

# FUNÇÕES DO ESTADO

## STATE FUNCTIONS

**Eduardo da Silva Winter<sup>1</sup>**

Recebido em: 25.1.2016

Aprovado em: 11.4.2016

**Resumo:** O artigo aborda a identificação das funções do Estado e a especificidade de cada uma das funções identificadas. Na primeira metade do ensaio, são buscadas premissas teóricas em autores clássicos, dispostos em ordem cronológica, a saber: John Locke, Georg Jellinek, Hans Kelsen e Karl Loewenstein. Busca-se identificar a contribuição de cada um destes autores na evolução das funções do Estado e sua relevância para o panorama moderno destas. Na segunda parte do artigo, aplicadas as premissas consignadas pelas teorias clássicas analisadas e estudada a doutrina contemporânea acerca do tema, são apura-

**Abstract:** The article discusses the identification of State functions and the specificity of each of the identified functions. In the first half of the essay, theoretical premises are searched in classical authors, arranged in chronological order, are they: John Locke, Georg Jellinek, Hans Kelsen e Karl Loewenstein. The aim is to identify the contribution of each of these authors in the evolution of State functions and its relevance to the modern situation of them. In the second part of the article, applied the premises assigned by classical theories analyzed and studied the contemporary doctrine on the subject, it is

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

das as funções do Estado de forma específica, bem como suas especificidades e suas relações com a separação dos poderes. Em conclusão, o artigo identifica seis funções do Estado em espécie, a saber: administrativa, jurisdicional, governamental, legislativa, moderadora e controladora; bem como que cada uma delas estará mais bem executada se atribuída a um poder estatal independente.

**Palavras-chave:** Funções do Estado; Separação dos poderes; Tribunal constitucional; John Locke; Georg Jellinek; Hans Kelsen; Karl Loewenstein.

determined the functions of the State in a specific way, as well as their specificities and its relations with the separation of powers. In conclusion, the article identifies six State functions in kind, namely: administrative, judicial, governmental, legislative, moderating and controlling; and that each of them will be better run if assigned to an independent state power.

**Keywords:** State Functions; Separation of powers; Constitutional court; John Locke; Georg Jellinek; Hans Kelsen; Karl Loewenstein.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Breve Evolução Doutrinária Acerca das Funções do Estado. 2.1 JOHN LOCKE. 2.2 GEORG JELLINEK. 2.3 HANS KELSEN. 2.4 KARL LOEWENSTEIN. 3 Delimitação Moderna das Funções do Estado. 3.1 NÍVEL EXECUTIVO/CONCRETO/PRÓXIMO DAS FUNÇÕES DO ESTADO (ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL). 3.2 NÍVEL DELIBERATIVO/ABSTRATO/INTERMEDIÁRIO DAS FUNÇÕES DO ESTADO (GOVERNAMENTAL E LEGISLATIVA). 3.3 NÍVEL CONTROLADOR/SUPERIOR DAS FUNÇÕES DO ESTADO (MODERADORA E CORRETIVA). 4 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio destina-se ao exame da repartição do Poder do Estado sob o ângulo funcional, estabelecendo-se quais seriam, com base na doutrina atual, as funções do Estado.

Buscar-se-ão premissas teóricas em filósofos e juristas clássicos que trabalharam a busca pelo estabelecimento das funções do Estado, demarcando-se a evolução que cada um deles trouxe para então, compilando, chegar-se à análise conclusiva do panorama moderno.

Obviamente, para o que se propõe o presente ensaio, cortes metodológicos foram necessários, elegendo-se algumas doutrinas e relegando-se outras (não menos importantes), dada, inclusive, a vastidão da matéria.

Estas premissas teóricas iniciais, estabelecidas ao longo do tempo, e especialmente no século XX, servirão de base à formulação da segunda parte do ensaio, onde se buscará fixar quais seriam, hoje, as funções do Estado.

Nesta linha de abordagem, a exposição pretende examinar a realidade do fenômeno de atuação do Estado, tal como entendido na modernidade, estabelecendo um ângulo funcional ideal, não necessariamente tomando por base um Estado existente.

Como principal referencial teórico, será privilegiada a tradição da escola de Direito do Estado da Faculdade de Direito da UFRGS, especialmente a doutrina da separação dos poderes/funções, tão difundida neste meio acadêmico, aplicando-se suas premissas, especialmente na segunda metade deste estudo.

Passemos, desta forma, ao exame proposto.

## 2 BREVE EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DAS FUNÇÕES DO ESTADO

A intenção deste capítulo inicial é traçar premissas baseadas na evolução da doutrina acerca das funções do Estado, esmiuçando o que disseram relevantes filósofos e doutrinadores ao longo da História. Por óbvio, a bibliografia acerca do tema é inesgotável e os autores trabalhados neste tópico foram selecionados com base em um corte metodológico que procurou dividir as respectivas doutrinas pelo fator temporal, bem como pela relevância teórica.

O que se entende por funções do Estado são os diversos meios que o Estado utiliza para atingir, de forma eficiente, seus fins. Estes, que demandariam um estudo apartado, podem ser entendidos, em apertadíssima síntese, como sendo o bem comum da sociedade<sup>2</sup>.

Desta forma, as funções do Estado são o meio utilizado por este para atingir seu fim genérico: o bem comum da sociedade. Assim, as funções são as atividades do Estado destinadas ao atingimento de seus fins. Nos dizeres de autorizada doutrina:

O Estado tem a sua razão de ser na necessidade de realização permanente de certos fins essenciais da coletividade política. Esses

---

<sup>2</sup> Como dito, os fins do Estado demandariam análise monográfica apartada, o que tornaria invencível o propósito do presente ensaio. Por tal razão, o foco restará mantido nas funções do Estado. Todavia, algumas referências acerca dos fins do Estado são importantes para delimitar os referenciais teóricos em irradiam efeitos sobre o presente estudo. Ver: JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 234 e seguintes. Ver: CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6<sup>a</sup> ed, 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 143-144. Ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 19. Do mesmo autor: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 36. Ainda do mesmo autor: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 55-59. Ver: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 20-21.

fins não são alcançados pela mera existência do Estado: exigem ação contínua e por isso o Estado tem de desenvolver certas atividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, atividades a que se chama funções<sup>3</sup>.

Importante se destacar que as funções do Estado não significam uma divisão do Poder deste. O Poder estatal é uno<sup>4</sup>, o que se dividem são as funções no intuito de melhor se buscar os fins do Estado (bem comum). Mais adiante se retomará este ponto, ao se atribuir na segunda parte deste estudo o atual estágio de evolução das funções estatais e sua divisão entre os Poderes estatais constituídos. Estas funções estatais, e suas diferentes nuances, sofreram diferentes abordagens ao longo da doutrina política e, como já mencionado supra, passaremos a tecer considerações acerca de alguns filósofos/doutrinadores que contribuíram de forma decisiva para o atual estágio da ciência política no que concerne às funções do Estado<sup>5</sup>.

## 2.1 John Locke

O primeiro filósofo que destacamos é JOHN LOCKE<sup>6</sup>. Nascido na Inglaterra, viveu entre 1632 e 1704. Sua principal obra é o clássico *Two Treatises of Government*, publicado pela primeira vez em 1690<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 148.

<sup>4</sup> MALBERG, R. Carré de. **Teoría General Del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. Trad. José Lión Depetre. Título original: *Contribution à la Théorie Générale de L'Etat*. Primeira publicação: 1922. Pg. 249 e seguintes.

<sup>5</sup> A doutrina clássica e contemporânea é inesgotável acerca dos fins e funções do Estado. Para os limites deste ensaio se elegeram os referenciais a seguir reproduzidos, deixando-se excluídos (sob pena de ultrapassar os limites metodológicos), por exemplo, Montesquieu (século XVIII) e Aristóteles (em tempos mais remotos). Recomenda-se a análise: MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. Cristina Murachco. Título original: *l'Esprit des Lois*. Primeira publicação: 1748; O Clássico Livro XI, Capítulo VI. Recomenda-se a análise: ARISTÓTELES. **A Política**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000; neste ver Capítulo I.

<sup>6</sup> Ver: CHEVALLIER, Jean Jacques. **As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a Nossos Dias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1980. Trad. Lydia Christina. Título original: *Les Grandes Euvres Politiques: de Machiavel a nos Jours*. Pg. 101-115.

<sup>7</sup> LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Júlio Fischer. Título original: *Two Treatises of Government*. Primeira publicação: 1690.

Referido filósofo tem como característica marcante sintetizar os ideais liberais de sua época, sendo atribuído a ele a ruptura entre o Estado unitário e o Estado com funções (Poderes) divididos, como forma de controlar o poder do Estado<sup>8</sup>. Também é notória sua obra no que concerne à teoria contratualista de formação da sociedade<sup>9</sup>.

Em uma leitura mais apressada da obra de JOHN LOCKE, poder-se-ia concluir que ele simplesmente segregou o Poder Legislativo, levando a efeito a supremacia deste<sup>10</sup> em relação ao Poder Executivo. Todavia, a análise mais aprofundada da obra de JOHN LOCKE nos mostra que ele vai mais adiante. Não apenas separa o Legislativo do Executivo, mas identifica, dentro deste, mais de uma função estatal<sup>11</sup>. Este é o ponto que nos importa para o presente estudo.

Além de identificar a função legislativa típica, como função de deliberação da sociedade, JOHN LOCKE identifica funções diversas que ele encampa dentro do Poder Executivo<sup>12</sup>, são elas<sup>13</sup>: (a) a função executiva típica, entendida esta como a função de aplicação das leis vigentes; (b) a função federativa, tida como a função de representação externa do Estado; e (c) a função de prerrogativa, entendida como uma função de deliberação interna, eminentemente política.

---

<sup>8</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 22.

<sup>9</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 72.

<sup>10</sup> ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do Direito e do Estado**. Vol. II. Porto Alegre: Safe, 2001. Trad. Elisete Antoniuk. Título original: *Rechts und Staatsphilosophie*. Pg. 102.

<sup>11</sup> BLANCOVALDÉS, Roberto L. **El Valor de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1998. Pg. 57.

<sup>12</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. Pg. 48-51. Ver também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pg. 134.

<sup>13</sup> Acerca das funções executiva, federativa e prerrogativa em JOHN LOCKE, ver: PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. Pg. 73-74.

Este panorama de organização do Estado, sob o enfoque funcional, na obra de JOHN LOCKE, e não simplesmente a análise dos Poderes estabelecidos, vem muito bem representada na obra de J. J. GOMES CANOTILHO, em seus dizeres:

John Locke (1632-1704), nos seus célebres *Two Treatises of Government* (1690), pode ser apontado como um dos autores que, de forma sistemática, traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes. A nível funcional aponta quatro poderes, por ele designados legislativo, executivo, federativo e prerrogativo, cujas funções se reconduziriam à criação de regras jurídicas (legislativo), à aplicação/execução destas regras no espaço nacional (executivo), ao desenvolvimento de relações externas e de direito internacional (federativo), e à tomada de decisões em casos de exceção constitucional como guerra e estados de emergência (prerrogativo)<sup>14</sup>.

Em uma análise conclusiva, podemos afirmar com segurança que a obra de JOHN LOCKE<sup>15</sup> não apenas divide Legislativo de Executivo;

<sup>14</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. Pg. 580.

<sup>15</sup> Os clássicos textos de JOHN LOCKE merecem reprodução. As reproduções serão compiladas recomendando-se a pesquisa da íntegra. Todos os textos extraídos de LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Júlio Fischer. Título original: *Two Treatises of Government*. Primeira publicação: 1690. Ao identificar a bipartição dos poderes e as funções legislativa, executiva e federativa, reproduzimos parte do **Capítulo XII do Segundo Tratado** (pg. 514 e seguintes da obra citada): "*O poder legislativo é aquele que tem o direito de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la e a seus membros. (...) O poder legislativo é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas em assembleia, têm em si mesmas, ou conjuntamente com outras, o poder de elaborar leis e, depois de as terem feito, separando-se novamente, ficam elas próprias sujeitas às leis que formularam; o que para elas é uma obrigação nova e mais restritiva, para que tenham o cuidado de elaborá-las visando o bem público. Porém, como as leis são elaboradas de imediato e em pouco tempo têm força constante e duradoura, e requerem uma perpétua execução ou assistência, é necessário haver um poder permanente, que cuide da execução das leis que são elaboradas e permanecem vigentes. E assim acontece, muitas vezes, que sejam separados os poderes legislativo e executivo. Existe em todo o Estado um outro poder, que pode ser chamado de natural, por se tratar daquele que corresponde ao poder que todo homem tinha naturalmente antes de entrar em sociedade. Pois, muito embora os membros de uma sociedade política sejam ainda pessoas distintas umas das outras e, como tais, sejam governadas pelas leis da sociedade, com referência ao resto da humanidade eles formam um único corpo, que está, como antes estava cada um de seus membros, ainda no estado de natureza em relação ao resto da humanidade. (...) De modo que, segundo esta consideração, a sociedade política*

mas vai mais além, ao tratar do campo funcional de atuação do Estado, estabelecendo funções múltiplas dentro do Executivo.

Transportando a doutrina de JOHN LOCKE para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste ensaio), poderíamos afirmar que este anteviu a divisão vertical de funções do Estado, identificando níveis de execução (executivo<sup>16</sup>), de deliberação (legislativo<sup>17</sup>), e de controle (no que ele denominou de funções federativa e prerrogativa<sup>18</sup>).

---

*como um todo constitui um corpo único em estado de natureza com respeito a todos os demais estados ou pessoas externas a este corpo. Este contém, portanto, o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas e, se alguém quiser, pode chama-la de federativo. Sendo entendida a questão, o nome é-me indiferente. Esses dois poderes, o executivo e o federativo, embora sejam realmente distintos entre si, compreendendo um a execução das leis municipais da sociedade dentro de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte, e o outro, a gestão da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles de que ela pode receber benefícios ou injúrias, quase sempre estão unidos. E embora esse poder federativo, bem ou mal gerido, possa ser de grande importância para a sociedade política, é muito menos possível de ser dirigido por leis antecedentes, fixas e positivas que o executivo e, por isso, deve necessariamente ser deixado à prudência e à sabedoria daqueles em cujas mãos se encontra, para ser gerido em favor do bem público. (...). Embora, como já disse, os poderes executivo e federativo de toda sociedade política sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem ser separados e depositados, ao mesmo tempo, nas mãos de pessoas diferentes. Como o exercício de ambos requer a força da sociedade, é quase impraticável depositar a força do corpo político em mãos diferentes e não subordinadas, ou que os poderes executivo e federativo sejam depositados em pessoas que podem agir separadamente, com o que a força do público estaria sob comandos diferentes, o que poderia causar, num momento, ou outro, desordem e ruína". Avançando, no **Capítulo XIV do Segundo Tratado** o filósofo em exame identifica a função de prerrogativa (Pg. 528 e seguintes da obra citada): "Onde quer que os poderes legislativo e executivo estejam em mãos distintas (como ocorre em todas as monarquias modernas e nos governos bem constituídos), o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discção daquele que detenha o poder executivo. Pois não sendo os legisladores capazes de prever e providenciar, por meio das leis, tudo o quanto possa ser proveitoso para a comunidade, o executor das leis, tendo nas mãos o poder, possui, pela lei comum da natureza, o direito o direito de dele fazer uso para o bem da sociedade, nos muitos casos em que a lei municipal não fornece diretrizes, até que o legislativo possa ser devidamente reunido para deliberar sobre a questão. Muitas questões há que a lei não pode em absoluto prever e que devem ser deixadas à discção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme exijam o bem e a vantagem do público; mais ainda, é conveniente que as próprias leis, em alguns casos, cedam lugar ao poder executivo, ou, antes, a essa lei fundamental da natureza e do governo, a saber, que, tanto quanto possível, todos os membros da sociedade devem ser conservados. (...). Esse poder de agir conforme a discção em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela é o que se chama prerrogativa".*

<sup>16</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função administrativa.

<sup>17</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

<sup>18</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderiam à função moderadora.

## 2.2 Georg Jellinek

O segundo doutrinador a ser examinado – GEORG JELLINEK – nasceu na Alemanha e viveu entre 1851 e 1911. Sua principal obra foi *Allgemeine Staatslehre*, cuja primeira edição data de 1900<sup>19</sup>. Se LOCKE, como sugerimos, fez a identificação de funções verticais (execução, deliberação e controle – embora não as alocando cada uma em um Poder distinto), GEORG JELLINEK fará a identificação tanto da divisão vertical como horizontal das funções<sup>20</sup>.

Fará isso identificando os níveis abstrato e concreto (ou imediato)<sup>21</sup> das funções do Estado, entendendo-se o nível abstrato como o nível deliberativo e o nível concreto como sendo o nível de execução (corte vertical)<sup>22</sup>; mas, indo além, ele propõe um corte horizontal, dividindo os dois campos verticais em um corte horizontal onde se estabeleceriam dois campos: jurídico e sociocultural (por que não político?).

Esta criação de quatro quadrantes das funções estatais (abstrata-jurídica; abstrata-sociocultural; concreta-jurídica; concreta-sociocultural) vem esmiuçada de forma categórica pelo Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR ao comentar a doutrina de JELLINEK<sup>23</sup>; em suas palavras:

---

Neste caso a função moderadora sofreria uma espécie de divisão, sendo o poder federativo a atividade moderadora voltada para questões externas do Estado; e o poder de prerrogativa a atividade moderadora voltada para questões internas do Estado.

<sup>19</sup> JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900.

<sup>20</sup> Ver: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 24-26.

<sup>21</sup> JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 539.

<sup>22</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Pg. 8.

<sup>23</sup> Quem de forma muito precisa analisa, de forma sucinta, a teoria de JELLINEK é o jurista português

Dois são os níveis formais de atuação estatal: (a) um nível destacado e acima da realidade concreta, dentro do qual o Estado estabelece regras ou normas abstratas, para que possa, a posteriori, nelas fundado, agir faticamente sobre a vida objetiva; e (b) o nível da realidade concreta e imediata, no qual o Estado age, de modo direto, para enfrentar situações e problemas reais que a ele competem, movido por normas, em conformidade a elas e dentro de seus limites. Em suma: (a) um nível normativo abstrato e superior; e (b) um nível concreto de ações individualizadas a fins determinados. Como se vê, o nível concreto está hierarquicamente submetido ao nível normativo. Ele distingue, também, dois campos materiais de atuação ou tarefas do Estado: (a) o campo jurídico, no qual a missão do Estado é estabelecer e defender o direito positivo; e (b) o campo sociocultural, no qual o Estado tem por finalidade afirmar o seu poder e, principalmente, desenvolver a cultura<sup>24</sup>.

JELLINEK aloca em cada um dos quadrantes acima sugeridos as seguintes funções específicas<sup>25</sup>: (a) jurisdição, correspondente ao concreto-jurídico; (b) administração, correspondente ao concreto-sociocultural; e (c) legislação, cumulando o abstrato-jurídico com o abstrato-sociocultural.

Aqui cabe um pequeno aprofundamento quanto ao item (c) mencionado no parágrafo anterior. Ao manifestar-se acerca da legislação, JELLINEK menciona que esta cumularia as funções legislativa (abstrato-jurídico) e de governo (abstrato-sociocultural), sendo que o nível abstrato, a primeira vista, não estaria dividido; ou seja, apesar de manter ambas dentro do que denomina legislação, ele identifica que são funções independentes<sup>26</sup>.

---

MARCELLO CAETANO. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 150-151.

<sup>24</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 144.

<sup>25</sup> JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 540.

<sup>26</sup> JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Pg. 540.

A ausência de separação expressa entre o abstrato-jurídico (legislação) e o abstrato-sociocultural (governo) na teoria de JELLINEK, chegou a ser, de certa forma, lamentada pelo Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR, ao afirmar, comentando a teoria, o seguinte: *"bem que poderia ter cingido a função legislativa à normaçaõ abstrata no campo jurídico e tentado descobrir a função correspondente (por que não a governamental?) para a normaçaõ abstrata no campo sociocultural"*<sup>27</sup>. Todavia, na obra de JELLINEK, embora tenha fixado sua doutrina aos padrões acima expostos – com a identificação dos níveis abstrato (deliberação) e concreto (execução), há algo a mais nas entrelinhas que poderíamos afirmar ser uma espécie de intuição de um nível ainda superior a estes: o de nível controle<sup>28</sup>, acima dos níveis concreto (execução) e abstrato (deliberação).

Esta intuição da necessidade de um nível superior depreende-se da análise sistemática do texto de JELLINEK (especialmente os capítulos VIII e XVIII da *Allgemeine Staatslehre*). O doutrinador sob exame identifica (ou intui) esta necessidade ao mencionar um possível conflito entre Poderes e a necessidade de uma resolução deste conflito com caráter unificador e moderado (o que hoje seria o papel das funções de controle – funções moderadora e de controle de constitucionalidade – como será abordado na segunda parte deste ensaio). Todavia, a forma de resolução deste hipotético conflito dada por JELLINEK não foi a criação

---

mica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 546. *Verbis: "La administración, en sentido material, contiene, pues, en sí dos elementos: el de gobierno y el de ejecución. Aquél contiene la iniciativa y la regulamentación; este la aplicación de lo ordenado. El acto administrativo divide, pues, en acto de gobierno y acto de ejecución; pero ambos pueden encontrarse unidos. Uno y outro se hallan unidos en el círculo de las actividades extraordinárias del Estado. El gobierno, en el sentido de que se trata aquí ahora, tiene carácter material, objetivo, y puede, por tanto, ser ejercido por los órganos de la legislación. Incluso el poder supremo de gobierno, el que da la dirección, puede ser atribuido a estos órganos cuando a ellos corresponde el poder supremo"*.

<sup>27</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 145.

<sup>28</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 26.

de um Poder apartado, mas sim a sobreposição de um dos Poderes em conflito. Nas palavras do próprio:

En los conflictos hondos entre la administración y el poder legislativo, podría el Estado, en muchas ocasiones, encontrarse detenido en su actividad, y estos casos no pueden ser resueltos mediante la construcción de un poder legal para los conflictos de Estado, sino por la elevación de uno de los órganos en lucha con el Estado, de suerte que asuma el carácter de unificador, y al atribuirse la plenitud del poder, decida la lucha. Ante la realidad política que se muestra en tales conflictos, quedan en suspenso todas las teorías relativas a la igualdad de los poderes<sup>29</sup>.

Identificou JELLINEK o problema da necessidade de um árbitro no arranjo político para exercer uma função pacificadora, unificadora, moderadora dos conflitos inerentes aos Poderes do Estado. Todavia, como atribuir tal faculdade de árbitro a um dos Poderes envolvidos no conflito? Qual seria a imparcialidade deste Poder envolvido para exercer tamanha responsabilidade com sabedoria e isenção? Em suma, a identificação do problema é brilhante, mas a solução empregada somente foi lapidada com o avanço das teorias acerca das funções do Estado (como se verá adiante)<sup>30</sup>.

Transportando a doutrina de GEORG JELLINEK para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste

<sup>29</sup> JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Ríos. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 544.

<sup>30</sup> Embora JELLINEK tenha dado esta solução aos conflitos entre Poderes (a sobreposição de um sobre o outro e não a intervenção de um Poder neutro), o próprio teórico aponta para a existência de atividades atípicas do Estado (ele menciona como exemplo a declaração de guerra e paz) que não estariam entre as funções por ele elencadas (nos níveis abstrato-deliberativo e concreto-executivo). Logo, o próprio doutrinador intui a necessidade de um nível superior aqueles que expressamente vêm delimitados em sua obra. Mas isso não diminui a obra de JELLINEK, em absoluto. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Ríos. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 540.

ensaio), poderíamos afirmar que este anteviu a divisão vertical e horizontal de funções do Estado, identificando dois níveis e dois campos: (a) nível abstrato (ou deliberativo), contendo (a1) abstrato-jurídico<sup>31</sup> e (a2) abstrato-sociocultural<sup>32</sup> (que fusionou ele na função legislativa, embora identificando a função de governo); (b) nível concreto (ou executivo), contendo (b1) concreto-jurídico<sup>33</sup>; e (b2) concreto-sociocultural<sup>34</sup>.

### 2.3 Hans Kelsen

O terceiro doutrinador que propomos o exame é HANS KELSEN. Nasceu na Áustria e viveu de 1881 a 1973. Dentre sua vasta bibliografia (cujo estudo completo seria invencível para os objetivos do presente ensaio) destacamos a obra *General Theory of Law and State*<sup>35</sup>, cuja primeira publicação dá conta do ano de 1945.

Já vimos que um dos maiores contributos de JELLINEK para a evolução do estudo das funções do Estado foi identificar os campos jurídico e sociocultural (ou cultural, ou não-jurídico, ou político). KELSEN irá justamente avançar no campo jurídico, sendo sua maior contribuição a identificação clara de três níveis hierárquicos do ordenamento jurídico: nível superior, nível primário e nível secundário<sup>36</sup>.

No nível superior está a Constituição e sua função de ordenação e controle do ordenamento<sup>37</sup> (e consequentemente do Estado), no nível

<sup>31</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

<sup>32</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função de governo.

<sup>33</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função jurisdicional.

<sup>34</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função administrativa.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Capítulo XI, páginas 181 e seguintes.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg.

primário estão as normas abstratas e sua função deliberativa<sup>38</sup>, e no nível secundário estão as normas individuais criadas em nível concreto pela função executiva (jurisdicional ou administrativa)<sup>39</sup>. Esta hierarquização do ordenamento e consequentemente das funções do Estado na obra de KELSEN vem assim sintetizada pela doutrina:

A originalidade de KELSEN na teoria dos fins e funções do Estado foi ter enxergado níveis ou graus hierárquicos no ordenamento jurídico. O pensamento KELSENIANO, mais lógico que teleológico, mais de cima para baixo que de baixo para cima, fez com que víssemos os fins e funções do Estado por uma nova perspectiva. Para ele as funções do Estado seriam três. No processo de criação e execução das normas jurídicas, dentro do ordenamento jurídico, devem ser considerados três níveis hierárquicos: (1) grau superior ou fundamental; passando pelo (2) grau primário ou legislativo; chegando ao (3) grau secundário, via processo judicial ou administrativo<sup>40</sup>.

---

182. *Verbis: "A constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos"*.

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg. 187. *Verbis: "As normas gerais estabelecidas pela via da legislação ou pela via do costume formam um nível que vem a seguir ao da constituição na hierarquia do Direito. Essas normas gerais devem ser aplicadas pelo órgãos competentes, em especial pelos tribunais, mas também pelas autoridades administrativas"*.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg. 195-196. *Verbis: "A doutrina tradicional considera como aplicação de Direito, antes de mais nada, a decisão judicial, a função dos tribunais. Quando soluciona uma disputa entre duas partes, ou quando sentencia uma punição para um acusado, o tribunal aplica, é verdade, uma norma geral de Direito estatutário ou consuetudinário. Simultaneamente, no entanto, o tribunal cria uma norma individual que estipula que uma sanção definida seja executada contra um indivíduo definido. Essa norma individual está relacionada às normas gerais assim como um estatuto está relacionado à constituição. Desse modo, a função judicial é, como na legislação, tanto criação quanto aplicação de Direito"*.

<sup>40</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 30.

Desta forma, KELSEN entende que o ordenamento jurídico, com sua estrutura piramidal, seria uma criação/execução do Direito até se chegar a sua aplicação concreta<sup>41</sup>. Assim, o nível superior (a Constituição) cria as bases (poderíamos chamar de consenso?) do ordenamento (e conseqüentemente do próprio Estado); o nível primário, por sua vez, executa a Constituição e cria a legislação de forma abstrata; o nível secundário, por seu turno, executa a legislação abstrata ao caso concreto e cria uma norma individual àquele caso; norma individual esta que por sua vez é executada em concreto<sup>42</sup>.

Estabelecidos estes níveis de funcionalidade estatal, no campo eminentemente jurídico, a doutrina de KELSEN tem como maior avanço a identificação de um direito constitucional jurídico (e não apenas político) e sua correspondente função de controle (corretiva) no campo jurídico<sup>43</sup>, com a criação (atribuída a KELSEN) do Tribunal Constitucional tal como hoje concebido<sup>44</sup>.

Transportando a doutrina de HANS KELSEN para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste ensaio), poderíamos afirmar que este avançou significativamente na divisão vertical das funções do Estado no campo eminentemente

---

<sup>41</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 154.

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg. 194-195.

<sup>43</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Pg. 8.

<sup>44</sup> Acerca da doutrina do Tribunal Constitucional, do jurista em exame, ver: KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título original: *La Justice Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1928 (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Publicado em sequência em alemão sob o título: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. *Passim*. Ainda do mesmo autor sobre a questão do Tribunal Constitucional, ver: KELSEN, Hans. **Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?**. Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Alexandre Krug. Título original: *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*. Primeira publicação: 1930-31. *Passim*.

jurídico, identificando níveis de execução da ordem jurídica em concreto (nível secundário<sup>45</sup>), de criação da ordem legal (nível primário<sup>46</sup>), e de controle jurídico (nível superior, sendo ele o criador da moderna teoria do Tribunal Constitucional<sup>47</sup>).

## 2.4 Karl Loewenstein

O quarto jurista que entendemos de alta relevância para a análise da evolução da teoria das funções do Estado é KARL LOEWENSTEIN. Nasceu na Alemanha e viveu de 1891 a 1973. A obra que serve de base à análise aqui proposta é *Political Power and the Government Process*<sup>48</sup>, cuja primeira publicação dá conta do ano de 1957.

A grande contribuição de LOEWENSTEIN<sup>49</sup> foi ter trabalhado de forma bastante aprofundada a divisão dos níveis de funções do Estado<sup>50</sup>, aos quais chamou de *policy execution* (nível vertical executivo), *policy determination* (nível vertical deliberativo) e *policy control* (nível vertical controlador)<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função jurisdicional e à função administrativa. Aqui KELSEN de certa forma não empresta um caráter político à função administrativa, tratando ela como execução jurídica das leis de (estatutos) ordinários, tal como o faz a função jurisdicional.

<sup>46</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

<sup>47</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderiam à função controladora (controle de constitucionalidade).

<sup>48</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957.

<sup>49</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Regimes Políticos**. Tratado de Direito Constitucional. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 583-585.

<sup>50</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pg. 136-137.

<sup>51</sup> O autor inverte a ordem de análise, iniciando pela *policy determination*, para passar à *policy execution* e depois analisar a *policy control*. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 62. Isso porque, na sua teoria primeiro haveria a deliberação, para depois esta deliberação ser executada de forma técnica, e, finalmente, ambas serem controladas. Ver: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 35.

No nível executivo/próximo das funções do Estado, estaria a *policy execution* de LOEWENSTEIN. Tomada a decisão política pelo nível deliberativo (em abstrato), caberia então a este nível executivo a realização (em concreto) desta decisão. A administração cumpre os comandos do nível deliberativo (eminentemente aqueles emanados do governo) tornando concretos estes perante os cidadãos, através de seu corpo técnico e burocrático. Por seu turno, a jurisdição cumpre estes mesmos comandos do nível deliberativo (eminentemente aqueles emanados do legislativo) tornando concretos estes perante os cidadãos através da resolução de conflitos individuais pelos magistrados<sup>52</sup>.

No nível deliberativo/intermediário das funções do Estado, estaria a *policy determination* de LOEWENSTEIN. É a tomada de decisão política em abstrato. Este seria o nível de ebulição política tendo como resultado a tomada de decisões determinantes para os rumos da sociedade e para o próprio Estado. Através do dissenso a sociedade processa toda esta efervescência política para, ao final, emanar suas decisões políticas determinantes que serão executadas pelo nível executivo (pela *policy execution*). É aqui a manifestação do que hoje se entende por governo e parlamento, o primeiro estabelecendo as

---

<sup>52</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 66-68. *Verbis*: "Bajo la categoría de ejecución de la decisión política, se comprende llevar a la práctica dicha decisión. La ejecución de la decisión puede alcanzar cualquier campo de las actividades estatales; frecuentemente consiste en la ejecución de la legislación. (...) La administración es el aspecto de la ejecución de decisiones políticas que surge con más frecuencia en la vida diaria, y este aspecto corresponde a lo que tradicionalmente se ha llamado ejecutivo. (...) Para este fin, la función de la ejecución política está equipada con un plantel de personas —funcionarios, burocracia gubernamental— que aplican al caso concreto las normas generales de la legislación. En la sociedad estatal del siglo XX, se puede considerar como el fenómeno más digno de ser resaltado la transformación del Estado legislativo en el Estado administrativo. (...) Dado, pues, el juez ejecuta la ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas a como lo hace la administración, no realiza una función independiente en el proceso del poder. La función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta en forma legal. (...) Los tribunales lo harán al resolver los casos concretos de conflictos de intereses, así como al controlar ampliamente la legalidad de la administración, es decir, si la actividad administrativa se encuentra de acuerdo con la ley".

políticas públicas de acordo com a vontade da sociedade, e o segundo tornando estática<sup>53</sup> através da Lei a vontade política do povo<sup>54</sup>.

No nível controlador/último das funções do Estado, a doutrina é completada pela *policy control* de LOEWENSTEIN. É controle político exercido sobre os demais níveis. Aqui o jurista em exame aloca as funções de controle, com a tarefa de limitar e moderar o poder do Estado. No entanto, ele apresenta este nível superior, aparentemente, de forma mais ampla que as tradicionais funções moderadora (Chefia de Estado) e controladora (Tribunal Constitucional). Ele foca sua teoria especialmente na questão da responsabilidade política (como a possibilidade de voto de desconfiança do governo, o que estaria, pela disposição mais conservadora, no nível intermediário das funções do Estado).

LOEWENSTEIN traz que a principal forma de controle do poder político seria pela divisão das funções entre diferentes poderes e respectivos órgãos<sup>55</sup>. Isso representaria a tradicional fórmula de que

---

<sup>53</sup> Expressão feliz utilizada para descrever este fenômeno é usada pelo Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR ao mencionar que Direito é política coagulada (amparando-se em KLAUS STERN). Ou seja, a política que é dinâmica sofre um processo de coagulação (metaforicamente) para se tornar Direito (no sentido positivo – Lei) e se revestir de caráter estático. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 38.

<sup>54</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 63-66. *Verbis*: "La determinación de la decisión política fundamental, o toma de la decisión política, consiste en la elección de una, entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad estatal. (...) Es evidente que las decisiones políticas fundamentales serán iniciadas y conformadas por un número relativamente pequeño de personas. (...) Aunque las decisiones políticas están frecuentemente inspiradas e influidas por detentadores del poder invisibles, su formulación y realización están en las manos de los detentadores del poder legítimos, es decir, del gobierno y, en su caso, del parlamento. Según sea el tipo de gobierno, la iniciativa partirá del gobierno o del parlamento. Pertenece, sin embargo, a la esencia del constitucionalismo que en un determinado momento del proceso del poder tenga que darse por lo menos una colaboración entre el gobierno y el parlamento".

<sup>55</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 69.

o poder controla o poder (*checks and balances*). Mas, como dito, ele vai mais além, ao afirmar que apenas esta "auto regulação" não seria suficiente, estabelecendo formas concretas de controle<sup>56</sup>, o que ele denominou de *policy control*<sup>57</sup>.

Quem de certa forma sintetiza a doutrina de LOEWENSTEIN com precisão ímpar é o Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR; em suas palavras:

Contribuição que não pode deixar de ser mencionada, por abrir horizontes para um plano bem mais amplo, é a de KARL LOEWENSTEIN. Este classifica as funções políticas também em três: (a) *policy determination* (a função de tomar decisões políticas conformadoras ou fundamentais, como aquelas do poder constituinte, do eleitorado, do Governo e do Parlamento, que afetam fortemente a vida política, religiosa e econômico-social); (b) *policy execution* (a função de executar as decisões políticas conformadoras, cabendo, entre outros, ao Legislativo, ao Governo, à Administração e ao Poder Judiciário); a (c) *policy control* (a função de exercer fiscalização horizontal e vertical sobre o exercício do poder), onde se inserem, p. ex., a

---

<sup>56</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 38.

<sup>57</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 68-72. *Verbis*: "El mecanismo más eficaz para el control de poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad están obligados, en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida. La distribución del poder entre diversos detentadores significa para cada uno de ellos una limitación y un control a través de los checks and balances – frenos y contrapesos –, o, como dijo Montesquieu en fórmula famosa, le pouvoir arrête le pouvoir. (...). En este punto es necesario hacer una importante aclaración: la distribución del poder político y el control del poder político no son dos categorías iguales, sino que se diferencian. La distribución del poder significa en sí un recíproco control del poder. (...). Pero la distribución del poder no agota la esencia de controlar el poder. Aparte de las indicadas, existen unas técnicas del control autónomas que el detentador del poder puede usar discrecional e independientemente; el detentador del poder es libre de aplicarlas, es decir, puede hacerlo, pero no está obligado a ello. Así, pues, estas técnicas no aparecen necesariamente en el proceso político. Se puede citar como ejemplos: el voto de no confianza del parlamento al gobierno; el derecho del gobierno a disolver el parlamento; el derecho del electorado a rechazar en un plebiscito una ley emitida por el parlamento y por el gobierno; el veto del presidente americano a una ley del Congreso; el derecho judicial a controlar la constitucionalidad de las leyes del Congreso o del Parlamento".

responsabilização política do governo, a dissolução da Câmara (no parlamentarismo) e o controle de constitucionalidade<sup>58</sup>.

Transportando a doutrina de KARL LOEWENSTEIN para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste ensaio), poderíamos afirmar que a contribuição decisiva para o crescimento da teoria das funções do Estado foi aprofundar os níveis verticais de funcionalidade estatal, através do estabelecimento do que ele chamou de *policy execution*<sup>59</sup> (nível concreto/próximo), *policy determination*<sup>60</sup> (nível abstrato/intermediário) e *policy control*<sup>61</sup> (nível último).

### 3 DELIMITAÇÃO MODERNA DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Feita a análise das doutrinas apresentadas na primeira parte deste ensaio, e demonstrada a relevância de cada uma delas para a evolução do estudo das funções do Estado, cumpre transportar todos estes ensinamentos para os atuais tempos, procurando fixar, então, quais seriam as funções do Estado. Desta forma, podemos estabelecer dois campos horizontais, o jurídico e o político; e três níveis verticais, o executivo, o deliberativo e o controlador.

O campo horizontal jurídico equivaleria ao campo jurídico de JELLINEK. O campo horizontal político equivaleria ao campo sociocultural de JELLINEK.

O nível vertical executivo equivaleria ao nível concreto de JELLINEK, ao nível secundário de KELSEN, à *policy execution* de LOEWENSTEIN. O

<sup>58</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 143.

<sup>59</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função jurisdicional e à função administrativa.

<sup>60</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa e à função governamental.

<sup>61</sup> No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função controladora e à função moderadora.

nível vertical deliberativo equivaleria ao nível abstrato de JELLINEK, ao nível primário de KELSEN, à *policy determination* de LOEWENSTEIN. O nível vertical controlador equivaleria ao nível superior de KELSEN e à *policy control* de LOEWENSTEIN.

A sobreposição dos campos horizontais com os níveis verticais resultaria na criação de seis quadrantes, representando cada um deles funções distintas do Estado; seriam as funções de caráter: executivo-político, executivo-jurídico, deliberativo-político, deliberativo-jurídico, controlador-político e controlador-jurídico. A cada uma destas seis funções atribuiremos os seguintes nomes (nomenclatura já adotada na doutrina<sup>62</sup>), respectivamente: administrativa, jurisdicional, governamental, legislativa, moderadora e controladora (ou corretiva).

Embora não seja o objeto central deste estudo, podemos afirmar que na moderna teoria da separação dos poderes<sup>63</sup>, cada uma destas funções deve ser atribuída a um Poder (ou órgão) estatal diferente<sup>64</sup>. Quanto mais cumulação de funções ocorrer em um Poder estatal, mais desequilibrado será o cenário político-institucional do respectivo Estado. Esta organização das funções do Estado vem muito bem sintetizada nos seguintes dizeres doutrinários:

Os fins e funções do Estado foram trabalhados em três níveis hierárquicos e interdependentes. Nos fins últimos do Estado, o (a) Tribunal Constitucional e a (b) Chefia de Estado exercem as funções (a1) controladoras e (b1) moderadoras. Nos fins intermediários o (c) Parlamento e o (d) Governo exercem as funções (c1) legislativa e

<sup>62</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 166 e seguintes.

<sup>63</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. *Passim*.

<sup>64</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 55.

(d1) governativa. Nos fins próximos o (e) juiz e o (f) administrador exercem as funções (c1) jurisdicional e (f1) administrativa. A cada poder foi atribuída uma função. Elas se articulam e se complementam do top à base e da base ao topo<sup>65</sup>.

Estabelecidas quais sejam as funções do Estado (não obstante o estudo classificatório destas seja inesgotável), passemos a análise individualizada de cada uma das seis funções aqui elencadas.

### 3.1 Nível Executivo/Concreto/Próximo das Funções do Estado (Administrativa e Jurisdicional)

Este nível primeiro das funções do Estado, onde se localizam as funções executivas *latu sensu*, entendidas estas como a atividade estatal que executa as deliberações dos níveis hierarquicamente superiores, tanto no campo político (função administrativa) como no campo jurídico (função jurisdicional).

#### a) Função Administrativa:

Esta função, situada no nível executivo e no campo político da organização das funções do Estado, é a função destinada a executar as deliberações tomadas pelo governo do dia, sejam elas quais forem (desde que dentro dos limites da legalidade/constitucionalidade), bem como executar as Leis no âmbito da Administração; tudo sempre de forma técnica e supra partidária.

À função administrativa não é dado poder decisório/discricionário. Ela é (ou deve ser) eminentemente técnica, imparcial e desprovida totalmente de fundamentos ideológicos (ou seja: burocrática)<sup>66</sup>, sob

<sup>65</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Breyo, 2012. Pg. 45-46.

<sup>66</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 66.

pena de contaminar irremediavelmente a eficiência da execução das deliberações governamentais e das Leis.

Diferentemente do que ocorre na função de governo, que possui caráter transitório, instável, disponível e ideológico; a função administrativa deve ser permanente, estável, indisponível e técnica. Sua atuação deve se dar não por governantes políticos (inerentes à função de governo), mas, ao contrário, por servidores de carreira com caráter técnico e jamais político.

Esta tecnicidade preconizada à função administrativa não se deve apenas ao fato de isso ser necessário para ela melhor executar as deliberações do governo do dia; mas, além disso, se deve ao fato de que a função administrativa tem a prerrogativa de ajustar as deliberações governamentais, ou melhor, de executá-las da melhor forma, possibilitando assim que a política deliberada possa atingir o maior benefício possível à sociedade. Podemos afirmar que *"uma péssima política deliberada pelo governo pode se transformar, nas mãos de um bom administrador, quando da sua execução, numa excelente política administrativa"*<sup>67</sup>.

## **b) Função Jurisdicional:**

A função jurisdicional, situada no nível executivo e no campo jurídico da organização das funções do Estado, é a função destinada a executar as Leis deliberadas pela função legislativa, resolvendo conflitos nos casos concretos e dizendo o Direito aplicável a este. O Estado, como guardião da ordem, veda a autotutela entre seus cidadãos e, por isso, deve oferecer a solução para os conflitos. Assim, ao ingressar em sociedade, os membros desta delegam ao Estado – através da função jurisdicional – a função de julgar os conflitos emergentes nos casos concretos.

---

<sup>67</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 45.

A função jurisdicional, por óbvio, deve ser técnica (tal como a função administrativa) e absolutamente desprovida de ideologias e paixões, sob pena de contaminação das decisões judiciais e do uso desta função para fins que não os legítimos.

Mas a função jurisdicional não se limita apenas à resolução de conflitos privados mediante a decisão judicial ao caso concreto. Há muito a figura do juiz autômato de MONTESQUIEU<sup>68</sup> já não atende mais aos anseios da sociedade. O magistrado faz muito mais do que resolver o caso, pois *"a aplicação da norma ao caso concreto abre espaço, frequentemente, a uma atividade criadora do juiz"*<sup>69</sup>; com isso, ele, de certa forma, protege<sup>70</sup> o Direito, fazendo uso de suas qualidades técnicas e imparciais, para interpretar o texto legal e ajustar, mediante equidade, seu significado ao caso concreto, aperfeiçoando assim o próprio Direito<sup>71</sup>.

Podemos afirmar assim que *"uma lei errônea, mal formulada nos seus fins e intenções, pode, a partir do caso concreto e pela discricionariedade (equidade) do juiz adaptar-se muito bem à realidade das partes, e fazer uma boa justiça"*<sup>72</sup>. Assim, a função jurisdicional, ao indicar dentre as interpretações possíveis, mediante uma análise técnica e não apaixonada, aquela que

<sup>68</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. MURACHCO, Cristina. Título original: *L'Esprit des Loix*. Primeira publicação: 1748. Pg. 167-178. No clássico Livro XI, Capítulo, VI da obra está a lição clássica acerca do juiz autômato.

<sup>69</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 169.

<sup>70</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 168.

<sup>71</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 50. Acerca da contribuição dos intérpretes – no caso da função jurisdicional, dos magistrados – na evolução constante do Direito ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso a professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 68-72.

<sup>72</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 45.

melhor se adapta ao ordenamento jurídico, estará contribuindo para a escorreita formação do Direito<sup>73</sup>.

Isso não se confunde, por óbvio, com a função controladora/corretiva, inerente à jurisdição constitucional<sup>74</sup>. Inclusive nos sistemas onde é dado ao juiz ordinário fazer controle difuso de constitucionalidade (notadamente no *judicial review*), o que existe não é controle de constitucionalidade pela função jurisdicional; o que há é a fusão de funções de jurisdição e controle em um mesmo órgão<sup>75</sup> (mas isso demandaria um estudo monográfico apartado, sendo consignado apenas para esclarecimento).

### 3.2 Nível Deliberativo/Abstrato/Intermediário das Funções do Estado (Governamental e Legislativa)

Este nível segundo das funções do Estado, onde se localizam as funções deliberativas *latu sensu*, entendidas estas como a atividade estatal que delibera os rumos do Estado, tanto no campo político (função governamental), como no campo jurídico (função legislativa).

#### a) Função Governamental:

A função de governo é aquela função destinada ao dissenso, ao partidarismo, à ideologia, ao debate; para, mediante a ebulição política,

---

<sup>73</sup> Esta função interpretativa e de criação (ou aperfeiçoamento) do Direito foi identificada pelo próprio HANS KELSEN; em suas palavras: "*Os tribunais exercem uma função legislativa quando sua decisão, em um caso concreto, se torna um precedente para a decisão de outros casos similares. Um tribunal com essa competência cria, por meio da sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo*". KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg. 389.

<sup>74</sup> Acerca desta delimitação ver: ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. Pg. 163 e seguintes; no capítulo intitulado "*El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*".

<sup>75</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 67-68.

ser decidido, dentre tantas opções políticas possíveis, aquela que será aplicada pelo nível concreto (função administrativa). Trata-se a função de governo de transportar para o nível concreto a opinião política de determinado período; ou melhor, de "*representar a opinião política partidária dominante, exprimindo as exigências prevalentes no seio da comunidade*"<sup>76</sup>. Nos dizeres da doutrina, ao comentar a função de governo:

É o domínio dos interesses seccionais, os mais diversos, como os interesses de classe, de setores econômicos, de regiões, de comunidades étnicas, de religiões, etc..., que dividem a Comunidade. É a órbita dos conflitos, das divergências, das tentativas de fazer valer o próprio interesse, frente ao interesse alheio. É o terreno do dissenso, sobre o qual – nas democracias de tipo ocidental – atuam os partidos políticos, buscando organizar os interesses mais próximos e mais compatíveis e, a partir desse material bruto, formular objetivos governamentais a serem perseguidos, uma vez conquistado o poder<sup>77</sup>.

Dito isso, característica inerente à função de governo é sua precariedade (ou instabilidade permanente), pois a mudança de opinião política da sociedade representaria, necessariamente, uma mudança imediata na função governamental (tal como ocorre nos regimes parlamentaristas<sup>78</sup>, inerentes à função de governo autônoma e desvinculada da chefia de Estado). Diversamente do Estado, que é permanente, o governo é passageiro, mutável, dinâmico; e navega, por isso, conforme as marés da opinião política de determinado período<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 87.

<sup>77</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 64.

<sup>78</sup> Acerca do parlamentarismo clássico, de berço inglês, ver a obra de: JENNINGS, W. Ivor. **Governo de Gabinete**. Brasília: Senado Federal, 1979. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Título original: *Gabinet Government*. Primeira publicação: 1939. *Passim*.

<sup>79</sup> TORRES, João Camillo de Oliveira. **Cartilha do Parlamentarismo**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962. Pg. 14-15.

Podemos afirmar, portanto, que à função de governo são estabelecidos os limites inerentes a sua função: determinar as políticas públicas/governamentais extraídas do programa ideológico partidário do governo do momento. Não é dado à função de governo avançar sobre os níveis superiores das funções do Estado e encampar para si as funções moderadoras (inerentes à chefia de Estado), nem tampouco encampar as funções executivas (de caráter eminentemente técnico) e desvirtuá-las; pois governo e Estado são coisas inconfundíveis e impossíveis de serem diluídas entre si, sob pena de o governo do dia, usando o Estado, impor sua ideologia e aniquilar seu adversário<sup>80</sup>. Este processo, quando verificado, redonda na maioria das vezes em regimes totalitários<sup>81</sup>.

Desta forma, estabelecemos que a função de governo é o espaço do dissenso, da política partidária e ideológica que, ao assumir o Poder, deve levar sua ideologia e suas políticas a serem implementadas, dentro dos limites da legalidade e da constitucionalidade, até que outro governo venha a lhe suceder conforme as flutuações das opiniões de dissenso verificadas na sociedade; isso sem jamais invadir o nível próprio das atividades de Estado, o qual está acima do governo, e respeitando a

---

80 Sobre o surgimento e evolução do totalitarismo ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Regimes Políticos**. Tratado de Direito Constitucional. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 594-595.

81 O Estudo dos efeitos nefastos (por que não devastadores?) da fusão entre as funções governamental (governo) e moderadora (Estado) demandaria estudo apartado. Porém cabe indicar referências teóricas acerca deste fenômeno: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 24-25. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso a professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 26. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 35. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 51. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 144-145.

minoria vencida no jogo político, a qual deve também reconhecer a legitimidade da maioria vencedora (o que poderíamos denominar de *fair play* político)<sup>82</sup>.

## b) Função Legislativa:

A função legislativa é aquela destinada a captar a síntese das opiniões políticas da sociedade e, após extrair este denominador comum, produzir a Lei. Ou seja; é a função destinada a catalisar toda a política bruta e transformá-la em Direito estático: a Lei<sup>83</sup>. O parlamento deve reunir as mais variadas representações políticas, recolhidas mediante sufrágio universal, mediante a adoção de um sistema representativo, a fim de se obter a maior síntese possível da vontade política da sociedade.

A Lei é a base do Estado de Direito, ela não pode ser desrespeitada em condições de normalidade, e sua legitimidade deve ser presumida até que venha a ser declarada inconstitucional ou que seja revogada por outra Lei. Por isso, a função legislativa assume tamanha importância na organização funcional do Estado, na medida em que ela é o guia máximo (abaixo apenas dos valores constitucionais) das condutas da sociedade, obrigando aos particulares e ao próprio Estado. Desta forma,

---

<sup>82</sup> Este *fair play* político, onde maioria e minoria se respeitam mutuamente e atuam conforme as "regras do jogo" é um forte indicador de cultura política de uma sociedade. Nos dizeres do Professor Cezar Saldanha Souza Júnior ao comentar o assunto: "*Critério interessante para avaliar a legitimidade reside no comportamento das minorias diante da maioria que controla o mando. Se elas aceitam o resultado do jogo político e se submetem espontaneamente ao seu governo, temos o sinal mais evidente da legitimidade*". SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 58.

<sup>83</sup> Sobre este processo de nascimento do Direito legislado ver o que o Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR chamou de "*hemiciclo genético do direito*". SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso a professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 68 e seguintes.

"a função legislativa na teoria dos fins e funções do Estado adquire tamanha importância, que as demais funções do Estado, se a ela não se subordinam, sobre ela se debruçam"<sup>84</sup>.

Importante destacar, também, que a função legislativa exerce um papel fundamental de sustentação da função de governo. É através do parlamento que é encontrada a maioria política dominante, nos regimes parlamentaristas, indicando assim a formação do governo.

### 3.3 Nível Controlador/Superior das Funções do Estado (Moderadora e Corretiva)

Este nível de funções do Estado é o responsável pela guarda imparcial dos valores máximos da sociedade. É onde estão as funções de moderação (Chefia de Estado) e controle (Tribunal Constitucional), responsáveis pela unidade, pelo consenso e pela manutenção da ordem institucional do Estado. São as funções responsáveis pela manutenção do que a doutrina chama de concordia política<sup>85</sup>.

#### a) Função Moderadora:

A função moderadora<sup>86</sup> consiste na atribuição de guarda da ordem política e institucional do Estado<sup>87</sup>. É o zelo pelos objetivos suprapartidários do Estado, é o nível do consenso. Toda a sociedade ao formar um Estado estabelece valores mínimos que devem ser

<sup>84</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 43.

<sup>85</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 40.

<sup>86</sup> A lição clássica de BENJAMIN CONSTANT, teórico da função moderadora, é aqui usada como referencial clássico, especialmente o Capítulo III do *Cours de Politique Constitutionnelle*. CONSTANT, Benjamin. **Curso de Política Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2006. Título original: *Cours de Politique Constitutionnelle*. Pg. 17 e seguintes.

<sup>87</sup> Ver também, ao discorrer acerca do *pouvoir neutre*, o clássico: SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Barcelona: Editorial Labor, 1931. Pg. 163 e seguintes.

observados por este e por seus cidadãos, inclusive pelas gerações vindouras.

Este consenso estabelece o pacto fundamental do Estado, sobre o qual nenhuma ideologia pode avançar. Podemos dizer que são os limites do espectro de atuação dos governos; são os limites de circulação do dissenso – até onde este ou aquele programa político pode ir. Pode-se afirmar, assim, que a função moderadora exerce a atividade de árbitro (não de arbítrio<sup>88</sup>) entre as demais funções, intervindo com serenidade no objetivo de manutenção da ordem institucional e preservação dos valores de consenso.

Já mencionamos no item anterior que é inapropriado fundir as funções governamental e moderadora, sob o risco de uma catástrofe institucional, onde o Estado passaria a servir ao governo e não o contrário. Pior ainda se avançarmos no raciocínio e o Estado, uma vez fundidas as funções governamental e moderadora, passar a servir não apenas ao governo, mas, pior que isso, ao partido político que o representa<sup>89</sup>.

Adotada como pilar da Constituição do Império de 1824<sup>90</sup>, a separação da função moderadora da função de governo foi a responsável

---

<sup>88</sup> No sentido de desvincular a função moderadora de uma coerção permanente, são sábias as palavras do Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR: "*A função moderadora, ou função de chefia de Estado, seja ela temporária ou vitalícia, é a função de, no hemisfério das atividades políticas, zelar pelos fins últimos do Estado. Guarda, por meio de ações de alcance político, os valores e o processo do regime democrático. Funda-se não no poder de coerção (potestas), que vai se tornando mais necessário à medida que se desce aos níveis da esfera pública; mas, antes e fundamentalmente, na autoridade moral (auctoritas), inerente, no grau mais eminente, ao fecho da abóbada institucional, que une todo o Estado. Está na fronteira que a política faz com a ética. Cumpre uma magistratura de persuasão e de última instância, sobre todo o corpo político de governantes e governados. Unifica e integra a nação, como ponte permanente entre o seu passado e o seu futuro*". SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 166.

<sup>89</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 24.

<sup>90</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 19-35

pelo período de maior estabilidade institucional do país<sup>91</sup>. Isso não se devia à adoção da monarquia (como apressadamente pode parecer), mas sim à divisão clara entre as funções moderadora e governamental.

Infelizmente a Constituição republicada de 1891 apresenta um retrocesso e abandona a separação consagrada pela carta de 1824, sob o equívoco de que a função moderadora seria inerente à monarquia. Este equívoco institucional vigora, praticamente sem rupturas, desde 1891<sup>92</sup> e se reproduz, quase invariavelmente, nas Cartas políticas do país, inclusive naquela que poderia ter corrigido esta distorção: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## **b) Função Controladora ou Corretiva (Controle de Constitucionalidade):**

Esta função é aquela destinada, no nível superior das funções do Estado, a controlar e corrigir os desvios normativos que eventualmente se mostrem de encontro com os valores superiores estabelecidos pela Constituição, adequando ou extirpando as normas contrárias a tais valores<sup>93</sup>. É a clássica função do Tribunal Constitucional, nascido na primeira metade do século XX por idealização, basicamente, de HANS KELSEN<sup>94</sup>, onde a guarda da Constituição e de seus respectivos valores

---

<sup>91</sup> TORRES, João Camillo de Oliveira. **Cartilha do Parlamentarismo**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962. Pg. 49-54.

<sup>92</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 91.

<sup>93</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 166-167.

<sup>94</sup> Ver, basicamente, duas obras do jurista: (1) KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título original: *La Justice Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1928 (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Publicado em sequência em alemão sob o título: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Passim*. (2) KELSEN, Hans. **Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?**. Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Martins

superiores é destinada a um Tribunal Constitucional independente, técnico e composto pelos mais altos juristas do Estado.

Esta função corretiva ou controladora do Tribunal Constitucional é entendida<sup>95</sup> como: (a) um legislador negativo, quando declara a inconstitucionalidade de uma Lei (aqui se entenda Lei no sentido amplo), (b) um legislador positivo (embora não seja sua principal prerrogativa), quando ajusta a Lei determinando qual a interpretação desta está de acordo com a Constituição, e de (c) um exercício de função política quando renova e atualiza os valores que fundam o consenso da sociedade.

Em qualquer dos itens mencionados no parágrafo anterior, torna-se claro que a função primordial do Tribunal Constitucional, ao exercer a função estatal de controle/correção, é a guarda dos valores constitucionais, protegendo estes das variáveis e das flutuações políticas que venham a se estabelecer, especialmente, no nível intermediário das funções do Estado; barrando legislação e deliberação governamental que se mostre contrária aos valores constitucionais estabelecidos pelo consenso constitucional.

A função de controle/correção torna-se, desta forma, essencial para o resguardo do consenso (valores estabelecidos no nível superior), sempre que o dissenso (ideologias estabelecidas no nível intermediário) avançar os limites que lhe são inerentes. Assim "*una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene*"<sup>96</sup>.

---

Fontes, 2007. Trad. Alexandre Krug. Título original: *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*. Primeira publicação: 1930-31. *Passim*.

<sup>95</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. Pg. 118.

<sup>96</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2010. Pg. 199.

Justamente por exercer esta função de controle/correção, o Tribunal Constitucional deve necessariamente estar desvinculado<sup>97</sup> de outros Poderes do Estado<sup>98</sup>, aplicando-se em relação a ele, com ainda mais força, a máxima de que para cada função deve corresponder um Poder.

Por esta mesma premissa, podemos afirmar que a função de controle (nível superior) não pode estar fundida com a função de jurisdição (nível próximo/concreto)<sup>99</sup>, pois exercem funções estatais absolutamente diferentes e incompatíveis entre si; o primeiro controla o Direito baseado nos valores constitucionais, o segundo aplica e interpreta o Direito no caso concreto<sup>100</sup>.

## 4 CONCLUSÃO

Apresentada a análise supra, podemos consignar algumas conclusões acerca das funções do Estado. Diante da evolução doutrinária/filosófica exposta, embora não exauriente, podemos estabelecer, como consenso, que as funções do Estado estariam divididas em (a) dois campos: um (a1) político e um (a2) jurídico; e (b) em três níveis: (b1) próximo/executivo, (b2) intermediário/deliberativo, e (b3) superior/controlador.

<sup>97</sup> FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. Trad. Dunia Marinho Silva. Título original: *Les Cours Constitutionnelles*. Pg. 27.

<sup>98</sup> PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. 4ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. Pg. 154.

<sup>99</sup> Importante registrar que esta segregação entre as funções de controle e jurisdição acentua-se sobremaneira nos Estado de tradição romano-germânica e atenua-se nos Estados de *commom law*. Tal distinção, no entanto, demandaria estudo aprofundado apartado deste ensaio, consignando-se apenas para o registro. Ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 74-77.

<sup>100</sup> Sobre a divisão das funções de controle e jurisdicional ver ainda: ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. Pg. 163 e seguintes; no capítulo intitulado *"El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad"*.

A sobreposição dos campos com os níveis resultaria em seis combinações possíveis que seriam as funções do Estado em espécie, a saber: administrativa ( $a1 + b1$ ); jurisdicional ( $a2 + b1$ ); governamental ( $a1 + b2$ ); legislativa ( $a2 + b2$ ); moderadora ( $a1 + b3$ ); e controladora ou corretiva ( $a2 + b3$ ).

As funções apresentadas existem independentemente do número de Poderes estabelecidos em um Estado (tripartição, tetrapartição, pentapartição, hexapartição, ou outro arranjo institucional<sup>101</sup>). Se houver menos Poderes estabelecidos que funções, o que haverá é a cumulação de mais de uma função em um Poder; ou, ainda, cada função será mais ou menos visível (maximizada ou minimizada) conforme esteja separada ou cumulada em Poderes independentes ou em um único Poder.

A conclusão final, e em nossa opinião a mais importante, é de que **(a)** se as seis funções apresentadas existem independentemente do arranjo institucional (divisão de Poderes) e **(b)** se tais funções são mais eficazmente exercidas se atribuídas cada uma a um Poder independente; podemos afirmar, então, que quanto maior for a entrega de cada uma das funções a um respectivo Poder independente, melhor e mais eficaz será o arranjo institucional do respectivo Estado, estabelecendo-se o espaço institucional necessário para o consenso (nível superior), para o dissenso (nível intermediário) e para a tecnicidade (nível próximo), sem que haja a indevida invasão de um pelo outro, o que, certamente, acarretaria em comprometimento institucional.

---

<sup>101</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. *Passim*.

## REFERÊNCIAS

ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do Direito e do Estado*. Vol, II. Porto Alegre: Safe, 2001. Trad. Elisete Antoniuk. Título original: *Rechts und Staatsphilosophie*.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ARISTÓTELES. *A Política*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El Valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a Nossos Dias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1980. Trad. Lydia Christina. Título original: *Les Grandes Euvres Politiques: de Machiavel a nos Jours*.

CONSTANT, Benjamín. *Curso de Política Constitucional*. Granada: Editorial Comares, 2006. Título original: *Cours de Politique Constitutionnelle*.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. Trad. Dunia Marinho Silva. Título original: *Les Cours Constitutionnelles*.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2010.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900.

JENNINGS, W. Ivor. *Governo de Gabinete*. Brasília: Senado Federal, 1979. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Título original: *Gabinet Government*. Primeira publicação: 1939.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945.

\_\_\_\_\_. *A Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título original: *La Justice Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1928 (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Publicado em sequência em alemão sob o título: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*.

\_\_\_\_\_. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?*. Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Alexandre Krug. Título original: *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*. Primeira publicação: 1930-31.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Júlio Fischer. Título original: *Two Treatises of Government*. Primeira publicação: 1690.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. Trad. José Lión Depetre. Título original: *Contribution à la Théorie Générale de L'Etat*. Primeira publicação: 1922.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. Cristina Murachco. Título original: *L'Esprit des Lois*. Primeira publicação: 1748.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição Constitucional na Ibero-América*. Porto Alegre: Brejo, 2012.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

\_\_\_\_\_. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Tribunal Constitucional como Poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. *Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes*. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

\_\_\_\_\_. *Regimes Políticos*. Tratado de Direito Constitucional. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, João Camillo de Oliveira. *Cartilha do Parlamentarismo*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962.