razão suprema, gravada em nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que não se deve fazer”.

Santo Tomás de Aquino (Grandes Filósofos do Direito, MORRIS, org. 2002: 51-52), no século XIII, pontificou a existência de uma hierarquia entre as leis, onde qualificava de suprema, a lei eterna, conhecida em sua plenitude somente por Deus, e abaixo desta, a lei divina, que consistia na parte da lei eterna, revelada por Deus aos homens e declarada pela Igreja. Ainda, a lei natural, existente na natureza

do homem e revelada através da razão, e finalmente, a lei humana, ou lei dos homens, positivada materialmente pelo legislador. De concepção Cristã, a doutrina de Tomás de Aquino defendia a existência de duas ordens distintas, uma formada pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e a outra pelo direito positivo. Admitia que, em casos extremos, o povo tinha legitimidade para impor resistência em caso de desobediência ao direito natural por parte dos seus governantes.

3.6 Precedentes históricos

Além dos chamados *Forais e Cartas de Franquias*, da segunda metade da idade média, outorgados pelos senhores feudais ou reis, pelos quais concediam direitos aos membros de seus grupos para que fossem reconhecidos e respeitados por toda a vida, foi sem dúvida, de elevada importância, a *Magna Carta*, outorgada pelo rei João Sem-Terra no ano de 1215. Proveniente de um pacto firmado pelo rei e pelos bispos e barões ingleses, a *Magna Carta* é considerada a base da Constituição inglesa, porém, não priorizou - ao contrário do que fez a declaração francesa - os direitos do homem comum, mas tão somente os direitos dos nobres da monarquia inglesa. Dentre os direitos assegurados, destacou-se o princípio da judicialidade, a liberdade de ir e vir, a propriedade privada, a graduação da pena à importância do delito, além de instrumentos que mais tarde vieram a materializar a institucionalização do parlamento e o conseqüente estabelecimento da separação dos poderes. Não obstante a crítica de garantir aos nobres privilégios feudais foi de significativa importância para a conquista de alguns direitos e liberdades civis consagrados, tais como o *habeas Corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS GERAÇÕES

É certo, que o lema da revolução francesa do século XVIII – liberdade, igualdade e fraternidade - profetizou a existência das três gerações de direitos fundamentais. No dizer de Paulo Bonavides, foi além, ao definir até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização, na medida em que, sem alternância - daí a preferência de Sarlet e Willis Santiago pela denominação “dimensões” - mas cumulativa e complementar, foi se acomodando na maioria das cartas constitucionais.

De fato, não há uma substituição ou alternância de uma geração por outra, o que ocorre é um processo evolutivo e cumulativo. O homem não perdeu seus direitos de primeira geração quando conquistou os de segunda. Daí, também nos perfilharmos à terminologia utilizada por Sarlet e Willis Santiago.

É verdade, que a doutrina dos direitos fundamentais teve que incorporar e enfrentar grandes desafios ao longo da história. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas; a segunda, o dos contrastes e conflitos sociais, com os direitos econômicos e sociais; a terceira, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana, com os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade.

4.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Foram os direitos fundamentais de primeira dimensão, os primeiros a constar do instrumento normativo constitucional. São os direitos de liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos. Têm como titular, o indivíduo e são oponíveis ao

Estado, daí dizer-se que são direitos de defesa, de resistência ou de oposição perante o Estado. Não se exige para o gozo de tais direitos, qualquer ação do Estado, mas apenas uma conduta de abstenção, não proibitiva, daí dizer-se que os direitos de primeira dimensão são de cunho “negativo”.

De inspiração jusnaturalista, se destacam no rol dos direitos de primeira dimensão, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Podemos afirmar que se subdividem em duas categorias: a) a dos direitos do homem ou liberdade (poderes de agir ou não agir independentemente da vontade do Estado). Estão incluídas neste rol, as liberdades em geral; a segurança; a liberdade de locomoção; a liberdade de opinião; a liberdade de expressão e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens), e seus corolários, tais como a presunção de inocência; a legalidade criminal e processual; e, b) a categoria dos direitos do cidadão, que constituem os meios de participação no exercício do poder político. Aqui se incluem: o direito de participar da vontade geral ou de escolher representantes que o façam; de consentir no imposto; de controlar o dispêndio do dinheiro público e o de pedir prestação de contas da administração pública.

4.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Ao contrário do que se pode observar com relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão, os de segunda têm como destaque, sua dimensão positiva, posto que não se cuida mais de evitar uma intervenção do Estado na liberdade individual, mais de propiciar e garantir um direito de participar do bem-estar social. A liberdade que aqui se busca é através, ou por intermédio do próprio Estado, caracterizando-se por conceder ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros. São, pois, os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, cuja eficácia e juridicidade em um primeiro momento se mostraram duvidosas, os colocando na esfera das chamadas normas programáticas, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias

habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade.

Segundo SARLET (2006: 56-57), os direitos fundamentais de segunda dimensão abrangem bem mais do que os direitos de cunho prestacional, incluindo-se dentre estes, as chamadas “liberdades sociais”, citando como exemplo, a liberdade de sindicalização, o direito de greve e outros direitos fundamentais reconhecidos aos trabalhadores, tais como o direito a férias, ao repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo e limitação da jornada de trabalho, dentre outros.

4.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade são dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade. Desprendendo-se, em princípio, da figura do homem-indivíduo, como seu titular, têm por primeiro destinatário, o gênero humano, destinando-se a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se por consequência, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Não se tratando de enumeração exaustiva, os direitos fundamentais de terceira dimensão geralmente e consensualmente mais citados são: os direitos à paz; à autodeterminação dos povos; ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida; bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, e o direito de comunicação.

Longe de se configurar unanimidade, é em FERREIRA FILHO (2005: 65-66), em seu livro “Direitos Humanos Fundamentais”, que encontramos, ainda que superficialmente, algum enfoque sobre o sujeito passivo dos direitos fundamentais de terceira dimensão. Diz o renomado autor que: “Do ângulo do sujeito passivo, o direito à paz, o direito ao patrimônio comum, o direito à autodeterminação

concernem, no estágio atual da civilização, a Estados. São Estados que não de respeitar esses direitos, próprios a outro Estado, ou povo”.

A efetivação de tais direitos, por sua implicação por vezes universal, ou no mínimo, transindividual, somente é possível com o esforço e compromisso em escala mundial, como é o caso do problema do aquecimento global em que todo o planeta é afetado e todas as nações são chamadas para contribuir com uma parcela de sacrifício.

Por sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, Sarlet defende a tese de que tais direitos deveriam figurar no rol dos direitos de primeira geração, visualizando neles direitos de liberdade atualizados e adaptados às novas exigências do homem moderno, onde, em última instância, o que se pretende é a tutela da dignidade da pessoa humana. Tais direitos estariam assim, intimamente vinculados à idéia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra a ingerência por parte do Estado e dos particulares. Cuidando-se, portanto, de direitos de defesa.

4.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão

Ainda não absorvida e consagrada na esfera do direito internacional, e nas ordens constitucionais internacionais, BONAVIDES (2005: 570-572) sustenta a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, como resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional. Tais direitos compreenderiam, o direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo. Em bem abalizada crítica ao tema, SARLET (2006: 61), em sua obra, “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, em nota de rodapé, ressalta que,

[...]ao menos parcial e embrionariamente, alguns destes direitos, notadamente os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, se encontram consagrados em nossa Constituição, de modo especial no

preâmbulo e no Título dos Princípios Fundamentais, salientando-se, todavia, que a democracia erigida a condição de princípio fundamental pelo Constituinte de 1988 é a representativa, com alguns ingredientes, ainda que tímidos, de participação direta.

Neste mesmo sentido, e em sentido diametralmente oposto ao posicionamento de Bonavides, FERREIRA FILHO (2005: 57) sequer admite que os direitos fundamentais de terceira geração tenham adquirido pleno reconhecimento.

Em defesa de sua tese, BONAVIDES (2004: 17), em prefácio dedicado a 6ª edição de seu livro “Do Estado Liberal ao Estado Social”, arremata:

Tenho por conteúdo a liberdade e a igualdade, segundo uma concepção integral de justiça política, o direito à democracia, apanágio de toda a humanidade, é, portanto, direito da quarta geração, do mesmo modo que o desenvolvimento, por sua remissão concreta e material aos povos do Terceiro Mundo, é direito da terceira geração. Com efeito, tomando por base a sua titularidade, os direitos humanos da primeira geração pertencem ao indivíduo, os da segunda, ao grupo, os da terceira à comunidade e os da quarta ao gênero humano.

Vale por fim, destacar e relembrar, que os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, os quais, considerados individualmente, correspondem às diferentes gerações.

4.5 A vulgarização dos Direitos Fundamentais

CRANSTON apud FERREIRA FILHO (2005: 67-68) se mostra preocupado com a vulgarização dos direitos “fundamentais”, alertando que a sua multiplicação sem quaisquer critérios, vulgariza e desvaloriza a idéia. Faz referência a Maurice Cranston, para quem,

[...]um direito humano por definição é um direito moral universal, algo que todos os homens em toda parte, em todos os tempos, devem ter, algo do qual ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça, algo que é devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano.

5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma vez definidos, conceituados e exemplificados os direitos fundamentais, partiremos agora para o problema de sua eficácia. Problema não menos gravoso, posto que o próprio conceito de eficácia, por vezes se confunde com o conceito de vigência, subsistindo ainda a necessidade de se diferenciar eficácia jurídica de eficácia social.

Eficácia jurídica, portanto, consiste na possibilidade de aplicação da norma vigente (juridicamente existente) aos casos concretos com a conseqüente geração de seus efeitos. Possibilidade aqui, no sentido de aptidão. Já Eficácia Social, também chamada de efetividade, pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. Vigência, por sua vez, segundo José Afonso da Silva, consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após regular promulgação e publicação), tornando-a de observância obrigatória, de tal sorte que a vigência constitui, verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz.

Novidade no constitucionalismo brasileiro, o art. 5º, § 1º, introduziu preceito que, à primeira vista, resolveria todos os problemas de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. No entanto, não há como se exigir que uma norma tenha aplicação imediata se esta não resultou completa em sua hipótese e no seu dispositivo. Quando a condição de seu mandamento possui lacuna e quando esse mandamento não é claro e determinado. Assim, em um primeiro momento, se faz necessário definir o que seriam normas auto-aplicáveis e normas não auto-aplicáveis.

Inspirado no constitucionalismo norte americano, vem de Ruy Barbosa, um dos idealizadores da ordem Republicana, as primeiras lições sobre normas auto-aplicáveis e normas não auto-aplicáveis.

Como normas auto-aplicáveis, Ruy Barbosa firmou posição no sentido de que seriam aquelas que estariam aptas a gerar seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, já que seu conteúdo se encontra devidamente determinado.

As outras seriam aquelas que, para tornar efetivos os seus preceitos, requerem uma ação do legislador. Quando meramente indicam princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei. São as leis complementares, em nosso sistema normativo, que dão vigor às normas constitucionais não auto-aplicáveis. No entanto, mesmo estas, não raras vezes, necessitam de regulamentação.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda, denominava as primeiras (auto-aplicáveis), de normas bastantes em si mesmas, e as normas não auto-aplicáveis, de normas incompletas. Há que se destacar, no entanto, que, quando de sua formulação, Pontes de Miranda, ainda que agregado à concepção clássica, já profetizava novos horizontes, reconhecendo a existência das chamadas normas constitucionais programáticas.

Dáí, mais precisamente a partir da década de cinquenta do século XX, novos modelos surgiram. Destacam-se no direito Pátrio, dentre outros, TEIXEIRA (1991: 83), o qual sugeriu uma classificação das normas constitucionais em dois grupos, quais sejam normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida, sendo que as primeiras corresponderiam às normas que, produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou,

desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. As normas de eficácia limitada ou reduzida seriam aquelas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário.

Após, houve inovação com SILVA (1982: 34), o qual apresentou uma formulação tricotômica, sendo esta a de maior receptividade. Segundo o renomado publicista, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida; e c) normas de eficácia limitada. Sendo as primeiras, aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operatividade, já que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais. As normas de eficácia contida, dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, seriam aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados. Já as do terceiro grupo, de eficácia limitada, caracterizam-se essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, reclamando, por este motivo, a intervenção legislativa (conceitos do próprio autor). Outras formulações, não menos interessantes foram apresentadas por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito, Maria Helena Diniz, Celso Antônio Bandeira de Mello e Luiz Roberto Barroso.

Na conclusão formulada por SARLET (2006: 260), da qual não podemos discordar, restou evidente que todas as formulações citadas:

[...]partem da premissa de que inexistia norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da carga eficaz das normas Constitucionais. Todas as propostas reconhecem, contudo, que determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação concretizadora por parte do legislador ordinário, razão pela qual também costumam ser denominadas de normas de eficácia limitada ou reduzida.

Daí, preferir o autor gaúcho, dividi-las em dois grupos e denominá-las de: a) normas constitucionais de alta densidade normativa; e, b) normas constitucionais de baixa densidade normativa. Ao que, em nosso modesto entendimento, não deixa de ser uma redefinição do modelo clássico, do início do século XX, arquitetada por Ruy Barbosa. Razão pela qual, preferimos adotar a formulação de José Afonso da Silva, por apresentar inovação e avanço.

5.1 Significado e alcance do art. 5º, § 1º da CF

Dispõe o art. 5º, § 1º da Constituição de 1988 que: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Comenta-se que a inserção desta norma em nossa Constituição deveu-se a influência de outras Cartas Políticas, destacando-se a Constituição lusitana, a uruguaia e a Lei Fundamental da Alemanha, dentre outras. Não obstante a perene discussão sobre a abrangência da mencionada norma, se deve ou não, alcançar os direitos fundamentais contidos fora do catálogo constitucional esculpido no artigo 5º, tais como outras normas constitucionais, infra-constitucionais e tratados internacionais, numa primeira análise, havemos de admitir que sim. No entanto, nos deparamos com a questão acima estudada, sobre a potencialidade da norma em atingir os seus efeitos. Tal questão, para uns, parece resolvida, ao negar a existência de normas de cunho programático, afirmando que a própria Constituição, cuidou de resolver o problema ao criar e definir instrumentos processuais capazes de exigir do estado a satisfação dos direitos, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

5.2 Eficácia dos direitos fundamentais de primeira dimensão

Numa análise mais acurada, temos que, com relação aos direitos fundamentais sociais, as denominadas liberdades sociais, há uma possibilidade maior de auto-aplicação, posto que, cuida-se de direitos que somente exigem do Estado uma obrigação de não intervir, que a uma primeira vista, não gera despesas, senão a limitação de poder. Ainda assim, não raras vezes, é o cidadão compelido a lançar mão de instrumentos processuais garantidores desses direitos, sem os quais, pereceria sua liberdade. Temos, pois, ainda que sejam tais direitos alcançados pela norma do art. 5º, § 1º, alguns, não gozam da prerrogativa da auto-executoriedade. Ainda que se considere certo que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem maior grau de eficácia e aplicabilidade do que as demais normas constitucionais, tal prerrogativa não lhes isenta de certa graduação em seu próprio meio, no que depende da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Por fim, concluímos que a problemática da eficácia com relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão gozam, ainda que não absoluta, de presunção de aplicação imediata, exigindo-se dos poderes constituídos, o necessário empenho no sentido de que tais direitos sejam garantidos sem a necessidade de se recorrer aos Tribunais.

5.3 Eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão

Da mesma forma não podemos dizer dos direitos fundamentais de segunda geração. De dimensão prestacional, consistem em uma prestação do estado, de uma obrigação de fazer, ou seja, de uma conduta positiva. Mais ainda do que os direitos de liberdade, para a sua plena eficácia, dependem de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto. Objetivam, em última análise, a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação da população na distribuição da coisa e serviços públicos.

Diversamente dos direitos de primeira geração, os direitos fundamentais econômicos e sociais reclamam do Estado, uma crescente e ativa conduta, no sentido de fazer, melhorar, distribuir e redistribuir recursos existentes e criação de bens e serviços, visando diminuir as desigualdades na esfera econômica e social.

Com efeito, encontra-se intimamente ligado ao problema, o fator custo, não sendo possível em alguns casos, a simples intervenção do Órgão Judiciário para que tais direitos resultem satisfeitos. Sabe-se de pronto, que nem todos os direitos positivados podem, em face da limitada capacidade econômica do Estado, ser auto-aplicáveis, existindo alguns que, com certeza, dependerão de prazo não muito curto para a sua efetivação. Em outros casos, há a habitual alegação do Estado de que este ou aquele direito não se encontra ainda regulamentado, e por tal não pode ser exercido. Nesses casos, não raras são as vezes em que o Órgão do Ministério Público é chamado a funcionar como instrumento de efetivação de direitos.

De se falar então, da “reserva do possível”, que compreenderia, em sentido amplo, tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do Estado. De se aplicar ainda, em tais casos, o princípio da razoabilidade, não sendo, pois, razoável, se exigir do Estado, uma prestação que, embora dentro de sua capacidade e poder de dispor, não encontre limites em parâmetros de razoabilidade.

Sobre o tema, SARLET (2006: 302) conclui:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Em face do conteúdo das considerações já formuladas, alguns, anunciam que os direitos de defesa são considerados relativamente absolutos e os direitos sociais, absolutamente relativos.

5.4 Eficácia das normas sociais programáticas

Normas programáticas são normas que apresentam a característica comum de uma baixa densidade normativa, ou, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador. Mais ainda do que os dois grupos de normas mencionados anteriormente, referentes aos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, as normas programáticas dependem da forma de sua positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto. Contêm direitos que para atingir sua plena eficácia, não raras vezes depende da disponibilidade de meios, e, em muitos casos, da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera sócio-econômica.

Ainda como carga eficaz, (no sentido de efeitos propriamente ditos) destacam-se em todas as normas de direitos fundamentais, em comum, ainda que tratando-se daquelas que dependem de uma intervenção do legislador: a) a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental, e sua conseqüente não aplicação, independentemente de declaração de inconstitucionalidade; b) acarretam a vinculação do legislador no sentido de que, no cumprimento de seu mister profissional, não se afaste dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos; c) a imposição de que se declare a inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, em não estando em sintonia com o conteúdo dos direitos fundamentais; d) por sua natureza, as normas de cunho programático, devem constituir parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas jurídicas, por conterem princípios, diretrizes e fins que devem influenciar toda a ordem jurídica; e) os direitos fundamentais a prestações, mesmo os que reclamam uma atuação secundária, no mínimo, um direito subjetivo no sentido negativo, uma vez que, ainda que o Estado não esteja em condições de pronto atendimento, deve se abster de praticar conduta que contrarie o conteúdo da

norma que consagra o direito fundamental; e f) de considerar, por fim, que as normas de Direitos Fundamentais, uma vez implementadas, geram o que se convencionou chamar, “proibição de retrocesso”, transformando-se qualquer que seja a norma, num típico direito de defesa.

5.5 Eficácia dos direitos subjetivos a prestações sociais

Aqui mais uma vez nos deparamos com o questionamento dos limites do Estado, não sendo possível tirar de onde não se tem. Por tal motivo, conforme ensinamento de Canotilho, citado por Sarlet, é que a norma contida no art. 5º, § 1º, não pode, na esfera dos direitos sociais prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada, constituindo, na verdade, postulado objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

Daí a necessidade de políticas públicas voltadas a direcionar e racionalizar a aplicação de recursos, priorizando-se as necessidades mais graves e imediatas, com o fim de minimizar o impacto da reserva do possível, negando-lhe a capacidade e a força de se transformar em barreira intransponível para se alcançar a plenitude dos direitos fundamentais.

5.6 A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais

Nesse contexto, de se comentar a atuação dos poderes públicos na busca da eficácia dos direitos fundamentais e dos particulares. Para o legislador, significa uma limitação material de sua liberdade de conformação, no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora que deve se harmonizar com as normas de direitos fundamentais já contidas no texto constitucional. Ainda acarretará vinculação de sentido negativo, no sentido de que não poderá editar normas contrárias aos preceitos fundamentais. Em suma, consiste em legislar de acordo

com o espírito constitucional vigente, sem tirar o que foi posto, nem acrescentar o indesejável.

No mesmo sentido, a administração pública (Poder Executivo), no seu mister deverá adotar medidas que não contrarie, mas em sentido oposto, promova a plena eficácia das normas de direitos fundamentais, pautando-se ainda, em consonância com os demais princípios norteadores da administração pública. Deve-se, pois, administrar sem transgressões à ordem constitucional vigente, com tratamento igualitário para todos os governados, sem privilégios para uns em detrimento de outros, com rigor moral, prestando contas de seus atos e sempre em busca de resultados satisfatórios e eficientes.

Por último, as relações jurídicas entre os particulares também estão vinculadas a observar estrita consonância com os direitos fundamentais. Não que o Estado exerça força coercitiva e fiscalizatória, no entanto, não negará socorro àqueles que, prejudicados e feridos em seus direitos fundamentais, quando em litígio, quer seja em contratos ou outro tipo de relação jurídica, lhe solicite abrigo.

6 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tendo o constitucionalismo como principal objetivo, assegurar os direitos fundamentais contra o Poder, é exigível que possua instrumentos eficientes, haja vista a sempre ameaça de violação, mais especialmente pelos Poderes Legislativo e Executivo. Apenas o sistema de freios e contrapesos decorrente da separação de poderes, não tem se mostrado suficiente o bastante para assegurar tais direitos.

Ao legislativo, a priori, se exige a constitucionalidade de seus atos, impondo-se limites formais e materiais, quando no exercício de elaboração de seus atos normativos, e limites ainda mais rígidos impostos à reforma da Constituição. Verifica-se ainda tal proteção na existência de um sistema eficiente de controle de constitucionalidade, passando ainda por um controle judicial, sem nos esquecermos da inconstitucionalidade por omissão, a qual se verifica quando o legislador deixa de prover o ordenamento jurídico com a edição de norma reclamada no texto constitucional. De se falar ainda, das cláusulas pétreas, prevista no art. 60, § 4º, IV da CF, inconcebíveis de serem modificadas pelo constituinte reformador.

Contra a ameaça do Administrador, os direitos fundamentais encontram garantia no Poder Judiciário, com especial destaque ao disposto no art. 5º, XXXV, em que se assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Aqui não se poderia esquecer o relevante papel do Ministério Público como Órgão garantidor dos direitos fundamentais, sendo de sua competência, dentre outras atribuições, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, e ainda, promover o inquérito

civil e a ação pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por fim, citaremos, sem nos determos aos seus conceitos e conteúdos, posto bastante conhecidos e não constituírem objeto principal de nosso estudo – porém dele fazendo parte -, no entanto, de grande uso e utilidade no direito pátrio, os popularmente chamados “remédios constitucionais”, aos quais, preferimos chamá-los de “direitos garantias” ou instrumentos processuais garantidores e protetores dos direitos fundamentais. São eles: a) o “*habeas corpus*” (art. 5º, LXVIII da CF); b) o mandado de segurança (art. 5º, LXIX da CF); c) mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX da CF); d) mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CF); e e) o “*habeas data*” (art. 5º, LXXII da CF). A eles se podem acrescentar, embora tenham diferença de caráter em relação aos demais; a ação popular (art. 5º, LXXIII da CF) e a ação civil pública (art. 129, III da CF). E ainda, um outro, embora não judicial, de relevante valor, o direito de petição (art. 5º, XXXIV “a” da CF).

6.1 Da Proibição de Retrocesso

Tema que traz a baila assunto para discorrer em mais de uma monografia, é a questão da “proibição de retrocesso”, que aqui não pretendemos nos aprofundar, mas tão somente cingir poucas considerações. Vale num primeiro momento destacar que a questão da proibição de retrocesso é intimamente ligada à noção de segurança jurídica, a qual, na lição de Celso Bandeira de Melo, coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também a própria noção de dignidade da pessoa humana.

Com efeito, não há que se falar em dignidade da pessoa humana, sem um mínimo de estabilidade, que permita aos cidadãos confiarem nas instituições sociais e estatais. Daí poder-se dizer, que a proibição de retrocesso consiste, em breve síntese, na capacidade de incorporação ao sistema jurídico, de um direito que já fora positivado, não mais se permitindo a sua não aplicação, se constituindo, em última análise, num direito de defesa. Cuida-se, porque não dizer, de um direito adquirido, não mais possível de ser suprimido pelo Estado.

A questão dos direitos fundamentais, ainda que sejam numerosos e valiosos os trabalhos já desenvolvidos, está longe de se esgotar. A iniciar, em face das constantes transformações porque passa a humanidade, da evolução científica e tecnológica que, a cada dia, gera uma nova necessidade e a conseqüente luta por um novo direito. Não se deve, no entanto, como assinala alguns autores, dentre eles Manoel Gonçalves Ferreira Filho, banalizar os direitos fundamentais, no sentido de eleger quaisquer direitos, por vezes já anunciados no catálogo normativo, e pretender elevá-los à categoria de direitos fundamentais.

Ainda que forcemos no sentido de inventar novas teorias - não raras vezes, por vaidade profissional - é certo que os direitos fundamentais que ora conhecemos, ainda se manifestam nas profecias da Revolução Francesa do século XVIII. Por certo, novas teorias virão, bem como novos direitos, pois, no mundo, tudo se transforma, mas deixemos que siga o seu curso natural, sem receio, é claro, de enfrentar as novas questões que se apresentam.

Porém, como anunciado linhas acima, o problema que mais nos aflige, é o do efetivo exercício e preservação desses direitos. Bem sabemos de todas as barreiras que se apresentam, a começar pela própria intransigência do Estado em reconhecer direitos, seguida pela real limitação do poder de dispor, muitas das vezes por conseqüência da má distribuição de rendas ou da própria corrupção que assola e corrói o nosso País, e ainda, pela omissão ou submissão do Poder Legislativo em regulamentar os direitos já existentes. Daí, pugnarmos pela necessidade de revisão

do sistema tripartite de Poder do Estado, o qual deve se aparelhar e criar novos instrumentos que garantam os direitos já conquistados e outros que hão de surgir.

7 A DIVISÃO DE PODERES

7.1 Breve resumo histórico

Em sua obra “Política”, Aristóteles já fazia as primeiras colocações em torno da compartimentação das funções do Estado, identificando e classificando as diferentes atividades do governo, as quais já guardavam em alguns aspectos, semelhanças às atribuições dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Aristóteles distinguia os três poderes da seguinte forma: 1) Poder deliberante, o qual deliberava sobre todos os negócios do Estado; 2) Poder Executivo, atribuído aos magistrados e exercido com fundamento nas decisões tomadas pelo Poder deliberante; e 3) Poder de fazer justiça, o qual dizia respeito à jurisdição. Na formulação de Aristóteles, os “Poderes” não eram independentes, bem como não representava a significação que ora o emprestamos. Aristóteles apenas classificou e enumerou as atividades ou funções de um governo monocrático.

John Locke, em sua obra “Dois tratados sobre o governo”, publicada no ano de 1690, influenciado pelos importantes eventos ocorridos na história inglesa, em especial as revoluções do século XVII, começou a delinear de forma mais precisa, a idéia em torno de uma demarcação sobre os poderes do Estado. Não obstante, dissonante com o modelo constitucional vigente, Locke se inspirava na ascensão do liberalismo político que então se manifestava, e que ia frontalmente de encontro aos ideais do absolutismo monárquico. Ao discorrer sobre as necessidades que o homem, ao sair do estado de natureza, encontra, com o objetivo de manter sua propriedade (vida, liberdade e bens), John Locke foi enfático ao enumerar, em primeiro lugar, a necessidade de leis; em segundo, um juiz, conhecido e imparcial; e em terceiro, um poder para apoiar e sustentar a sentença quando justa e para dar-lhe a devida execução. Nas palavras de BONAVIDES (2004: 242) “Ali, Locke, com

seus tratados, consubstancia a primeira crítica séria e refutadora feita ao absolutismo”.

O que difere, no entanto, da proposta de Montesquieu, foi o demasiado relevo que Locke deu ao Poder Legislativo, colocando-o acima dos outros Poderes, de modo que os Poderes Executivo e Judiciário eram subordinados ao Legislativo. Não eram dotados, pois, de independência, e, não bastasse a subordinação dos poderes Executivo e Judiciário em relação ao Legislativo, o Poder Judiciário era considerado um poder nulo.

Foi, porém, Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, publicada em 1748, na qual, analisando minuciosamente as diferentes formas de governo ao longo da história e das mais diferentes civilizações, citando como modelo de governo, o Inglês, de John Locke, em doze anos de profundo estudo científico e empírico, definiu e classificou os poderes do Estado, delineando as suas funções próprias, e limites a evitarem a intromissão e submissão de um Poder em relação a outro. A fórmula dos “freios e contrapesos”.

De tamanha importância para a humanidade, a teoria de Montesquieu, que os primeiros juristas da Revolução Francesa, impressionados com o seu alcance, inscreveram no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que: “Toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.

Considerando a forma como este enunciado foi escrito – num único artigo a preocupação com a garantia dos direitos e a necessidade de separar e limitar o poder - podemos ter uma idéia do quão indissociáveis e do quanto caminharam juntos e evoluíram os ideais revolucionários do século das luzes. Estava posto que os direitos não estariam garantidos se instrumentos de contenção do poder não fossem colocados à disposição do próprio Estado, no sentido de que seus próprios

Órgãos interagissem em um só caminho, mas com seus poderes limitados e freados uns pelos outros, evitando-se a concentração de poder em uma única pessoa, o que levaria, com certeza, ao abuso e a arbitrariedade.

7.2 Questionamento sobre o termo “Divisão de Poderes”

Há quem defenda que a teoria da divisão dos poderes, no pensamento de Montesquieu tem como objetivo e idéia central, a harmonia e o controle de um Poder com relação aos outros, e não simplesmente a divisão. No entanto, o que Montesquieu ressalta é a divisão, no sentido de que os Poderes, de fato, tenham funções próprias, e somente daí, considerando as garantias e prerrogativas Constitucionais, inerentes a cada um deles, todos, desempenhando suas funções em busca de um objetivo e bem comuns, resulte, independente de disciplinamento legal, como consequência natural, a harmonia e o controle de um com relação aos outros. É, pois, a harmonia, uma consequência natural. Daí concluir MONTESQUIEU (1998: 181), que: “Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto”.

Partiu-se do princípio de que, a concentração de poderes em uma única pessoa resultaria em situações de abuso e arbitrariedade. Por isso, necessária a divisão de Poderes. Para que cada Poder freie o outro, impedindo assim, o abuso. O momento era de grande insatisfação com o absolutismo monárquico e efervesciam os ideais revolucionários com o firme propósito de limitar o poder real. Este o fundamento da divisão dos Poderes.

Senão vejamos, ainda pelas próprias palavras daquele, primeiro a estudar as funções do Estado de forma sistemática e científica, MONTESQUIEU (1998: 167):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo é reunido com o Poder Executivo não existe liberdade (...) tão pouco existe liberdade se o poder de julgar não fosse separado do Executivo e do Legislativo (...) tudo estaria perdido se o mesmo homem (...) exercesse os três Poderes.

Vê-se, pois, que a concentração de Poderes é letal ao Estado, e conseqüentemente, à sociedade, por conduzir ao abuso do Poder e via de regra, ao processo de marginalização e atrofiação política de um Estado. Nos governos em que impera o despotismo, os direitos e garantias são comumente violados.

Em sua obra, Montesquieu definiu os Poderes em: O Legislativo; O Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das Coisas que dependem do Direito Civil, referindo-se a este último como sendo o Poder de Julgar. Ao primeiro, atribuiu a função de fazer ou corrigir as Leis, e ao segundo, o poder de fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança e prevenir as invasões.

Na concepção atual, tem-se que ao Poder Legislativo, como atribuições próprias ou típicas, as funções de fazer, derrogar ou ab-rogar leis; ao Poder Executivo, a aplicação das Leis e a Administração Pública; e ao Poder Judiciário, o exercício da atividade jurisdicional, dirimindo os conflitos entre os cidadãos ou entre estes e o Estado. Não sendo tais funções, em princípio, exclusivas, posto que, como veremos adiante, a função exclusiva e preponderante ou típica de um Poder, em outro Poder se apresenta como função atípica.

É, no entanto, com Immanuel Kant (Os Grandes Filósofos do Direito, MORRIS, 2002: 254) em sua obra "A Doutrina do Direito", publicada em 1797 que ouviremos pela primeira vez, falar-se em "cooperação entre os três Poderes". Assim se manifesta o filósofo:

É por meio da cooperação desses três Poderes – O Legislativo, o Executivo e o Judiciário – que o Estado realiza a sua autonomia. Esta autonomia consiste em organizar-se, formar-se e manter-se de acordo com as leis da

Liberdade. Em sua união é realizado o Bem-estar do Estado(...)Não por isso apenas o bem-estar e a felicidade individuais dos Cidadãos do Estado.

Em verdade, enganam-se aqueles que falam em tripartição dos Poderes, pois o Poder, como atributo do Estado é uma unidade. O que se verifica é a repartição de funções a serem desempenhadas pelos órgãos do Estado. Como já mostrado em linhas acima, em épocas anteriores a Montesquieu já se identificavam as várias funções a serem desempenhadas pelo Estado, mesmo no tempo dos chamados Estados Absolutistas, em que todo o poder se concentrava na vontade de uma única pessoa, do soberano, já se sabiam, como Aristóteles, da existência das várias funções. O que ocorria era que este soberano detinha todo o poder em suas mãos e não raras vezes o governo se deteriorava, e imperava o despotismo, a desigualdade e a injustiça. O que inovou Montesquieu foi o fato de propor um sistema em que pessoas ou órgãos distintos desempenhariam funções distintas, porém, já conhecidas, evitando-se que todo o poder fosse concentrado nas mãos de uma única pessoa, e que, em assim procedendo, o resultado fosse o controle recíproco e a contenção de abusos e arbitrariedades.

Assim, temos que o Poder é uno e indivisível, posto que quem o detém é o Estado, e não os Órgãos que executam as diferentes funções. E em última análise, seu titular é o povo que o delega por contrato a um governo em troca de segurança e de sobrevivência de sua espécie.

7.3 Funções típicas

São funções típicas, aquelas exercidas com preponderância pelos Poderes ou Órgãos do Estado. As funções, em razão das quais o Poder ou o Órgão justifica a sua existência. Assim, temos que, não obstante, todos os Poderes exerçam atividades comuns a todos, as funções típicas ou preponderantes são aquelas que justificam e identificam a existência do Poder ou Órgão. Isso se dá, em virtude de que a separação absoluta de funções entre os Poderes, é algo que na prática não ocorre. Todos administram, legislam e julgam, sendo que a função típica

de um, corresponde à função atípica dos outros. Típicas são, pois, as funções de fazer, derrogar ou ab-rogar normas, para o Poder Legislativo; Executar as normas e administrar o Governo, para o Poder Executivo; e, dirimir os conflitos entre os cidadãos ou entre estes e o Estado, para o Poder Judiciário.

Com efeito, de relevante interesse ainda, para o equilíbrio de forças entre os Poderes, para que um não exerça domínio ou subordine o outro, o sistema de freios e contrapesos, em que nossa Constituição prevê instrumentos de defesa e de controle de um com relação aos outros. Assim, tendo o Poder Legislativo a função principal de elaborar normas, pode o Executivo, em não concordando com o seu teor ou impacto, vetá-la. Em contrapartida, pode o Legislativo rejeitar o veto, e ainda, no estrito exercício de suas funções, pode o Poder Judiciário negar-lhe eficácia, declarando sua inconstitucionalidade. No mesmo sentido, pode uma proposta de lei enviada pelo executivo sofrer emendas pelo legislativo.

7.4 Funções atípicas

São funções atípicas, as exercidas sem exclusividade. As funções comuns a todos os poderes e preponderantes a apenas um deles. São exemplos: A função de julgar seus pares concedida ao poder legislativo, assim como a função de administração interna de sua casa; a função de auto-administração do Poder Judiciário, assim como a iniciativa de leis, concedida ao Poder Executivo, apenas a título de exemplificação.

7.5 Princípio da independência entre os poderes

Outra característica dos Poderes é a independência, a qual nas lições de SILVA (2005: 110), significa:

- a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos Órgãos do Governo não dependa da confiança nem na vontade dos outros;
- b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização, e;
- c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Assim é que, conclui o insigne constitucionalista, cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos da administração pública, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes. É da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes. Às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao chefe do Executivo, incumbe a organização da administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.

Ao Poder Judiciário somou-se agora, com o advento da Emenda Constitucional de nº 45, a competência de nomear seus Juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento. Tal independência não é absoluta, subsistindo sempre o controle, nunca subordinação, de um poder sobre o outro. Assim, o Presidente da República não pode interferir na atividade jurisdicional, no entanto, os Ministros dos Tribunais Superiores são por ele nomeados, devendo o indicado, entretanto, se submeter ao crivo do Senado Federal que deve aprovar a indicação.

7.6 Princípio da harmonia entre os poderes

Ainda como característica distingue-se a harmonia entre os Poderes, a qual se manifesta em um primeiro momento, no mútuo respeito com que os Poderes se tratam em suas relações cotidianas. De forma que as prerrogativas e faculdades previamente estabelecidas, não sejam afetadas em suas relações e condutas no exercício de suas funções, as quais, devem convergir para um objetivo único e

inarredável, qual seja, o bem comum, ainda que tenham que conviver com as interferências que visam estabelecer o sistema, já mencionado, dos “freios e contrapesos”. De observar, que tal sistema busca exatamente o equilíbrio necessário para a realização do bem coletivo, evitando-se assim, o abuso de um Poder em detrimento dos outros ou ainda, e principalmente, em detrimento dos próprios governados.

Podemos com certa facilidade concluir que nos Estados Modernos, onde se instalaram as sociais-democracias, o poder pertence ao povo, o qual, por pacto, em detrimento de uma liberdade sem limites, aquela experimentada em estado de natureza, o entregou ao Estado, em troca de maior segurança e da expectativa de preservação de sua espécie. E para executar suas tarefas e acompanhar o seu crescimento, o Estado teve que evoluir e se dividir em forças, criando instrumentos que possibilite manter o Poder unitário, porém, não mais concentrado nas mãos de um único soberano.

8 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO

Para melhor análise da origem da expressão política “Estado Moderno”, necessária se faz uma pequena incursão pelas formas de governo nos Estados ocidentais na antiguidade e idade média.

8.1 Antecedentes do Estado

O Estado na Antigüidade era a *polis* (a cidade). Era na cidade onde se concentrava todo o poder e a força militar dos impérios. Da cidade, com sua geografia política urbana, o faraó, o rei, ou o imperador - titular absoluto do poder – expressavam suas vontades e executavam seus planos de conquistas. São exemplos, Babilônia, Esparta, Atenas e Roma, dentre tantas outras. De outro lado, destacava-se o zelo sagrado da coisa pública, da *civitas* romana.

De organização feudal, construída sobre os escombros do Império Romano, a Idade Média cristã, teve a oportunidade de ver nascer sob a denominação de Estado, uma instituição materialmente concentradora de coerção com aptidão para mostrar a unidade de um sistema pleno de normatividade e eficácia absoluta. Com o advento do Cristianismo, rompeu-se a unidade do sistema, até então expressa pela fusão das esferas política e religiosa.

8.2 Fundamento do Estado Moderno

Foi, sem dúvida, o princípio da soberania, o primeiro a se instalar no Estado Moderno. Era imperativo conceder ao soberano, prerrogativas absolutas que

lhe personalizasse diante das relações com os súditos e com os outros Estados, dotando-lhe de autoridade central, única e monopolizadora de coerção. Atributos revelados e sustentados por Maquiavel em sua obra "*O Príncipe*".

BONAVIDES (2004: 30), em sua Teoria do Estado, assim se expressara sobre os argumentos de Maquiavel:

O florentino secularizara o messianismo teleológico para levantar frente ao edifício do poder a estátua do príncipe todo-poderoso, desembaraçado de escrúpulos, vinculado unicamente aos fins que lhe justificavam os meios no exercício de uma autoridade sem limites e que, por isso mesmo, atravessava as fronteiras da moral, dos bons costumes, da obediência cidadã, estabelecendo entre a pessoa do governante e a *res publica* uma promiscuidade que desembocava no arbítrio e nas demasias do tirano ungido pela filosofia do oportunismo.

A idéia de grandeza, majestade e sacralidade da soberania coroava a cabeça do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado Moderno, que era Estado da soberania ou do soberano, antes de ser Estado da Nação ou do povo.

8.3 O absolutismo e o Estado Moderno

A teoria da soberania é analisada em duas fases sob a égide do Estado Moderno absolutista. Num primeiro momento, se apresenta o regime da Monarquia absoluta de direito divino, legitimado em seus fundamentos teóricos pela doutrina teológica, a qual colocava a autoridade do Papa ao lado da autoridade do soberano com o objetivo de dar-lhe amparo e sustentação.

Num segundo momento, a teoria do Estado absoluto de direito divino, por suas relações de constantes disputas de supremacia, rompe aliança com o clero. Nesta fase, o absolutismo encontra fundamentação em bases filosóficas e consensuais. O poder já não promana da divindade, mas do homem e de sua razão prática. Destaca-se nesta fase, o contratualismo de Hobbes, segundo o qual, a força e o poder do soberano se fundamentavam no contrato social, em que a razão, ou instinto de sobrevivência impusera ao homem sacrificar a liberdade em troca de sua conservação.

8.4 Do Estado absoluto ao Estado constitucional de direito

A segunda metade do século das luzes, com a queda da Bastilha, a filosofia proclamada por Montesquieu e Rousseau, em o “Espírito das Leis e o Contrato Social”, respectivamente, inaugurava um novo período em que o direito da força, do soberano, do absoluto, era substituído pela força do direito, ou do Estado constitucional de direito. Este, portanto, o desafio maior do Estado Moderno, converter o Estado absoluto em Estado constitucional. O poder de titularidade impessoal, mas tendo como fundamento sempre a lei. Os textos legais são a máxima de valor supremo.

Em sua evolução, o Estado constitucional, em sábia lição de BONAVIDES (2004: 37), de sua inauguração até os tempos atuais, ostenta três distintas modalidades: O Estado constitucional da separação de Poderes ou Estado Liberal, surgido logo após a revolução da independência americana e a revolução francesa, na segunda metade do século XVIII; O Estado constitucional dos direitos fundamentais ou Estado Social, que predominou nas Cartas constitucionais do século XIX; e, o Estado constitucional da Democracia participativa ou Estado Democrático-Participativo, que vivenciamos na atualidade em menor ou maior graduação, dependendo do contexto sócio-político das nações.

Acrescenta BONAVIDES (2004: 37):

Não há propriamente ruptura no tempo tocante ao teor dessas três formas imperantes de organização estatal, senão metamorfose, que é aperfeiçoamento e enriquecimento e acréscimo, ilustrados pela expansão crescente dos direitos fundamentais bem como pela criação de novos direitos.

O Estado Liberal não é estático, e evolui; a dinâmica política, sem eliminá-lo o substrato de liberdade, mas antes forcejando por ampliá-lo, faz nascer o Estado Social, o qual introduz nos artigos da Constituição os direitos sociais.

O natural destino daqueles que optarem pelo “caminho certo”, será alcançar o terceiro estágio que é, segundo alguns doutrinadores, o da Democracia participativa. No entanto, muitos são os saudosistas do Estado Liberal, que insistem

na diminuição do Estado e a volta ao individualismo extremo. Foi o que ocorreu na história recente de nosso País, em que os chamados neoliberais, venderam - por valores no mínimo suspeitos -, grandes empresas nacionais de alta lucratividade, as quais geravam riquezas e empregos, além de atuarem em setores estratégicos como os de telecomunicações, energia e produção mineral com a simplória e falsa promessa de enxugar o Estado e pagar a dívida externa. Além de não cumprirem a promessa, somente contribuíram para o agravamento dos problemas sociais. Não perceberam, eles – ou não quiseram perceber - que diferente dos países do primeiro mundo e até mesmo de alguns países da América Latina, como Argentina e Chile, o Brasil ainda não solucionou seus problemas e desigualdades sociais, não sendo possível, pois, ultrapassar uma etapa de significativos avanços em termos de conquistas de direitos sem antes de os terem garantido.

9 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

9.1 Ministério Público: Primeiros questionamentos

Muito se tem discutido desde a edição da atual Constituição até os dias de hoje, sobre a posição do Ministério Público no atual modelo constitucional. Erigida na Carta a categoria de Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tem sido apresentado por alguns como um novo Poder. Para uns, um Poder fiscalizador, e para outros, um Poder com características e semelhanças a um Poder Moderador, nos moldes em que fora concebido e adotado na Carta do Império.

Para melhor compreensão desta Instituição que muito tem contribuído para a consolidação da democracia em nosso País, voltemos um pouco ao passado e analisemos a sua origem e sua história ao longo de sua existência.

9.2 Ministério Público: Origem e História

De origem controvertida, as primeiras indicações remontam ao século XIV com a união da instituição responsável pelos feitos cíveis de interesse do rei, os “advogados do rei” (*advocats du roi*) e a responsável pela defesa do fisco e questões criminais, os “procuradores do rei” (*procureurs du roi*). Assim nasceu o Ministério Público francês, responsável pela defesa dos interesses do soberano, o qual representava os interesses do próprio Estado. No entanto, somente após a Revolução Francesa a instituição obteve maior autonomia, conquistando as garantias da inamovibilidade e da independência em relação ao Poder Executivo.

Hoje, a função de procurador do rei é desempenhada por órgãos específicos, tal como ocorre em nosso país, e aqueles passaram desempenhar a função de procuradores da sociedade, atuando na defesa dos seus interesses. A origem francesa, muito embora não constitua unanimidade, é, portanto, a mais aceita entre os doutrinadores.

Alguns apontam a origem da Instituição no antigo Egito há 4000 anos atrás, através dos *magiaí*, funcionários reais considerados a língua e os olhos do rei. Segundo relatos, tais funcionários tinham como característica a perseguição aos injustos e a proteção dos cidadãos pacíficos e honestos. Há relatos ainda na Antigüidade, na Grécia, com o funcionário denominado de *thesmotetis* ou *desmodetas*, cuja principal atribuição era velar pela correta aplicação da lei. Não exerciam a acusação estatal, pois, em vários países da antiguidade tal mister recaía na pessoa da própria vítima ou de seus familiares. Em Roma, distinguiram-se os *advocatus fisci* e os *Procuratores Caesaris*, da mesma forma e pelos mesmos motivos não atuavam na persecução criminal, mas defendiam o Estado romano e o tesouro de Caesar. De se destacar ainda, os *eforos*, em Esparta, os quais, sendo juízes, exerciam o *múnus* da acusação e ainda deveriam manter o equilíbrio entre o poder real e o poder senatorial.

Na idade média destacaram-se as figuras dos *saions*, próprias do direito visigodo – tribo bárbara de origem germânica que saqueou Roma no Século V – e que tinham como atribuições a acusação estatal e a defesa dos órfãos; os *vindex religionis* do Direito Canônico; e os *Germeiner Anklager*, que exerciam na Alemanha, em caso de inércia do particular, a função acusatória.

No Brasil, a origem do Ministério Público remonta ao Direito Lusitano vigente ao tempo da colonização, do Império e da proclamação da República. O promotor de Justiça já era mencionado nas Ordenações Manuelinas de 1521, o qual deveria ser alguém “letrado e bem entendido para saber despertar e alegar as causas e razões, que para lume e clareza da justiça e para inteira conservação dela

convém”. Nesse período já se definiam suas atribuições, de fiscalização das leis e da Justiça e no direito de promover a acusação criminal.

Mas somente em 1609, com a criação na Bahia do Tribunal de Relação do Brasil foi definida pela primeira vez, em território brasileiro, a figura do Promotor de Justiça e suas atribuições, o qual, juntamente com o Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, compunham mencionado Tribunal. Aos Promotores, segundo LIRA apud GARCIA (2005: 32), caberia a função de velar pela integridade da jurisdição civil contra os invasores da jurisdição eclesiástica, sendo obrigados a ouvir missa rezada por capelão especial, antes de despachar, e a usar Opa.

Em 1751, o primeiro passo foi dado com vistas à separação do Ministério Público das causas relativas ao fisco, passaram as duas atribuições a serem desenvolvidas por dois titulares distintos. Nesse ano foi criado o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, o qual passou funcionar em 1808 como Tribunal de segunda instância, podendo julgar os recursos dos demais Tribunais de Relação. Até então, os recursos eram julgados pelo Tribunal de Relação de Lisboa.

Com o Código de Processo Penal do Império, de 1832, o Ministério Público ganhou o status de órgão da sociedade, titular da ação penal. No entanto, essa titularidade não era exclusiva, a qual podia ser exercida por qualquer do povo, circunstância que minimizava a importância da função. Em seguida, foram introduzidas outras inovações, como a criação do Promotor adjunto, com o fim de substituir o titular em suas faltas ou impedimentos (1871); novas atribuições, como visita mensal às prisões, diligenciar a soltura de réus (1836); impedimento de exercer a advocacia nas causas cíveis que pudessem vir a ser objeto de processo crime (1859), dentre outras.

A lei do Ventre Livre, ao estabelecer que ao Promotor de Justiça cabia zelar para que os filhos livres de mulheres escravas fossem devidamente

registrados, deu-lhe a função de protetor do fraco e do indefeso, a qual viria a ser reconhecida posteriormente como defesa dos hipossuficientes.

Com o processo de codificação do Direito brasileiro, ocorrido após a proclamação da República, o Ministério Público ganhou novas atribuições, mas ainda acumulando as funções de Procurador do Estado, da Fazenda, das causas criminais e intervenção em processos cíveis, apenas como parecerista.

A Constituição Federal de 1937, não obstante ter feito menção tão somente ao Procurador Geral da República, instituiu o chamado “quinto constitucional”, importante instrumento garantidor da presença de membros do Ministério Público nas decisões dos Tribunais.

O Código de Processo Civil de 1939 disciplinou a atuação do Ministério Público na esfera cível, e o Código de Processo Penal de 1941, consolidou a titularidade da ação penal e atribuiu-lhe novos poderes ou funções, dentre os quais, o de requisitar instauração de inquérito policial.

Na Constituição Federal de 1946, a Instituição foi tratada em título especial, sem vinculação a qualquer dos Poderes e lhes foram asseguradas as primeiras prerrogativas, tais como a estabilidade e inamovibilidade, bem como a necessidade de concurso público para ingresso na carreira, além de criar os Ministérios Públicos Federal e Estadual.

Diferente do que se poderia imaginar, na Constituição Federal de 1967, quando o Ministério Público passou a figurar como subordinado ao Poder judiciário, a Instituição alcançou importantes conquistas e a passos largos, caminhou em busca de sua independência e autonomia. O retrocesso ocorrido através da Emenda Constitucional de 1969, em que, além de perder algumas vantagens de ordem

financeira, o subordinou ao Poder Executivo, não afastou a Instituição de seus objetivos e destino, objetivos estes, finalmente consolidados na atual Constituição.

Várias foram as legislações seguintes que ratificaram, fortaleceram e criaram novas atribuições ao Ministério Público, dentre as quais citamos: Lei Complementar nº 40/1981, que estabelecia normas gerais a serem adotadas na organização dos Ministérios Públicos dos Estados; Código de Processo Civil de 1973; Lei do mandado de segurança de 1951; Lei de Falências, de 1945; Lei da Ação Popular, de 1965; Lei de Alimentos, de 1968; Lei de Registros Públicos, de 1973; As legislações trabalhistas; Lei Orgânica, de 1993, dentre outras.

Ainda assim, podemos constatar que até os primeiros anos da década de 1970, o perfil das atribuições da Instituição ainda era voltado para a persecução criminal e a intervenção em algumas questões cíveis como mero emissor de pareceres.

A Emenda Constitucional de nº 07 de 1977 alterando o art. 96 da Constituição, autorizou os Ministérios Públicos a se organizarem em carreira por leis Estaduais. Daí, o advento da Lei Complementar nº 40 de 14 de dezembro de 1981, que traçou um novo perfil à Instituição, definindo-a como “permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, e pela fiel observância da Constituição e das Leis”. Texto que veio a quase se repetir no artigo 127 da Carta Política de 1988.

Seguiram-se então novas atribuições, sendo as de maior relevância e as que mais impacto causaram no seio da sociedade, as advindas da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, a conhecida Lei da Ação Civil Pública, a qual conferiu à Instituição, além de novas atribuições, poderes até então lhes negados, como o direito de instaurar e presidir inquéritos civis públicos e poderes investigatórios, em defesa dos

direitos difusos e coletivos, tais como, os relacionados à defesa do meio ambiente, patrimônio histórico artístico e cultural, do consumidor, do deficiente, da criança e do adolescente, do idoso, dentre outros. Com esse instrumento o Ministério Público passou a desempenhar um papel de maior relevância na esfera cível, e gozar de maior credibilidade, prestígio e respeito perante a sociedade, em face do grande número de ações instauradas em defesa daqueles que são relegados à margem da sociedade. É o moderno Ministério Público, o defensor da criança e do adolescente, do idoso, do deficiente, do consumidor, dos discriminados socialmente, em fim, de todas aquelas minorias que nunca tiveram vez e nem voz, e encontraram na Instituição, aquela luz que imaginavam ter-se apagado. É o início da era do Direito Social, aquele voltado às causas efetivamente sociais.

Como se pode ver, a evolução por que passa a humanidade necessita cada vez mais de instituições fortes e preparadas. As relações de direito são cada vez mais complexas, exigindo do Estado uma melhor distribuição das funções (poderes) para que as tarefas sejam executadas com maior eficiência e celeridade, atendendo a um maior número de pessoas com maior racionalidade e maior alcance social. Na atualidade, onde se pratica o Direito voltado para a sociedade, não há como, somente os Poderes institucionalizados pela clássica Teoria de Montesquieu, assumirem todas as tarefas, sem que as suas, típicas e atípicas, já conhecidas sofram prejuízos.

Muitos falam aos cochichos, mas poucos têm a coragem de afirmar em alta voz, que a proposta de Montesquieu, merecedora de todos os elogios e créditos que lhe foram depositados, hoje carece de aperfeiçoamento e reestruturação. Não por sua ineficácia, mas pela permanente e dinâmica metamorfose por que passa a humanidade. Também muitos, são os que na calada da noite, admitem tratar-se o Ministério Público, um quarto Poder. Mas, igualmente poucos os que defendem a proposta de elevação ao status de Poder, nos foros competentes com a altivez que a Instituição, a sociedade e o Próprio Estado reclama.

As funções típicas, aquelas em função das quais, o Órgão existe e não executáveis por qualquer outro Poder, já foram postas pela própria evolução dos tempos para atender as demandas sociais, e a atual Carta as positivou, relacionando-as em seu artigo 129. Hoje seria insensato imaginar uma nação democrática sem um Ministério Público forte e independente. Ao que nos parece, a intransigência de alguns se manifesta pelo temor de perder poder. O que não se justifica. Mais uma vez, se faz necessário lembrar que, como ocorrera quando da adoção do sistema tripartido, o que se dividiria seriam tão somente funções, e não poderes.

Pela Constituição Federal de 1988, o Ministério Público recebeu uma autonomia especial, a qual não apenas lhe permite, mas lhe vincula, à defesa, - no momento em que exerce a fiscalização das leis e da Constituição -, dos direitos fundamentais, do patrimônio público, do meio ambiente e do respeito aos direitos e dignidade da pessoa humana. Não se permitindo, pois, a sua subordinação a qualquer outro poder, em face dessa atribuição marcadamente fiscalizadora.

9.3 Status constitucional

Em capítulo próprio na atual Constituição, entre os artigos 127 e 130-A, o Ministério Público foi erigido à categoria de Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A observarmos apenas este preâmbulo, sem adentrarmos na enumeração de suas atribuições, destacadas no artigo 129 da CF e outras em normas acima mencionadas, já podemos ter uma idéia da vasta carga de atribuições conferidas ao Órgão. Para tanto, a Instituição tem como princípios, a unidade, a indivisibilidade e independência funcional, gozando seus membros das mesmas garantias concedidas aos membros do Poder Judiciário: vitaliciedade; inamovibilidade; e irredutibilidade de subsídio.

Não vemos, no entanto, o Ministério Público como um Poder Moderador, nos moldes daquele adotado no Império. Aquele, concebido pelo francês Benjamin Constant, deveria ser neutro, contrastando com os demais poderes ativos, colocando-se acima destes, e somente deveria intervir para resolver pendências de maior gravidade. Ser exercido apenas quando estivessem ameaçadas a sobrevivência das instituições ou comprometidas irremediavelmente as relações entre os demais poderes. O Brasil, naquele século XIX foi o único País a adotá-lo. No entanto, de início se praticou o equívoco de concentrar o Poder Moderador e o Executivo nas mãos de uma única pessoa, o Imperador D. Pedro I, ferindo de morte, fundamento básico da teoria da divisão dos poderes, qual seja, o da limitação do poder. Ainda assim, sobressaiu-se da história o comportamento sereno do Imperador, que soube, dentro de suas limitações, conduzir o governo e exercer o controle e o equilíbrio entre os poderes.

As características do contemporâneo Ministério Público, não são de moderação ou de intermediação, mas de ação. Preferimos entendê-lo como um Poder fiscalizador e transformador. Os instrumentos e prerrogativas já lhes conferidos lhes dão as condições necessárias, como de fato, já ocorre, para a realização de suas funções, não necessitando de consulta ou de autorização dos demais poderes. Para a realização de seus serviços, seus agentes são livres e obedientes tão somente aos ditames constitucionais e legais.

Ao discorrer sobre a questão, MAZZILLI (1991: 39-41), embora admitindo que o sistema tripartite de poder é antes político do que científico, entendeu correta a solução encontrada pelo constituinte para retirar o Ministério Público da subordinação dos Poderes Executivo ou Judiciário, sem, no entanto, elevá-lo à categoria de quarto Poder. Justificou sua posição, afirmando que a natureza das funções da Instituição é administrativa, portanto, típicas, em tese, de outro Poder, o Executivo. Ainda no seu entendimento, o importante não era a conquista do status de quarto Poder, mas das garantias e instrumentos de atuação conferidos à Instituição e a seus membros que lhes conferissem a tão sonhada independência. Com Isto não podemos concordar. Não há como imaginar, o Poder Executivo

fiscalizando suas próprias ações. Nada obstante, concordarmos com a natureza administrativa, emprestada às funções da Instituição, estas, no entanto, são atípicas a qualquer outro Poder. O que percebemos é que, naquele momento, as conquistas foram consideradas bastante acentuadas e generosas pela classe, não subsistindo motivos para reclamações ou outras reivindicações.

Na mesma direção, porém em sentido diverso, GARCIA (2005: 44), em sua obra “Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico”, provavelmente a mais completa sobre a Instituição, publicada no Brasil, admitiu ter a o Ministério Público status e prerrogativas de poder, no entanto, embora observando ainda, que no art. 85, II da CF, o constituinte considerou crime de responsabilidade do Presidente da República praticar qualquer atentado contra “o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação”, por considerar apenas “infeliz a opção do Constituinte originário”, em não assim considerar, como Pilatos, perfilhou-se com o entendimento acomodado de que a Instituição não é um poder. Antes GARCIA (2005: 45) não tivesse citado as palavras do Ministro Alfredo Valladão, o qual sobre o assunto assim se pronunciou:

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

Nesse mesmo sentido, entendemos que, o que se procurou negar à Instituição foi, além do status político, a autonomia financeira. Esta, no entanto, ainda nas lições de Hugo Nigro Mazzilli, é complemento necessário da autonomia e da independência funcional, uma vez que, autonomia financeira, nada mais é, que a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Autonomia financeira é, pois, inerente aos Órgãos funcionalmente independentes. E, em assim sendo, a instituição a possui.

Não bastassem as razões já apontadas para justificar uma revisão da teoria tripartite, tais como, a evolução do Estado, uma maior complexidade, e um considerável aumento das demandas sociais, em face até mesmo do aumento populacional, verificamos com maior intensidade, principalmente em nosso País, a necessidade de uma fiscalização e controles mais rígidos, no que diz respeito à administração pública. Seara em que o Ministério Público, por sua atuação altaneira, tem alcançado efusivas vitórias, reconhecimento popular, e a antipatia de certos setores da classe política e empresarial de nosso país.

O que ainda se poderia discutir era a forma de investidura de seu Chefe. O Procurador Geral da República é nomeado pelo Presidente da República, dentre integrantes da carreira, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Já os Procuradores Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, são nomeados pelo respectivo Chefe do Poder Executivo, dentre os apresentados em lista tríplice também integrantes da carreira. No entanto, há de se observar que tal procedimento não fere o princípio da independência, pois, na composição da cúpula do Poder Judiciário, a nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais Federais também é atribuição do Presidente da República, após idêntico procedimento no Senado Federal.

Com efeito, se é verdade que já havia uma simetria constitucional com o Poder Judiciário, esta resultou ainda mais reforçada com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004. Passaram as instituições a ter em comum: Conselho Nacional de Justiça (art.103-B) e Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A); Justiça da União (art.106) e Ministério Público da União (art. 128, I); Justiça Estadual (art. 125) e Ministério Público Estadual (art. 128, II); Autonomia institucional do Poder judiciário (art. 99) e Autonomia institucional do Ministério Público (art. 127, § 2º); Estrutura de Carreira no Poder Judiciário (art. 93, I, II e III) e Estrutura de carreira no Ministério Público (art. 129, § 4º); Garantias e vedações dos Membros do Poder Judiciário (art. 95) e Garantias e vedações dos Membros do Ministério Público

(art. 125, § 5º); e por fim, isonomia de remuneração (art. 93, V e art. 129, § 4º, respectivamente).

Não há dificuldades no entendimento. A divisão de poderes na forma clássica tripartida, em face da evolução do estado com o conseqüente aumento e complexidade das atribuições, tornou-se insuficiente, necessitando de outros órgãos desvinculados e independentes, para executar as novas tarefas. O Ministério Público tem essas características de Poder. Na mesma esteira, exercendo hoje atribuições próprias e desvinculadas de outros Poderes em suas funções institucionais, temos ainda, os Tribunais de Contas.

A nossa atual Constituição foi corajosa quando inovou e fortaleceu o sistema de freios e contra-pesos, incrementando a fiscalização sobre os poderes já constituídos, com o fortalecimento do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, mas fraquejou ao não elevá-los à categoria de Poder. Ao contrário do que fez o Constituinte venezuelano em sua mais recente Constituição de 1999, que estabeleceu não apenas quatro, mas cinco poderes: o Executivo; o Legislativo; o Judiciário; o Poder Cidadão (composto pelo Ministério Público e Defensoria Pública) e o Poder Eleitoral.

Concluimos que, já passados mais de 250 anos, o tema da divisão dos Poderes ainda provoca grandes discussões e questionamentos. A Teoria Clássica de Montesquieu ainda é aplicada em todos os Estados modernos pós Revolução Francesa. Em alguns, com maior intensidade, noutros, com menor, mas, como nas palavras de BONAVIDES (2004: 269),

[...] quando a grande torrente passou sobre o século XVIII, serenada a disputa filosófica, descontados os seus desmandos, restituída a paz doutrinária, ficou a liberdade do liberalismo, a despeito de todas as suas insuficiências e omissões, como uma conquista irrevogável e permanente plantada na consciência do Ocidente. Não houve um código político que não a inscrevesse, nem revolução de povos que não a pleiteasse, nem príncipe, que outorgando cartas constitucionais, a recusasse. Quem

examina esse fato e compreende a verdade dessas conclusões já conheceu todo o valor e merecimento da obra filosófica de Montesquieu.

Contudo, é certo que o mundo vive em constante evolução e transformação, o que hoje é correto, amanhã pode não ser, o que é bastante para hoje, para amanhã pode ser insuficiente, o que hoje é moderno, amanhã certamente será velho. Os avanços tecnológicos acontecem num piscar de olhos. Sabemos quem inventou o telefone, a luz elétrica, o avião, mas, na atualidade, não há tempo entre uma invenção e outra, de conhecermos e homenagearmos o inventor. Não conhecemos o pai da criatura, senão sua marca, seu logotipo. E como tudo, o modelo tripartido de Poderes, se de longe, ainda não pode ser abolido, descartado, é certo que, com o crescimento do Estado, sua evolução, o aumento de suas necessidades, o surgimento de novas exigências, e de outras funções a serem desempenhadas, esse Estado exige aperfeiçoamento. E se esse aperfeiçoamento tiver que passar pela modificação do atual sistema de Divisão de Poderes, não há razões para não se fazer.

Como vimos a idéia de tripartição de poderes se tornou insuficiente e ultrapassada, em face das transformações ocorridas e das novas necessidades que se apresentam, sendo necessária, a junção de novos Órgãos para a realização das novas tarefas. A subordinação do Ministério Público a quaisquer outros Poderes, se mostrou até o presente momento, inadequada, ainda que sua atuação tenha significado um grande avanço para a consolidação de nossa Democracia.

E nessa constante evolução, a Instituição Ministério Público seguiu seu desígnio, demonstrando ser um Órgão de Estado, e não de Governo, e menos ainda de qualquer outro Poder, afastando-se definitivamente do estereótipo de acusador incondicional, passou executar funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, na defesa das causas de interesse da coletividade, mais notadamente os indisponíveis e os de larga repercussão e interesse social.

Como funções típicas, que justificam sua existência, o Ministério Público possui a de *custus legis* e a de provocador da jurisdição, sempre que se verificar violação a direitos indisponíveis (artigos 127 e 129 da CF). Vemos, portanto, que à instituição, não se atribui as tarefas de administrar, típica do poder executivo; legislar, típica do legislativo ou a de dirimir conflitos, típicas do poder judiciário.

Se já foram anunciados os direitos fundamentais de quarta dimensão, como sendo aqueles ligados à Democracia, e conhecendo-se o perfil constitucional do Ministério Público brasileiro, o qual tem como funções supremas a tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de outras atribuições enumeradas no artigo 129 da Carta Magna, todas de natureza fiscalizatória ou de controle dos demais poderes, não vislumbramos a possibilidade de atribuir à Instituição, qualificação diversa de poder, por mera “infelicidade do Constituinte originário”.

9.4 Os Tribunais de Contas

Do mesmo modo, havemos de nos reportar aos Tribunais de Contas. Órgãos criados com a típica e exclusiva função de sindicar a coisa pública, velando pelo uso bom e correto do erário público.

Seus membros possuem as mesmas garantias dos integrantes da magistratura, com as respectivas correlações: no Tribunal de Contas da União, com os membros do Superior Tribunal de Justiça; nos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, com os integrantes dos Tribunais de Justiça dos Estados.

A tese de vincular os Tribunais de Contas ao Poder Legislativo não goza de idoneidade e não tem recebido receptividade na jurisprudência pátria. O artigo 71 da CF, ao anunciar as atividades do Tribunal de Contas da União, o fez dizendo que

tais tarefas seriam realizadas a título de auxílio ao Congresso Nacional. Auxiliar não significa necessariamente estar subordinado. Carlos Ayres de Brito em recente voto, perante o Supremo Tribunal Federal, ao discorrer sobre o tema, não poderia ter sido mais esclarecedor:

3.1 Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. (...) o fato é que o Tribunal de Contas da União desfruta desse altaneiro *status* da autonomia. Donde o acréscimo da idéia de idéia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgão a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

3.2 As proposições se encaixam. Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos III, IV e IX do art. 71). O Tribunal de Contas da União posta-se é como órgão da pessoa jurídica “União”, diretamente, sem pertencer a qualquer dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.

3.4 O que se precisa entender é muito simples. (...) algumas atividades de controle nascem e morrem do lado de fora das Casas Legislativas. A partir da consideração de que as próprias unidades administrativas do Poder Legislativo Federal são fiscalizadas é pelo Tribunal de Contas

da União (inciso IV do art. 71 da CF), como poderia, então, o Poder administrativamente fiscalizado sobrepairar sobre o órgão fiscalizante?

Assim como o que ocorreu com relação ao Ministério Público, os Tribunais de Contas receberam tratamento constitucional que lhes asseguram autonomia estrutural e identidade funcional. Todas as características de Poder estão presentes, só lhes faltando a denominação formal.

Devemos, pois, inovar. Se temos, como disse Ferdinand Lassalle, outros fragmentos de Constituição, com poderes e funções definidos, além dos até então estabelecidos, porque não juntá-los em uma nova Constituição de papel, adequando-a à realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a formação do Estado, sua evolução, as conquistas individuais e sociais da humanidade, as sucessivas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, estão intimamente ligadas ao conceito e ao estudo da limitação do poder. Todas as funções a serem desenvolvidas pelo Estado adquiriram de *per si* contornos inimagináveis de complexidade e amplitude e caminharam, como que de forma programada e sem possibilidade de retorno, para um novo modelo, o qual passou a exigir desse mesmo Estado, a criação de novos instrumentos concretizadores e garantidores desses direitos.

Delineado por Aristóteles já no século V a.C e sistematizado no século das luzes por Locke e Montesquieu, quando entrava em declínio o absolutismo monárquico, o princípio da separação de poderes, sempre enfrentou questionamentos sobre a idéia e o termo “separação”. Hoje, se ainda não é consenso, é majoritário o entendimento de que o termo “separação” não é adequado para a ideologia proposta. O poder, como instrumento de força coercitiva não se separa, posto que o poder é soberano e único, tendo como titular, o povo, elemento constitutivo do Estado. Em verdade, o que se separam são as funções estatais, de tal forma que as tarefas a serem executadas sejam desempenhadas por múltiplos órgãos, resultando com isso, a limitação do próprio poder.

Partindo de uma premissa de que a própria virtude tem necessidade de limitação, Montesquieu fundamentou sua teoria criando um sistema de freios e contra-pesos em que o poder mantivesse dentro de certos limites, o próprio poder. Ascendia o Estado Liberal. Arquitetado a partir de reações contrárias ao absolutismo monárquico e com o firme propósito de garantir as liberdades individuais, e conter o excesso de poder conferido ao monarca.

Com efeito, a história da separação de poderes, constitui a própria história da evolução da limitação do poder político, e partindo dessa assertiva, é certo afirmar que a evolução do Estado Moderno, mormente após a segunda metade do século XX, reclama a criação de novos órgãos de controle do poder estatal.

Mais certo ainda, é que em nosso país já existem órgãos com atribuições próprias e indelegáveis, típicas de órgãos de Estado, e não de governo ou de qualquer outro poder. Autônomos, administrativa, funcional e financeiramente, gozam de garantias, prerrogativas e vedações idênticas aos de outros poderes.

Destacam-se em nossa Constituição cidadã, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, como órgãos de Estado, com competências definidas e estrutura institucional garantidoras da plena eficácia na realização de suas missões constitucionais.

Não se trata mais de inovar, mas tão somente de atribuir denominação correta aos órgãos já existentes, uma vez que, como restou bem demonstrado, não há na doutrina qualquer divergência quanto ao posicionamento constitucional destes órgãos, e não podemos aceitar o comodismo daqueles que falam em “infelicidade do Constituinte originário” ou da natureza administrativa das funções institucionais do Ministério Público, posto que são atípicas aos demais poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

_____. **Teoria do estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**.

_____. **Emenda Constitucional nº 07/1977**.

_____. **Emenda Constitucional nº 45/2004**.

_____. **Lei Complementar nº 40/1981**.

_____. **Lei 5.869/1973** (Código de Processo Civil).

_____. **Lei 1.533/1951** (Lei do mandado de segurança).

_____. **Lei 4.717/1965** (Lei da ação popular).

_____. **Lei 5.478/1968** (Lei de alimentos).

_____. **Lei 6.015/1973** (Lei dos registros públicos).

_____. **Lei 7.347/1985** (Lei da ação civil pública).

_____. **Lei 6.825/1993** (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. - Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**/Ferdinand Lassalle; trad. de Hiltomar Martins Oliveira - Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Ed. Líder. 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2. ed. - São Paulo, 1991.

_____. **Ministério Público**. 3. ed. - São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MACHIAVELLI, Nicolo. **O Príncipe**. Trad. Cretella Jr. e Agnes Cretella - São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. - São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de; Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1998.

MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*. leituras escolhidas em direito/ Clarence Morris (org.). Trad. Reinaldo Guarany - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 08.2005.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 2. ed., São Paulo: RT, 1982.

SOUSA NETO, Cláudio Pereira de *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

