

Repensando o modelo tradicional da separação de poderes

Rethinking the traditional model of separation of powers

Bárbara Peixoto Nascimento Ferreira de Souza¹

Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Sheila de Andrade Ferreira²

Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Rômulo Guilherme Leitão Autor³

Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Resumo: O presente artigo se propõe analisar de forma crítica novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativa, judicial ou executiva, mas que têm a estrutura de poder, a ser alavancado dentro do Estado e, com isso, teriam potencialidade de serem reconhecidas pelas instituições democráticas contemporâneas, por assumir um papel complexo e possível de captar um destaque no modelo estatal moderno. Para tal desiderato, faz-se necessário analisar a teoria da repartição das funções estatais, como postulado essencial colocado no texto da Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, § 4º, que elenca a separação de poderes como arranjo constitucional vigente e intransponível enquanto cláusula pétreia. Todavia, não exclui o surgimento de outros, sendo essa a hipótese da pesquisa.

Palavras-chave: Freios e contrapesos; Quarto poder; Separação de poderes

Abstract: This article proposes to critically analyze new institutional forms that cannot be categorized as legislative, judicial or executive, but which have a power structure to be leveraged within the State and, therefore, would have the potential to be recognized by institutions contemporary democratic societies, for assuming a complex and possible role of capturing a highlight in the modern state model. For this purpose, it is necessary to analyze the

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Pesquisadora voluntária, do Projeto de Pesquisa intitulado "Interfaces entre o Direito das Relações de Consumo e o Direito Animal", do Departamento de Direito Processual e Propedêutica - DEPRO, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Email: barbarapeixotofs@gmail.com

² Doutora em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, UNIFOR. Defensora Pública do Estado do Piauí desde junho de 2006. Professora Efetiva da Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Email: sheila.ferreira@defensoria.pi.def.br

³ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2013), com doutorado-sanduíche na Boston University, Massachusetts (EUA) e Pós-doutorado em Ciência Política pela Boston University, Massachusetts, EUA (2014). Docente do Programa de Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza - UNIFOR e docente de Direito Constitucional na graduação, na mesma instituição. Email: romuloleitao@unifor.br

theory of the allocation of state functions, as an essential postulate placed in the text of the Federal Constitution of 1988, in its art. 60, § 4, which lists the separation of powers as a current and insurmountable constitutional arrangement as an ironclad clause. However, it does not exclude the emergence of others, which is the research hypothesis.

Keywords: Checks and balances; Fourth estate; Separation of powers

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é necessário esclarecer que a ideia de “Poder” segundo Kelsen, num sentido político, resulta na assunção de uma relação de autoridade. Vale dizer, trata-se da submissão de indivíduos à ordem jurídica⁴.

Nesse sentido, afirma o autor que o “Poder” do Estado, ao qual as pessoas estão sujeitas, só pode ser uno, compreendido como a validade e eficácia da ordem jurídica nacional⁵.

Portanto, ao se referir cotidianamente ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, na realidade, apenas abarca as três funções estatais, cujo uso comum serve para designar cada um dos diferentes atores governamentais que fazem frente na atuação, conforme sua atividade preponderante dentre as acima elencadas.

A teoria de separação tripartite de poderes desenvolvida por Montesquieu aprimorou as ideias mais tradicionais trazidas por Aristóteles acerca do governo misto, para quem os diferentes poderes representavam as classes sociais.

Em que pese a evolução trazida pelo pensamento do filósofo iluminista francês, sobretudo à luz da nossa sociedade e momentos históricos peculiares, faz-se preciso repensar o arranjo da divisão dos poderes estatais, tendo em vista a notória evolução vivenciada e o surgimento de novas formas institucionais que não são enquadradas na ideia da tradicional separação proposta por Montesquieu, como tendência global de evolução que caminham por destacar determinada dentro da expertise tanto da função do legislativo, quanto do executivo e como do judiciário.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 274.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. p. 364.

Assim, o objetivo geral do estudo é analisar a reformulação da separação das funções no contexto brasileiro, tendo como ponto de partida a premissa trazida na obra de Bruce Ackerman, *A Nova Separação dos Poderes*.

Enquanto objetivos específicos, busca-se examinar a tradicional tríade difundida por Montesquieu ainda encontra espaço e funcionalidade no atual cenário contemporâneo, assim como discorrer sobre as funções estatais como cláusulas pétreas, que não poderiam ser atingidas nem mesmo por emenda constitucional, e verificar seu possível alargamento são essenciais ao desenvolvimento da temática.

Nessa esteira, é imperioso estudar quais seriam as novas funções desenvolvidas pelo Estado, que tomariam força persuasiva na sua composição, para tornar sua atividade elementar para, inserida no quadro constitucional contemporâneo, desenvolver uma atuação exclusiva, mas que se interrelacione com as demais, de modo a possibilitar um controle mútuo, bem como impeça a concentração de poder em detrimento de direitos.

A justificativa da pesquisa decorre da relevância da temática no contexto atual, sobretudo diante da inegável evolução no seio social, cujos reflexos são identificados inclusive na própria estrutura dos poderes estatais, considerando a força persuasiva da “Teoria dos Poderes” no cenário internacional cujos reflexos repercutem fortemente em diversos seguimentos.

Com relação à metodologia, será utilizado o método dedutivo, partindo das premissas da separação dos poderes idealizada por Montesquieu, de maneira a distinguir as funções estatais e o seu correlato regime de proteção e balanceamento, até chegar num contexto governamental mais especializado e sensível às necessidades de um Estado Contemporâneo, que desempenhe funções cada vez mais especializadas, menos burocrata e com mais direcionamento técnico, cuja estratégia se volte em prol do Estado de Direito e da utilização das estruturas administrativas numa perspectiva de eficiência e deferência aos direitos e garantias fundamentais.

Adota-se a pesquisa bibliográfica e documental. O referencial teórico é construído com base em pesquisas junto ao portal de periódicos científicos da Capes, por intermédio do acesso CAFE acessando a base de dados da *web of Science* além de consulta aos periódicos especializados do portal Revista dos Tribunais e plataforma *Redalyc*. A busca foi realizada com a utilização das seguintes categorias: Separação de Poderes. Funções Estatais e Cláusulas

Pétreas. Ademais, trata-se de pesquisa exploratória e explicativa, porque busca verificar e explicar o atual estado da temática em comento.

A primeira seção do artigo trará alguns apontamentos sobre a separação das funções estatais, fundada na concepção tripartite, transcorrendo brevemente sobre as ideias difundidas por Montesquieu, sem deixar de mencionar, ainda, as contribuições anteriormente trazidas por Aristóteles e John Locke.

Em que pese a evidente importância do pensamento cunhado pelo iluminista francês, é certo que este não descreve fielmente o sistema de separação de poderes atual, devendo-se atentar para o chamado sistema de *checks and balances*.

Já a segunda seção examinará a separação de poderes constitucionalmente prevista, alcançada à cláusula pétreas. Porém, cláusulas pétreas não equivalem a estagnação, vez que a Constituição deve harmonizar-se com a realidade histórica e concreta de seu tempo.

Destarte, as transformações decorrentes dos processos sociais podem vir a exigir modificações, à exemplo da ampliação das funções estatais, sem a intenção de esvaziar a tríade clássica pensada por Montesquieu.

Para tanto, o delineamento constitucional pode sofrer alterações com o objetivo de ampliar as funções já consagradas (Executiva, Legislativa e Judiciária), na intenção de colaborar com as atividades governamentais, na busca por funções mais especializadas e coerentes com o processo democrático.

1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS

É impossível tratar da temática proposta sem antes fazer menção ao arranjo constitucional das funções estatais creditadas às ideias de Montesquieu, uma vez que o mesmo teve participação decisiva da sua Teoria, já que o filósofo, político e escritor francês preconizava o estabelecimento da estrutura institucional contemporânea que se tem no Estado Moderno acerca das funções legislativa, executiva e judiciária.

O iluminista francês baseou a sua teoria no modelo inglês de governo existente no século XVIII. Entretanto, reconhecidamente não foi o primeiro a teorizar sobre a separação de poderes

estatais. Consoante Montesquieu, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder”⁶.

Historicamente, também são encontradas alusões que remetem as tais ideias, a saber: convém mencionar que a doutrina aponta ainda na Antiguidade Grega, a referência contida no pensamento de Aristóteles à existência de três partes do governo⁷. Posteriormente, à época da Revolução Inglesa, John Locke compreendia que a separação de poderes não geraria equilíbrio entre os mesmos, mas, sim, uma relação de subordinação dos demais ao Poder Legislativo.

Em seu pensamento, Montesquieu não descreveu fielmente o sistema que se tem na atualidade. Contudo, há um verdadeiro mérito na concepção por ele cunhada, no que concerne não só ao estabelecimento de que o poder é uno, como também de que haveria uma repartição de funções a serem desempenhadas pelos entes estatais que compõem a administração.

Ao analisar a Revolução Americana e as revoluções ocorridas no território europeu, asseverou Hannah Arendt:

Aquilo que os homens da Revolução americana contavam como sendo as maiores inovações do novo governo republicano, a aplicação e a elaboração da teoria de Montesquieu sobre uma divisão de poderes dentro do corpo político, desempenhou um papel muito diminuto no pensamento dos revolucionários europeus⁸.

Nesse ponto, cumpre observar que as ideias de James Madison, quarto presidente dos Estados Unidos, podem ser consideradas como um avanço do pensamento cunhado por Montesquieu, sobretudo na obra ‘O Espírito das Leis’, uma vez que, através de Madison, passou-se a conceber o controle recíproco entre os poderes da República.

Por sua vez, Kelsen definiu o conceito de separação de poderes da seguinte maneira:

Designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções⁹.

⁶ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fonseca, 1996, p. 179.

⁷ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 232.

⁸ ARENDT, Hannah. *Da revolução*. Tradução de Fernando Dídimº Vieira. Revisão de Caio Navarro de Toledo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988, p. 19.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. p. 384.

É possível perceber que a definição kelseniana refuta o conceito tradicional de separação de poderes, ao entender que não seriam três, mas duas as funções básicas do Estado, consubstanciadas na criação e na aplicação do Direito e que “é impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”¹⁰.

Com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, houve a transformação da separação dos poderes em dogma constitucional, especificamente prevista em seu art. 16, segundo o qual toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não teria verdadeiramente Constituição.

Sustenta Canotilho que a Teoria da separação dos poderes criou uma espécie de mito, visto que os três poderes jamais funcionaram de forma totalmente independente, sem a interferência dos outros¹¹, ponderação extremamente valiosa e que vai ao encontro do sistema de *checks and balances*.

Originalmente, ficou sedimentada a ideia de que as três principais atividades estatais (legislar, executar e julgar) seriam estanques, concepção que esta que restou superada, já que é importante e necessário que haja uma interação entre tais funções, com vistas a uma maior interação e desenvolvimento pleno dos atores governamentais, na participação de um Estado útil e eficaz.

Portanto, cada qual exerceria uma função principal, incumbindo-lhe esta (executar, legislar e julgar), mas não exclui que dentro da participação no quadro político estatal seja necessário a integração no sistema de balanceamento de poderes (*checks and balances*) que outras atribuições também sejam realizadas entre si, sem que isso importe em usurpação da função alheia.

Diante do exposto, o controle das atividades governamentais pelo próprio Estado é efetuado a partir do sistema de freios e contrapesos da organização das funções de uma em relação a outra, como forma de prevenir que um dos componentes extrapole seus limites legais.

Acrescente-se a esta ideia que a atividade de fiscalização sob o ponto de vista moderno já não está mais adstrito a outro “Poder”, pois a mídia, as organizações civis, o Ministério

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. p. 384.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Coimbra, 2000, p. 114.

Público, a Defensoria Pública e a participação popular de maneira geral atuam de maneira significativa como mecanismos de controle das atividades estatais, inclusive como a abertura para o acesso à gestão pública através de mecanismos como o Portal da Transparência¹², Ouvidorias internas e externas, serviço de atendimento ao cidadão, dentre outros.

Assim, a fiscalização deve ser encorajada pela Administração Pública, pois está associada à participação integral dos cidadãos na comunidade. Dentro desse contexto, a participação popular em movimentos sociais, políticos e econômicos do Estado se torna parte do processo de desenvolvimento da cidadania. Vale dizer, a cidadania ativa como princípio fundamental deve ser estimulada em favor dos interesses desses cidadãos com o fito de se tornar um concretizador do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Ademais, é muito comum verificar que o Chefe do Executivo pode editar medidas provisórias, assim como vetar leis. Ao passo que o Judiciário expeça resoluções e provimentos, além de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos, e ao Legislativo, a seu turno, é possível julgar seus próprios pares, assim como instalar Comissões Parlamentares de Inquérito para apurar situação específicas nos termos e limites da lei.

Observam-se nos exemplos acima mencionados que as consequências práticas do intercâmbio das participações recíprocas entre os atores de cada “poder”, criando mecanismos de limitações recíprocas, o que configura uma forma de controle, a qual resulta do sistema de divisão de funções ladeada pelo próprio sistema de freios e contrapesos, como modo de preservação de um Estado Contemporâneo.

Não se trata de uma tentativa de usurpar mais poder do que aquilo que está previsto na lei e, sim, uma forma de reunir forças e funções estatais distintas das principais, todavia, dentro dos limites corretos para conduzir o equilíbrio necessário à ordem constitucional.

O pensamento de Montesquieu serviu substancialmente como base para a difusão das ideias largamente adotadas nas Constituições de diversos países da Europa e posteriormente importados para outras nações, e que hoje, séculos depois, podem ser observadas como

¹² Lançado pela Controladoria Geral da União em 2004, como um site de livre acesso no qual o cidadão encontra informações sobre o dinheiro público e demais assuntos relacionados à gestão pública do Brasil. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/>. Acesso em 27 abr. 2023.

postulados, como ocorre no Brasil, onde são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, nos termos do art. 2º¹³.

Ademais, verifica-se a petrificação destes expressamente contida no texto constitucional vigente em seu art. 60, § 4º, III¹⁴, o que não excluiria a possibilidade de instituição de um novo poder com vistas a avançar nas funções governamentais de modo a torná-las mais guiadas e funcionais em determinado seguimento, conforme vem sendo enfatizado pela doutrina em relação à alguns órgãos, como é o caso do Tribunal de Contas, Ministério Público, Comissões Eleitorais e Banco Central¹⁵.

Emerge daí uma nova proposta de desenvolvimento aprimorado e contemporâneo do modelo conceitual até então adotado, segundo o qual a tríade clássica de separação de poderes de Montesquieu se manteria incólume. Entretanto, poderiam desenvolver, desde que devidamente ajustados suas respectivas atribuições, delineamentos de atuação, destaque na expertise de funções para o desempenho de determinada atividade estatal que demandasse a criação de uma nova categoria bem definida, especializada e reconhecida como elementar para o regular funcionamento do Estado.

Por conta dos desafios enfrentados pelos governos modernos, a criação de novas bases para o delineamento de funções como: regulamentar (agências reguladoras), controlar gastos públicos (Tribunais de Contas), exercício de controle eleitoral (Comissões Eleitorais), entre outros, seria um incentivo para que as Constituições modernas adotassem medidas especiais que garantissem formalmente uma legislação destinada às referidas funções.

Porém, a experiência no Direito Comparado no âmbito da ampliação das funções estatais não é recente, como se pode depreender a partir do modelo do Conselho de Estado francês, exercendo influência sobre outras nações, além do sistema de Cortes Administrativas da Alemanha¹⁶.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

¹⁵ ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista De Direito Administrativo**, 265, 13–23, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v265.2014.18909>>. Acesso em 26 abr. 2023, p. 18.

¹⁶ ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista De Direito Administrativo**, 265, 13–23, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v265.2014.18909>>. Acesso em 26 abr. 2023, p. 14.

No século XXI, torna-se necessário seguir um modelo mais amplo, com técnicas burocráticas contemporâneas de regulação e interesses específicos e bem definidos capazes de atender às vicissitudes das reflexões próprias da administração moderna. Atualmente, comprehende-se a separação dos poderes enquanto fundamento do Estado constitucional democrático, na medida em que não se concebe a existência de nação democrática que não possua essa determinação em sua Constituição¹⁷.

Faz-se necessário refletir acerca do tradicional modelo fixo tripartite das funções estatais como intransponíveis e única via de acesso ao Estado Democrático de Direito diante da experiência nacional vivenciada, a fim de proporcionar uma mudança de paradigma, com o intuito de acrescer um Estado mais funcional sob o ponto de vista da eficiência.

Portanto, o zelo pela coisa pública impõe o aprimoramento de determinadas atividades a ponto de promover uma direção mais especializada em determinadas áreas da Administração, o que pode ser viabilizado pela criação de novas funções, sem que isso implique violação de cláusula pétrea ou cause qualquer dano ao erário.

Ao contrário, a discussão aqui posta em xeque se propõe a lançar bases num Estado mais eficiente que em consonância com as necessidades dos administrados e com as regras da boa Administração Pública tenta prestar as funções estatais de maneira cada vez mais qualificada.

Bruce Ackerman traz uma tendência global de que efetivamente em desenvolvimento no século XXI, qual seja, a de destacar determinada função tanto do legislativo, quanto do executivo e do judiciário¹⁸. Nesta senda, o citado autor discorre sobre a chamada Comissão Eleitoral Independente, a qual organizaria o processo eleitoral do início ao fim e que ao invés de funcionar simplesmente como um tribunal, intervindo no momento subsequente para determinar se houve irregularidades.

Essas instituições eleitorais especiais são inteiramente separadas do judiciário comum, bem como dos poderes eleitos. E com razão. Por um lado, faz sentido que a Comissão Eleitoral

¹⁷ SANTOS, Igor Spock Silveira. O Ministério Público como “Quarto Poder”: relevância do reconhecimento para o sistema constitucional. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016, p. 120-168. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>. Acesso em: 26.04.2023. DOI: 10.12957/publicum.2016.22787, p. 143.

¹⁸ ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista De Direito Administrativo**, 265, 13–23, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v265.2014.18909>>. Acesso em 26 abr. 2023, p. 16.

Independente organize o processo eleitoral do início ao fim, em vez de funcionar simplesmente como um tribunal, intervindo a posteriori para determinar se houve irregularidades.

Ao mesmo tempo, é essencial isolar sua operação dos poderes eleitos — porque são exatamente os políticos no controle do executivo que têm incentivo e poder para manipular a contagem de votos para assegurar sua reeleição. Consequentemente, cada vez mais, Constituições modernas tratam Comissões Eleitorais como um ramo de governo distinto, tomando medidas especiais para garantir sua integridade.

Acrescenta, ainda, que mesmo quando inexiste norma constitucional de determinado país que não avalize formalmente a independência da Comissão Eleitoral, a legislação ordinária frequentemente a isola da interferência política, por meio da criação de uma série de medidas heterodoxas. Continua o seu raciocínio e aduz que é necessário identificar a legítima posição de uma dada instituição na estrutura do Estado, assim como justificar sua independência funcional e o valor fundamental a ser perquirido. Tudo isso sem olvidar do desempenho técnico e com expertise na área a ser elevada à categoria de “nova função estatal”¹⁹.

Dentro desta realidade, desde a segunda metade do século passado, é possível apontar também para a tendência ao protagonismo assumido, em muitos países, para que os Bancos Centrais se tornarem independentes. Nesse caso, o pensamento econômico neoliberal merece destaque no desenho dos interesses voltados ao incentivo à promoção à independência do Banco Central como centro de poder, já que possui regramentos próprios, proteção a oferta monetária, ordenação das políticas monetárias,

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União, como bem adverte Carlos Ayres Britto, não é um órgão do Congresso Nacional, nem mesmo um órgão do Poder Legislativo, conforme prevê a Constituição Federal, especificamente em seu art. 44, ao dispor que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal²⁰.

Ademais, a efetiva autonomia especial do Ministério Público, que o transforma em poder fiscalizatório, precisaria ser estendida ao Tribunal de Contas e também à Defensoria

¹⁹ ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista De Direito Administrativo**, 265, 13–23, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v265.2014.18909>>. Acesso em 26 abr. 2023, p. 16.

²⁰ BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, v.3, n. 8, jul./dez., 2014, p. 11.

Pública, o que configuraria um poder de fiscalização necessário ao enfrentamento das complexidades do Estado Contemporâneo²¹.

O Ministério Público e até mesmo a mídia já foram apontados como um quarto poder por alguns como um ‘quarto poder’, em trabalhos acerca do tema. Contudo, sem grande envergadura por falta de substrato teórico e por ter um conteúdo pouco denso e sem grande aprofundamento capaz de trazer respaldo para realmente convencer através de fundamentos robustos dos mesmos fazerem em suas atuações as vezes de função estatal acabam por deixar o tema em descrédito. Entretanto, é imperioso conduzir e administrar o incremento do número de poderes separados, de forma a gerar um todo coerente, o que requer cautela e obediência aos pressupostos da legitimidade democrática como exercício da cidadania, eficiência da atuação estatal e proteção aos direitos fundamentais²².

Desse modo, o protagonismo na criação de outras funções estatais independentes requer cautela para proteção dos valores governamentais e democráticos de modo que sejam bem concebidos, legalmente incumbidos de um destinatário específico, cujos papéis a serem desempenhados estejam bem delimitados e específicos e, se possível, com interação no sistema de freios e contrapesos como se recomenda.

Assim, não se trata se um estudo empírico, mas de uma situação viável que encontra respaldo constitucional e pode ser concretizada a qualquer momento, de acordo com a realidade e necessidade, desde uma função que assuma especial relevo e possa ser destacada por sua especificidade, dentro da clássica distribuição tripartite, e que com ela dialogue com o objetivo de provocar uma evolução ao sistema que já se tem hoje.

Capturar características que demandam atuação de um funcionamento mais específico no Estado moderno é algo necessário no século XXI e que pode ser absorvido por uma reorganização institucional, de maneira a atribuir determinada função devidamente delimitada e independente, que venha a desempenhar um papel relevante em governos atuais, para além das categorias tradicionais, com o desiderato de hoje apresentada pelo Direito Administrativo, com contornos mais organizados e com uma prestação diligente.

²¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo: o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 71, n. 2, 2009, p. 95.

²² BADAWI, Karina Bonetti. *Separação dos poderes no Brasil e a Teoria de Bruce Ackerman*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2014, p. 93.

Nessa toada, um exemplo tornaria o estudo mais didático e indubitavelmente atraente ao leitor. Assim, utiliza-se o Tribunal de Contas para ilustrar essa situação, pois parece algo bastante razoável dentro da realidade brasileira, vez que nele se percebe uma certa independência constitucional.

Ora, ao analisar as atribuições do Tribunal de Contas, facilmente se constata que não é algo distante, tampouco se atrela a nenhuma das funções clássicas, ou seja, não tem atuação judicial, apesar de suas decisões terem força de título executivo, não faz parte do Poder Legislativo, muito embora expeça atos regulatórios e as contas do Executivo e dos seus gestores são a ele submetidas, sob pena das sanções correlatas previstas em lei.

2 A VALIDADE DA NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES

A norma constitucional que prevê a separação de poderes no Brasil (art. 60, §4º, III) é "inabolível"²³, razão pela qual não pode ser alvo de emenda ou supressão. A compreensão do tema leva à conclusão que o constituinte entendeu ser pétreas a impossibilidade de concentração de funções estatais nas mãos de um único órgão. Dessa maneira, o desiderato constitucional primaz é separar as funções estatais em três órgãos, ou seja, impedir a concentração do poder é o objetivo que galgou *status* de princípio da "separação de poderes" como cláusula pétreas.

Percebe-se que a intenção do constituinte originário nas cláusulas pétreas é estabelecer um abrigo a questões sensíveis, para que não sejam alvo de mudança e, com isso, incrementar a estabilidade garantindo maior sobrevida e eventual processo de substituição do conteúdo poder constitucional reformador seja mais agravado. Dito de outra forma:

As cláusulas pétreas são consideradas classicamente como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição²⁴.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. *Cadernos Jurídicos*. São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, abr./jun., 2015, p. 67.

²⁴ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Revista de informação legislativa* [online], v. 43, n. 172, p. 135–148, dez. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93266/Pedra%20Adriano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 29 abr. 2023. p. 135.

Nesse sentido, ainda para Adriano Sant'Ana Pedra, as cláusulas pétreas podem ser definidas como:

um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais²⁵.

Em contraposição entre a rigidez e a evolução constitucional, releva notar que a Constituição deve guardar harmonia com a realidade e, por tal razão, manter-se dinâmica e aberta ao longo do tempo, já que seu conteúdo não é estanque, mas se realiza e se constrói constantemente. Portanto, as alterações constitucionais são imprescindíveis como meio de conservação da própria Constituição, em busca do seu aperfeiçoamento, em uma perspectiva dialética e harmônica com a sociedade²⁶. Arremata o autor, ao afirmar, de maneira cirúrgica:

Nesse sentido, se, por um lado, a rigidez constitucional é imprescindível para manter a estabilidade constitucional, por outro, essa rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição.

(...)

Como se vê, várias são as tentativas de se elaborar propostas sustentando que as cláusulas pétreas não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma constitucional, eis que é imprescindível um certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade social.²⁷

Asseveram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que há quem admita que até as cláusulas pétreas não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional alcançado por ela. Dessa forma, desde que a essência, o núcleo do princípio permaneça incólume, podem ser alterados ou suprimidos elementos circunstanciais relacionados ao bem tornado cláusula pétrea²⁸.

Portanto, o que a Constituição repele é qualquer emenda capaz de suprimir ou alterar substancialmente o núcleo essencial das cláusulas pétreas como tendente a abolir o núcleo petrificado, a essência deve permanecer intocada.

²⁵ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. p. 137.

²⁶ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. p. 136.

²⁷ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. p. 137-144.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

Dentro desse contexto, impossível não trazer à baila os ensinamentos de Konrad Hesse, para quem a Constituição jurídica não significa um simples pedaço de papel, ideia esta que também ficou expressa no pensamento de Lassalle. Em arremate, Hesse afirma que a Constituição não está desvinculada da realidade histórica e concreta do seu tempo²⁹.

As transformações impostas pelo processo social podem exigir alterações, como é o caso da iniciativa deflagrada neste trabalho, que analisa a amplitude das funções relacionadas aos poderes estatais, que resultaria em um alargamento, fazendo surgir no texto constitucional um novo modelo que não ferirá a tríade convencional, significando uma redefinição dos contornos da teoria da separação dos poderes no contexto moderno.

Sobre o tema, são precisas as lições de Dimitri Dimoulis, que assim se posiciona:

Cabe à doutrina constitucional verificar quantas e quais funções jurídicas existem em cada ordenamento jurídico. Possível ampliação do esquema da tripartição não invalida as finalidades e a estrutura do princípio da separação dos poderes, tal como uma família que não se torna “superada” ou “abolida” após o nascimento ou a adoção de mais um filho³⁰.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a criação de uma outra função, sem provocar concentração de poder ou implicar uma instância hegemônica de poder, não geraria abalo na clássica teoria de Montesquieu, inclusive porque o objetivo não seria esvaziar o sistema já organizado dos poderes com suas competências típicas, mas, sim, admitir uma outra competência na qual se verifique uma especificidade que vise o fortalecimento do sistema como um todo entre os poderes como uma coordenação harmônica.

Em verdade, proporciona o surgimento de consagração ao sistema vigente nos moldes do instituto tratado no art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal. Nasceria aí um reforço ao sistema de prestação mais eficiente, e não um prejuízo ao melhor funcionamento do Estado. Logo, ultrapassar o modelo tradicional conhecido é avançar em busca de uma estrutura estatal mais eficiente.

²⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 25.

³⁰ DIMOULIS, Dimitri. Significado a atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walter de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 157.

A proteção aos direitos fundamentais impõe limites não só a autoridade legiferante, como também a quem as executa e a quem julga em caso de violação. O mesmo raciocínio se estende em qualquer eventual ampliação de funções do Estado, já que seria o maior grau de proteção aos Direitos Fundamentais está umbilicalmente ligada ao maior grau de democracia.

Nesse contexto, o modelo de democracia toma forma em meio à estrutura de poderes utilizados pelo Estado, que pode ser ampliada sem que isso importe em violação das cláusulas petrificadas.

A redução implica violação, mas sua ampliação de funções estatais gera maiores garantias e melhor desenvolvimento de outras funções institucionais bem definidas, que visam a ampliação do tradicional modelo, com vias a galgar um panorama Estatal mais moderno, desenvolvido e atento à conjuntura contraprestacional democrática, com expertise a gerar um equilíbrio muito mais assertivo ao verdadeiro Estado democrático de Direito, ampliando portas ao cidadão, o que conversa de modo harmônico com o almejado pelo constituinte originário e com as diretrizes do próprio Texto da Lei Maior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto acima, propor uma alteração na “Teoria de separação de Poderes” não significa superá-la, mas, sim, aperfeiçoa-la, em uma perspectiva mais contemporânea e correlata aos interesses dos administrados e do próprio Estado.

Dito de outra forma, não se pretende negar ou propor uma execração das instituições governamentais que desenvolvem as funções Executiva, Legislativa e Judiciária, mas ter como premissa que o desenvolvimento da argumentação desenvolvida neste trabalho propõe uma leitura constitucional mais moderna que visualiza a tríade de Montesquieu como cláusula pétrea, que não pode ser perpassada, mas admite sua ampliação em moldes mais eficientes

Pode-se concluir que a chamada “Teoria da separação dos Poderes” corresponde à teoria da repartição das funções estatais. Em verdade, nenhum ramo estatal exerce exclusivamente uma função, já que o delineamento da matéria dentro do próprio texto constitucional destaca funções atípicas para as atividades estatais e deve se somar ao compartilhamento do poder um mecanismo de freios e contrapesos, de modo a coibir a hipertrofia de qualquer um dos Poderes, visando o equilíbrio do todo.

Muito embora possa se cogitar uma dificuldade inicial baseada somente no texto da Constituição Federal para ampliar as funções estatais, este reconhecimento é possível a partir da análise substancial das possibilidades que emanam da interpretação finalística do próprio sentido democrático de poder, o que confere o necessário reconhecimento estritamente lógico e de hermenêutica, de que o desenho constitucional tradicional pode sofrer alterações para ampliar as funções de maneira a colaborar com as atividades governamentais de funções mais especializadas e devidamente delineadas diante da proeminência constitucional capaz de motivar um processo democrático com vias a perpetrar mudanças favoráveis à expertise de determinadas funções estatais.

O aperfeiçoamento do aparelho estatal é um ideal a ser perseguido no Estado contemporâneo a fim de obter resultados positivos em prol dos interesses coletivos que busquem um Estado mais eficiente e contraprestacional. A meta é resgatar a integridade e excelência no regulamento do aparelho estatal como viés para atender o interesse público, já que o contrabalanceamento das funções sempre se manterá ativo.

Nesse sentido, o tão propalado sistema de “freios e contrapesos” das instituições serve para garantir a estabilidade às funções já definidas, assim como outras que poderão, por ventura, vir a ser inseridas no texto constitucional como tal, sendo imprescindível a conjuntura da sua área de atuação, suas atividades, limites e integração recíproca com as demais.

Conceber outras formas institucionais que não se enquadram nas tradicionais funções legislativa, executiva e judicial, indubitavelmente demanda um desafio normativo que construa o arcabouço basilar, para tanto, a fim de delimitar aspectos concernentes a atuação, especificidade da atividade a ser desenvolvida, limites, entre outras.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista De Direito Administrativo**, 265, 13–23, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v265.2014.18909> Acesso em 26 abr. 2023.
- ARENKT, Hannah. **Da revolução**. Tradução de Fernando Dídim Vieira. Revisão de Caio Navarro de Toledo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BADAWI, Karina Bonetti. **Separação dos poderes no Brasil e a Teoria de Bruce Ackerman.** 2014. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, v.3, n. 8, jul./dez., 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Coimbra, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. Significado a atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walter de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 158-159.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos**. São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, abr./jun., 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo: o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 71, n. 2, 2009, p. 92-101.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fonseca, 1996.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de informação legislativa** [online], v. 43, n. 172, p. 135–148, dez. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93266/Pedra%20Adriano.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 29 abr. 2023.

SANTOS, Igor Spock Silveira. O Ministério Público como “Quarto Poder”: relevância do reconhecimento para o sistema constitucional. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v.2, n. 2,

2016, p. 120-168. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>
Acesso em: 26.04.2023. DOI: 10.12957/publicum.2016.22787.