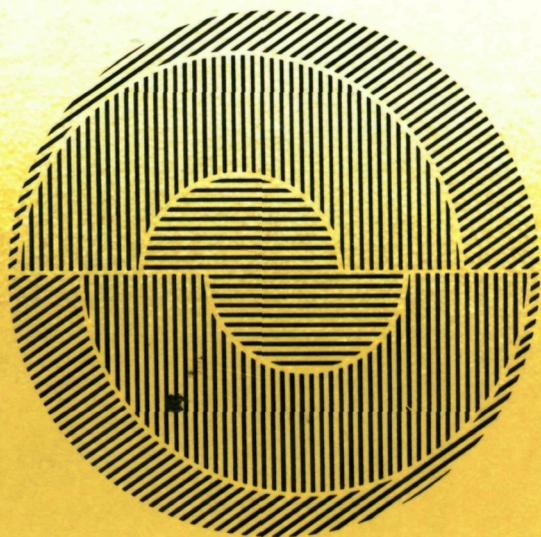


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1980

ANO 17 • NÚMERO 65

# Concepção tetraédrica ou estereognóstica do Direito e do Estado: o Estado puro e integral

MARQUES OLIVEIRA

Advogado e TCE do Tribunal de Contas  
da União.

Uma concepção realmente tridimensional do Direito só é possível com a visualização de um estereograma, uma vez que o reino das três dimensões é o mundo dos sólidos geométricos. Um triângulo só nos daria duas dimensões: base e altura. O sólido nos oferece, além dessas duas, mais a altura, completando as três dimensões.

Ora, para termos o sólido mínimo, necessários são quatro pontos, e estes quatro pontos, convenientemente situados, dão-nos a figura mínima espacial: o tetraedro. Os sólidos, ainda que geométricos e ideais, levam-nos a materialização, embora meramente mental, dos conceitos. E isso é que buscamos com relação ao Direito, para que tenhamos a garantia de conseguir um conteúdo objetivo.

O Professor MIGUEL REALE, filósofo do Direito, tem excelente trabalho publicado pela Saraiva: *Teoria Tridimensional do Direito*. No prefácio dessa preciosa obra cultural, lemos algo que nos anima a pretender divulgar uma teoria que nos parece revolucionária exatamente por mostrar o óbvio em assuntos de Direito em geral, Teoria

do Estado e mais Direito Constitucional e Direito Administrativo. Assim começa o mencionado prefácio:

"Nenhuma teoria jurídica é válida se não apresenta pelo menos dois requisitos essenciais, entre si intimamente relacionados: o primeiro consiste em atender às exigências da sociedade atual, fornecendo-lhe categorias lógicas adequadas à concreta solução de seus problemas; o segundo refere-se à sua inserção no desenvolvimento geral das idéias, ainda que os conceitos formulados possam constituir profunda inovação em confronto com as convicções dominantes." (REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: Preliminares Históricas e Sistemáticas*. São Paulo, Saraiva, 1968, p. 9.)

Quanto a ser "profunda inovação em confronto com as convicções dominantes", nenhuma dúvida é possível, como se verá. A "inserção no desenvolvimento geral das idéias" parece estabelecido, desde que se atente para outra observação de REALE no mesmo livro, à p. 19:

"No incessante renovar-se das normas jurídicas, o direito, que se quer ou que se espera, passa a ganhar terreno sobre o direito que se têm e se ama. Uma atitude inquieta *de jure condendo* prevalece sobre as tranqüilas ponderações *de jure condito* de sorte que a Ciência do Direito toda ela está imersa na problemática do futuro, o que quer dizer do destino humano, em geral; donde a impossibilidade de uma Ciência Jurídica ausente, distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos."

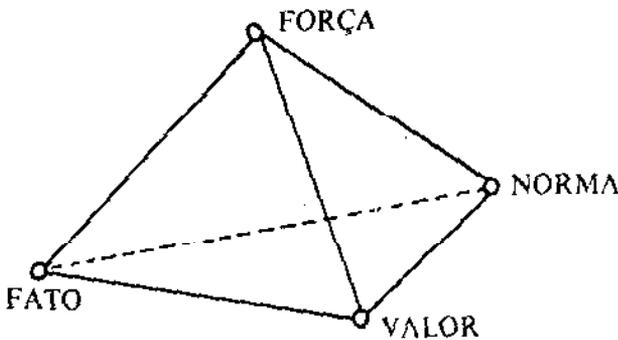
Atualmente, em todos os campos do direito, parece despontar essa "atitude inquieta *de jure condendo*" e nosso trabalho é, precisamente, *de jure condendo*.

Mas duma coisa temos absoluta convicção: é a de que a contribuição ora oferecida procura atender "as exigências da sociedade atual, fornecendo-lhe categorias lógicas adequadas à concreta solução de seus problemas" (1). Sei que parece ambiciosa a pretensão, por isso mesmo a divulgo, a fim de que o crivo do criterioso julgamento dos estudiosos possa aferir-lhe o conteúdo objetivo e a viabilidade prática. Esta nos

(1) Alguns dos problemas que nossa teoria tetraédrica do Direito e do Estado poderá ajudar a resolver: (1) Sobrecarga do Executivo e do Judiciário, com redistribuição das funções de controle, que ambos exercem por má colocação de fatos jurídicos (contencioso administrativo, ações declaratórias, jurisdição graciosa; MP não dependente dos atuais poderes constituídos; Tribunais de Contas com funções de controle também da receita, *ad instar* das receitas de pedágio e dos empréstimos públicos etc.; unificação realmente certa para o futuro OMBUDSMAN etc.). (2) Via de acesso instantânea do povo aos órgãos governamentais, pelo Poder Moderador, verdadeiro *tribunus plebis*. (3) Defesa do povo contra a Imprensa, o rádio e a TV quanto à moralidade ou abusos da liberdade de expressão. Atualmente, no Brasil, o homem do povo não pode defender-se contra a licenciosidade e até a pornografia nos jornais, no rádio e na TV, nem contra o desrespeito generalizado nos meios de comunicação de massa. Idem, contra os gêneros de qualidade inferior, envenenados ou adulterados. Idem, contra o abuso do poder econômico, contra a poluição de qualquer tipo ou espécie (inclusive a sonora e a visual) e atentados à ecologia, dos quais o mais recente, escandaloso e incrível é a "venda" do Rio Paranapanema — o único não poluído do Estado de São Paulo — para uma certa companhia de incertos proprietários e isso, contra o protesto de mais de um milhão de pessoas! Etc... e controle sobre o Legislativo.

parece urgente e oportuna no início de um novo governo cuja mente parece estar aberta a contribuições sérias, atendendo ao pedido do anterior Presidente GEISEL, quando pedia "imaginação", em assuntos de Ciência Política.

Meditando sobre a teoria tripunctural do Professor MIGUEL REALE, achamos que essa concepção poderia significar um primeiro estágio, meramente mental e ideal, na abordagem do conceito do Direito. Faltava-lhe algo que, de imediato, vimos ser a FORÇA<sup>(2)</sup>, alma e dinamismo imprescindível num objeto de si dinâmico e vital. Assim é que construímos um tetraedro do Direito:



Neste tetraedro é importante notar que falamos em FORÇA, e não em PODER. O Poder é uma força batizada na Ordem Jurídica e a FORÇA tem a vitalidade pagã do *Kampf ums Recht*, de JHERING, ou das vias-de-fato das brigas de botoquim. O Direito, a despeito de sua etimologia, a qual faz pressupor uma ordem jurídica anterior, é, para nós, pré-jurídico. Da mesma forma que o *fas* precedeu, historicamente, ao *jus*<sup>(3)</sup>, achamos que, antes do próprio *fas*, já o direito existia vivo e forte, entendendo-se a força aqui não no seu mero sentido de poderio físico, material, brutal, mas também no de inteligência e autoridade

(2) Embora fazendo confusão entre Direito (*directum*) e JUS (direito positivo), com sua consequente confusão entre FORÇA e PODER, tanto RIPERT como GÉNY entendem que o DIREITO sem FORÇA (e, paralelamente, JUS sem PODER) não tem o que chamo de atualidade (*Wirklichkeit*) e, aliás, de existência na ordem real do mundo. RIPERT cita a GÉNY: "Le droit ne sera pleinement réalisé que par la force et il sera d'autant plus parfait que cette force assurera mieux son empire". (...) "... un droit sans force est imparfait... La règle juridique ne sera parfaite que si elle est assurée de sanction coercitive. La règle posée sera d'autant plus parfaite que sa sanction par la force sera mieux assurée". Estas palavras de GÉNY (pp. 249, 218 e 254, dos *Études Capitaines*, apud RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*. Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1955. pp. 76-7) são comentadas por RIPERT: "Adhésion éclatante et rassurante pour nous. Fr. Geny rejoint Jhering. "Le droit est la politique de la force" avait dit Jhering. Le mot n'a paru imple que parce que la pensée a été mal comprise. Il ne faut pas confondre la violence injuste et la force sociale luttant pour créer le droit" (*op. cit.*, p. 77).

(3) Comentando a teoria do contrato social, CHESTERTON nos dá conta de que a religião antecedem a moral: "Morality did not begin by one man saying to another. "I will not hit you if you do not hit me"; there is no trace of such a transaction. There is a trace of both men having said, "We must not hit each other in the holy place." They gained their morality by guarding their religion." (CHESTERTON, Gilbert K. *Orthodoxy*. London, The Bodley Head, 1949, p. 107.)

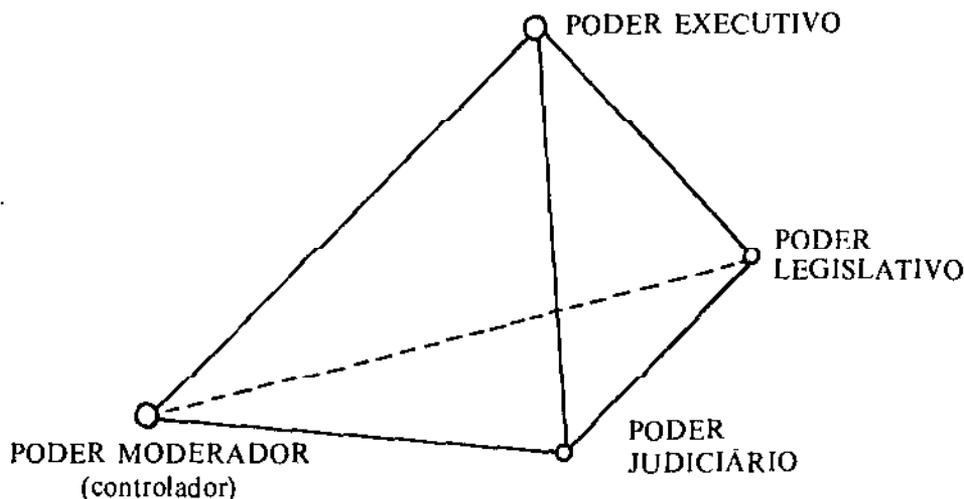
moral. A força do Homem venceu os Dinossauros e os eliminou e essa força era mais mental que física. A força de São Francisco mudou todo o seu tempo e continua comandando nos dias de hoje. No entanto, seu físico não tinha nada de especial que pudesse preocupar MUHAMED ALI no caso de possível disputa num *ring*, embora ambos se guiassem pela mesma máxima: é melhor dar, que receber.

Dessa concepção tetrâmera do Direito nasceu nossa idéia de um Estado que reproduzisse as mesmas realidades. Não dizemos, com KELSEN, que o Estado e o Direito coincidem. Isso é idealismo subjetivista, arbitrário como toda concepção kantiana e desmentido constantemente na vida diária. Se o Estado fosse o Direito, para que, então, Tribunais? Bastaria a Polícia, como allás já começa a ocorrer em países onde a concepção kelseniana tem prestígio.

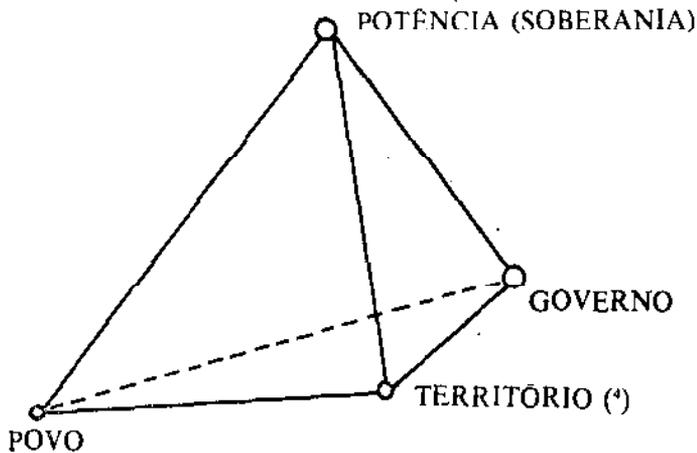
Se o Estado não pode ser identificado com o Direito, pode, entretanto, ser a própria Ordem Jurídica. Qualquer ordem jurídica pode ser discutida quanto a ser justa, ou não. Ou seja: quanto a reproduzir o Direito, ou não. A ordem jurídica pode realizar um ideal teológico, como na Idade Média; ou um ideal jurídico, simplesmente, como no positivismo jurídico; ou um ideal tecnológico ou econômico, como nos EUA e na Rússia. Mas pode, também, representar séria tentativa de ser o Direito, a despeito das lacunas da lei.

Não iremos digredir sobre a concepção tetraédrica do Direito. Vamos mostrar como seria o tetraedro do Estado, dentro dessa concepção:

### I — O ESTADO NO DIREITO PÚBLICO INTERNO



## II — O ESTADO NO DIREITO PÚBLICO EXTERNO



Como se vê, o tetraedro do Direito é como que LOGOS do Estado, como determinante da forma do mesmo. Isso não quer dizer, salientamos de início, que haja identificação ESTADO-DIREITO, embora esse ideal seja tão salutar e desejável como a identificação há longo tempo intentada da LEI-DIREITO ou do direito justo, levantado pelos sofistas (*fysei dikaion*).

Chamamos a atenção para o fato de, no último parágrafo, termos usado a palavra DIREITO em duas acepções bem distintas e isso, cremos, passaria despercebido, como despercebido tem passado em muitos trechos de grandes pensadores a sutil mudança de sentido entre DIREITO, como DIREITO mesmo, ou seja, o DIREITO NATURAL *quod omnia animalia docuit* e o DIREITO como simples JUS, ou *facultas agendi*. Assim, quando dissemos LEI-DIREITO, quisemos dizer LEI-LEI NATURAL; e quando mencionamos o DIREITO JUSTO, evidentemente não nos referíamos ao DIREITO NATURAL, que se confunde com a JUSTIÇA, mas ao DIREITO que não passa de mera *facultas agendi* ou DIREITO POSITIVO.

(4) TERRITÓRIO — Para alguns, o território não é elemento essencial do Estado. Cf. Padre LUIS IZAGA, S. J., in *"Elementos de Derecho Político"*. Barcelona, Bosch, t. I, p. 169: "El territorio no es el elemento esencial, ni siquiera atributo natural del Estado; propiamente, es un elemento extraño al ser del Estado, aunque necesario a su vida y desarrollo. (...) ... el territorio, aunque elemento indispensable para la vida del Estado, no es parte constitutiva de su concepto." Para nossa abordagem realista tanto do Direito como do Estado, território faz parte desse conceito que chamo de *existencial*, em oposição aos conceitos trimeros que chamo de *essenciais*. De qualquer forma, o que nos interessa na idéia de TERRITÓRIO é seu VALOR e esse valor tanto pode ser a mera integridade física territorial, como a riqueza (da Máfia, por exemplo), ou o poder (como em certas sociedades secretas), ou a divindade (como nas religiões). A Igreja e os Judeus, por exemplo, independem respectivamente do território do Vaticano ou de Israel, mas não podem dispensar a noção de territorialidade, que marca o limite de sua soberania, ainda que independentemente da noção meramente espacial de território, naquele sentido de soberania (= *potestas*) da expressão romana: *Potestas terrae finitur ubi finitur armorum vis*. A *armorum vis* pode ser apenas a força das crenças ou das convicções sobre os indivíduos. O lema português "Dilatate a Fc e o Império" mostra bem como se conjugam harmonicamente, na prática, a idéia física de território como sua visualização ideal, constituído ambas valores supremos para o Estado que reivindica existência real.

A observação acima é importante, uma vez que existe uma noção imprescindível a ser sempre tida em conta cada vez que se penetra em questões ESTADO-DIREITO: a noção de Ordem Jurídica, frequentemente chamada em muitos e bons autores de... Direito.

Pode haver perfeita identificação entre ESTADO e ORDEM JURÍDICA. O que não há, a não ser raras vezes, é identificação entre a Ordem Jurídica e o DIREITO NATURAL. A Ordem Jurídica pode ultrapassar o tetraedro do Estado e isso tem acontecido toda vez que o Estado invade os campos reservados à Religião<sup>(5)</sup> ou à Moral ou, como julgam muitos não sem alguma razão, também à Educação. E pode também a Ordem Jurídica encolher-se em Estados que deixem ao particular, por exemplo, o problema da segurança pública. Vamos a um exemplo: a existência de duelos, tão combatida pelo Cardeal RICHELIEU e pela Igreja em geral, o foi por razões talvez opostas. O Cardeal, por entender que a justiça era território do Estado nascente, o qual deveria monopolizar a Força, desmedievalizando os cavaleiros-a-pé que eram os Mosqueteiros do Rei. A Igreja, por ver nos duelos "um suicídio condicionado a um assassinato falho": de qualquer forma, quebra do "não matarás".

A nossa teoria, baseada em fatos reais e que não devo esmiuçar agora, chamo Teoria da Pulsação Jurídica do Estado, ora apresentando um extravasamento da Ordem Jurídica (como o que vemos na sôfrega aceitação até de jargão economês em leis sérias), ora se contrai, permitindo que a lei do mais forte domine na sociedade. A imagem perfeita seria a sístole e diástole do coração, a bombear leis para o organismo social, sendo de temer-se tanto a anemia como a apoplexia causada por excesso de sangue.

Feitos estes reparos, convém continuar o paralelo ou harmonia estabelecida entre a concepção do DIREITO e do Estado. Há correspondência entre as noções de FORÇA-PODER-SOBERANIA-POTÊNCIA e, se quisermos, acrescentamos também PODERIO. Não iremos discutir isso neste trabalho cuja finalidade é chegar à estruturação racional e de valor objetivo, do Estado. Nossa meta entende com o Direito Constitucional e com o Direito Administrativo e, apenas incidentalmente, com o Direito Internacional.

Da mesma forma que apontamos a harmonia originária da idéia de FORÇA, vemos que à NORMA correspondem as idéias de PODER LEGISLATIVO e de GOVERNO. À idéia de VALOR, as de PODER JUDICIÁRIO e TERRITÓRIO. O FATO harmoniza-se com o PODER MODERADOR (nome menos antipático para o futuro PODER CONTROLADOR) e com a idéia de POVO.

(5) Sobre os conflitos entre a ordem religiosa e a ordem jurídica, existe excelente estudo de LÉDA BOECHAT RODRIGUES: *Suprema Corte dos Estados Unidos: Liberdade de Religião e Separação da Igreja e do Estado*, que saiu publicado primeiramente em francês, no volume de *Études offertes au Professeur Jacques Lambert*, Paris, ed. Cujas, 1975, pp. 617-37. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, da Universidade Federal de Minas Gerais, janeiro de 1977, n.º 44, pp. 73-102.

Essa correspondência baseia-se, evidentemente, em dois pressupostos, que também não iremos analisar aqui, mas para os quais sentimo-nos impelidos a alertar os estudiosos: o primeiro é a correção a KELSEN quanto à identificação ESTADO-DIREITO que mudamos para ESTADO-ORDEM JURÍDICA; o segundo, que merecerá maior aprofundamento em estudo posterior, refere-se ao que poderíamos chamar de a "magia" do número quatro. Desde PITÁGORAS que o número quatro simboliza a concretização ou materialização de idéias, significando a passagem de uma ordem puramente subjetiva para a ordem objetiva. Em PLATÃO e ARISTÓTELES encontramos exemplos, que infelizmente não caberiam aqui, de captação da realidade só possível quando saímos da trimeria e passamos para a tetrameria. Apenas dois exemplos: o número de virtudes cardeais é igual a dos pontos cardeais: quatro. São elas: a coragem, a sabedoria, a temperança e a justiça. Isso vamos encontrar já em PLATÃO. ARISTÓTELES, ao examinar a antítese PARMÊNIDES vs. HERACLITO, descobriu que o devir era *causado* e, de aí, sua teoria das QUATRO causas. Em pesquisas que realizamos em diversos domínios das ciências, verificamos que a realidade material tem misteriosa relação com o número quatro, especialmente se estamos tratando de ORGANIZAÇÕES. É curioso notar que o carbono, de valência quatro, é indispensável na composição de seres organizados, chegando por uns tempos a identificar-se Química do Carbono com Química Orgânica. Mas isto é assunto para outra monografia (6).

Temos uma observação quanto à força chamar-se PODER, no Estado. O Poder é a *potestas* latina e pode aplicar-se tanto ao Estado como

(6) Em matemática temos exemplo impressionante da ligação entre o número QUATRO e completez. O número  $i = \sqrt{-1}$  significa "unidades medidas para cima", ou melhor, fora do plano. Pois este número  $i$ , que tanto fascinava o matemático GAUS, tem uma curiosa propriedade: quando elevado a potências consecutivas, os resultados se repetem após cada quarto elemento. Assim:

$$\begin{array}{llll}
 i = \sqrt{-1} & i^2 = -1 & i^3 = -i & i^4 = 1 \\
 i^5 = \sqrt{-1} & i^6 = -1 & i^7 = -i & i^8 = 1 \\
 i^9 = \sqrt{-1} & i^{10} = -1 & i^{11} = -i & i^{12} = 1, \text{ etc.}
 \end{array}$$

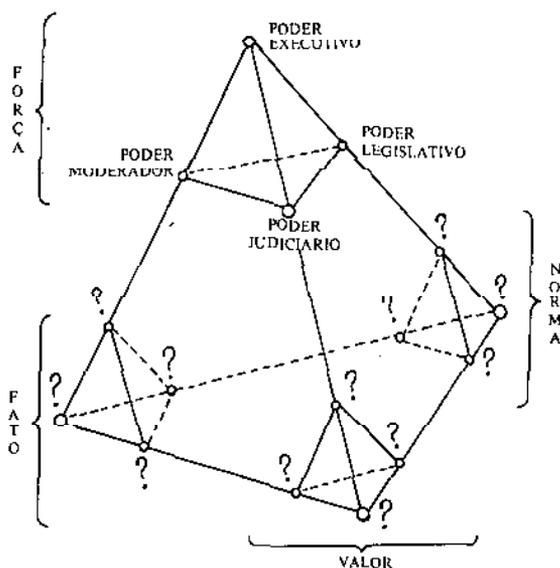
.....

Outro exemplo que dá que pensar é o do código genético. Disso nos dá notícia GOFFREDO TELLES JÚNIOR: "Cada molécula do DNA, cada gen, continha uma mensagem ou mandamento para os aminoácidos. Como já dissemos, uma molécula do DNA constituía uma complexa cadeia de nucleotídeos. Sabemos que os nucleotídeos eram de quatro tipos diferentes. Cada um desses quatro tipos funcionava como um letra de um alfabeto especial, um alfabeto de quatro letras. E as moléculas funcionavam como palavras de uma língua especial. Esta língua era o código genético. As mensagens do DNA se formulavam em tal código". (TELLES JÚNIOR, Goffredo, *O Direito Quântico: Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica*. São Paulo, Max Limonad, 1974. p. 102).

Na série periódica de elementos (cuja lei periódica devemos ao químico russo MENDELEIEFF), o número quatro desempenha importante papel e, provavelmente, não se pesquisou ainda devidamente, na química e na física nuclear, tudo que dele poder-se-la extrair como bússola mental, nem, suponho, procurou-se relacioná-lo com os *quanta* ou com a constante de PLANCK ou com o número  $i$ . Estaremos voltando a Pitágoras e seu QUATRO SAGRADO e ao *Tetragrammaton*?

ao Indivíduo-dentro-do-Estado. O Poder é a força sujeita às regras da ordem jurídica. Um arbitrio tanto pode ser chamado de excesso de poder como ato de força, significando-se com isso que, fora da ordem jurídica, o Poder é mera Força. Por isso, o Estado, visto pelo prisma de Direito Público Interno, ou do Direito Constitucional, é um tetraedro de poderes que, juntos, compõem a SOBERANIA, o *Tetragrammaton* político, que se manifesta totalmente em cada poder, como na trindade kantiana que DUGUIT tentou ridicularizar chamando-a de santíssima trindade da soberania. Na verdade, com duas imagens se vê que isso é compreensível: o amor de mãe, é sabido, está dividido entre os filhos e se manifesta totalmente em cada filho. Uma baía ou um golfo são parte do oceano, sem que o oceano perca sua continuidade por isso e sem que se possa dizer que o golfo não é o oceano, pois quem está navegando no Golfo do México navega no Oceano Atlântico, tanto quanto o que navega no Golfo da Guiné.

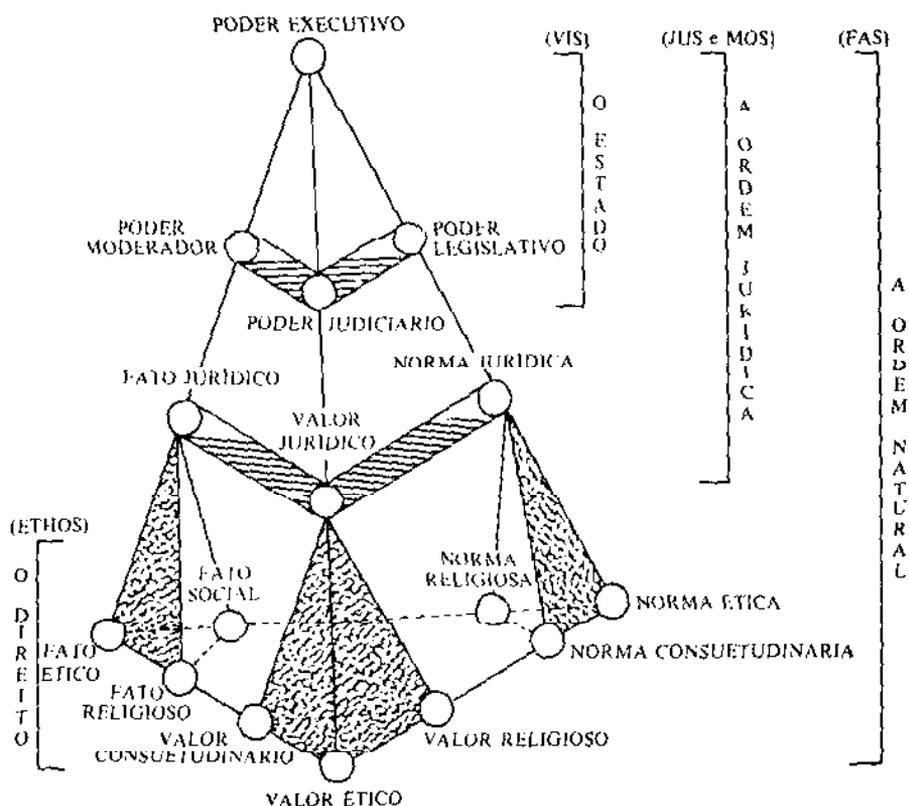
Para os *esprits de finesse* poderíamos passar adiante, tranqüilamente. Mas existem os *esprits de géométrie* que, certamente, devem ter notado que, a rigor, a pretendida correspondência entre DIREITO e ESTADO faz-se apenas no vértice superior do Tetraedro do Direito, aquele correspondente à FORÇA (7), ficando os outros três vértices sem um microtetraedro que dê ao conjunto a simetria cobiçada por tais espíritos. Assim:



(7) É interessante notar que os mais pudicos juristas quanto à aproximação ESTADO e PODER, são exatamente os que pregam teorias que levam a força estatal a paroxsimos. "Qui veut faire l'ange, fait la bête..." Veja-se, a propósito, este trecho de DUGUIT, no seu *Traité de Droit Constitutionnel*, v. I, p. 41: "L'Etat est fondé sur la force; mais cette force est légitime lorsqu'elle s'exerce conformément au droit. Nous ne disons pas avec JHERING que le droit est la politique de la force, mais bien que la puissance politique est la force mise au service du droit". JHERING foi bem mais sincero e mais perspicaz dizendo o que o nosso estereograma está mostrando claramente: o Direito é a política da força, enquanto que eu afirmo ser o Estado a política do Poder. E este é o Estado Puro.

Apenas para satisfazer esse justo anseio dos espíritos fortemente racionais e geométricos, completemos provisoriamente os microtetraedros, deixando essa complementação como tema de meditação também para os *esprits de finesse*.

Antes, convém dizer que, se o Estado representa uma como que domesticação da FORÇA na Ordem Jurídica, vamos encontrar outras ordens lógicas na vida humana em sociedade. Assim é que existe uma ordem puramente normativa, outra ordem valorativa e uma ordem fática. São campos dotados de valor objetivo e que nosso espírito pode isolar, abstraindo tudo que lhes não diga respeito, tal qual fizemos com o Estado, dele abstraindo tudo que dele exorbite. Ao contrário de KELSEN, que quis o DIREITO PURO, nós estamos tentando apresentar um ESTADO PURO. Mas este ESTADO PURO é apenas parte da vida humana — coisa de que não podemos, nunca, esquecer-nos. E nosso tetraedro final, completo, irá mostrar isso — geometricamente.



Este estereograma nos mostra nitidamente o envolvimento do Estado pela Ordem Jurídica. Esta sempre contém mais coisas que aquelas puramente estatais, ou seja, contém normas religiosas, morais, técnicas, econômicas etc. — e não deveria ser assim. A ordem moral envolve, por sua vez, a ordem jurídica e quando isso não acontece, temos o *neque quod licet honestum* dos romanos. Ordem moral e Direito Natural são, praticamente, a mesma coisa e é neste plano que existe o Direito, como eu o entendo. O ideal seria um Estado em que as três ordens coincidissem perfeitamente, o que só seria possível *if men were angels*, como disse MADISON.

Atendido o lembrete de PASCAL, fixemo-nos apenas no microtetraedro do Estado. Do Estado Puro (*Der reine Staat*), separado do mundo dos fatos, do universo das normas e do cosmos dos valores.

Este é o Estado inocente, ainda no Paraíso da Assembléia Constituinte, sem ao menos a companhia da Eva da Ordem Jurídica, que sairá da sua costela legislativa (8). É este Estado que iremos analisar e passar do campo do Direito Constitucional para um território próximo do Direito Administrativo. O Estado Puro e Integral executa quatro funções, que chamarei de funções maiores: a função executiva, a função legislativa, a função judiciária e a função moderadora. Podemos dizer que cada poder constituído realiza uma função maior.

Mas cada um dos poderes, por sua vez, exerce quatro funções menores: a função administrativa, a função normativa, a função judicativa e a função controlativa. Dessas quatro funções que todos igualmente executam, uma é predominante num dos poderes. Assim, a função menor predominante do Poder Executivo é a função administrativa; a função menor predominante no Poder Legislativo é a função normativa; a função menor predominante do Poder Judiciário é a função judicativa; finalmente, a função menor predominante do (*de lege ferenda*...) Poder Moderador é a função controlativa.

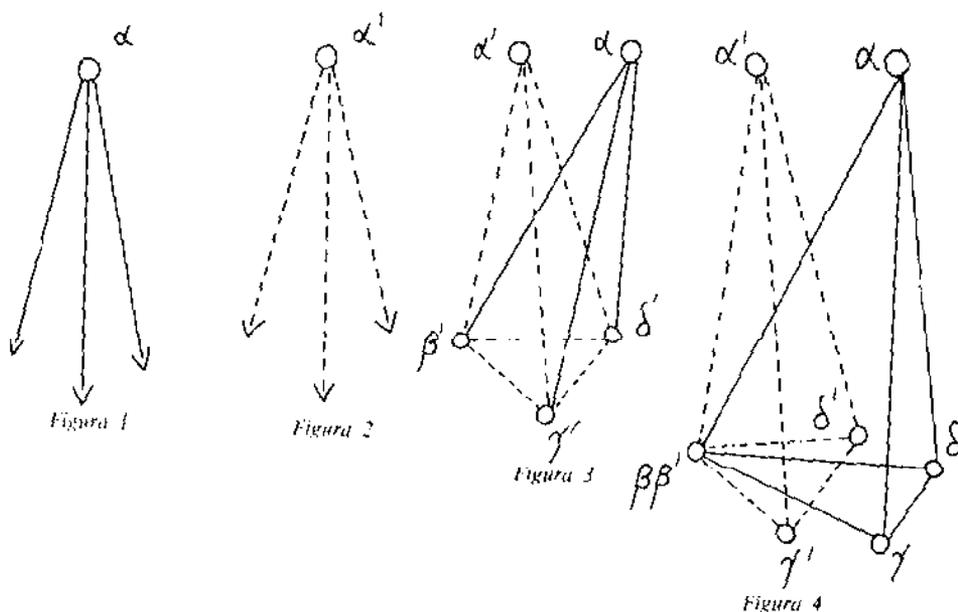
Convém notar que, se o Poder Moderador ainda não existe e a ele fazemos menções *de lege condenda*, isso não quer dizer que a função menor correspondente não exista ainda. A função menor controlativa sempre existiu, sendo mesmo anterior à função menor normativa ou, pelo menos, à função maior legislativa. Há controle interno e externo para a Administração; e o Ministério Público, magistratura em pé, é

---

(8) Quando GOETHE faz FAUSTO percorrer um itinerário mental: PALAVRA-SENTIDO-FORÇA-AÇÃO para traduzir o LOGOS (VERBUM) estava a nos dizer que Deus, o Estado e o Direito são primordialmente FORÇAS puras (o ATO PURO, de ARISTÓTELES e o LOGOS, de HERÁCLITO...) que "se encarnam" em AÇÃO. Assim, a FORÇA é a potência e a AÇÃO é o ATO. O Estado é, então, um tetraedro — sem base — como o Direito também é um tetraedro sem base. Ambos são forças puras que só podemos perceber quando se materializam

presença viva e atuante da função controlativa, na sua qualidade de Fiscal da Lei. O Legislativo usurpou monopolisticamente essa função controlativa, logo de início, mas a História vem-lhe reivindicando um Poder que lhe não compete.

num ato estatal ou numa ação reta (reta: direito). O Direito é anterior ao Estado e sua causa exemplar. Entretanto, a *facultas agendi* é posterior ao Estado, é o *jus*, e dele depende. Isso não teria importância alguma (essa dependência) se o Estado coincidir com o Direito, pois, então, Direito e *JUS* iriam também coincidir — através do Estado. Mas o que acontece, na prática, não é isso: a coincidência dá-se sempre necessariamente, apenas no FATO. Assim:



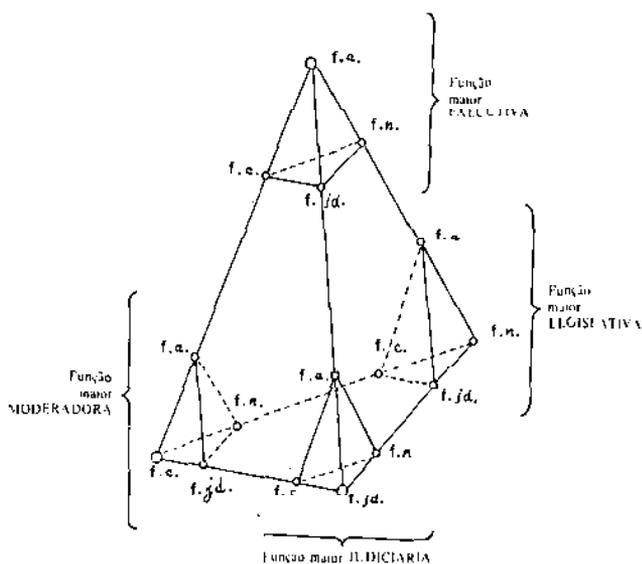
Legenda:

- |          |                 |           |                  |
|----------|-----------------|-----------|------------------|
| $\alpha$ | o Direito       | $\alpha'$ | o Estado         |
| $\beta$  | o Fato          | $\beta'$  | o Fato           |
| $\gamma$ | o Valor Natural | $\gamma'$ | o Valor Positivo |
| $\delta$ | a Norma Natural | $\delta'$ | a Norma Positiva |

Como se vê podemos conceber tanto o Estado como o Direito, sendo FORÇAS puras, mas só podemos percebê-los como Ações encarnadas em fato-valor-norma, quando então saem da trimeria meramente ideal e subjetiva e passam a ser concretos e objetivos, o que se vê, na figura anterior, onde B e B', representativos do FATO, são necessariamente mais que simplesmente iguais: são um e o mesmo!

O que, no texto, chamei de Estado inocente está representado na fig. 2. A Ordem Jurídica pode ser simbolizada pelo tetraedro completo pontilhado, da fig. 4.

Dentro da teoria Tetraédrica do Direito e do Estado, a constituição estatal seria figurada neste estereograma:



Dissemos que o que caracteriza um Poder é o exercício de quatro funções, que chamamos de menores, com predominância de uma delas entre as quatro. Essa função predominante em cada Poder é-lhe também privativa em última instância, ou seja, no caso de choque entre funções, prevalece a que for predominante num dos Poderes ou, se o choque for entre funções não predominantes, o conflito será resolvido pelo Poder onde essa função for predominante.

Assim, num conflito entre a função administrativa do Poder Executivo com a função administrativa de outro Poder, prevalece o Executivo. Num conflito entre funções judicativas, prevalecerá a do Judiciário, se este estiver envolvido. Num choque entre funções controlativas, entre o Legislativo e o Executivo, quem decidirá a contenda será o futuro Poder Moderador, onde a função controlativa será predominante e privativa em última instância.

Outro reparo importante tem relação com a descabida distinção pretendida por DUGUIT entre função *judiciária* e função *jurisdiccional*. O mestre de Bordéus sentiu a necessidade lógica da distinção, mas, como demonstramos em outro estudo, não foi muito feliz por haver criado termos sem conteúdo objetivo ou, pelo menos, cujo conteúdo continha confusão de objetos díspares.

Para ele, função judiciária seria a exercida por funcionários da "ordem judiciária" e função jurisdiccional era a função de julgar, *tout court*. Coerentemente, dizia que todas as funções executadas por fun-

cionários da ordem judiciária, embora judiciárias, poderiam ser de muitas espécies e não apenas jurisdicionais. Da mesma forma, outros poderes (ele detestava esta palavra) poderiam realizar a função jurisdicional. Perguntamos: em que se adiantou quanto à precisão vocabular? Como distinguir a função jurisdicional privativa do Judiciário da função "jurisdicional" dos outros poderes? E como chamar de "judiciária" uma função administrativa ou normativa executada por membro da "ordem judiciária"?

Na nossa terminologia, baseada em conteúdo objetivo indiscutível e quase palpável, tal confusão e imprecisão não existem. Quando o Executivo realiza um inquérito administrativo, por exemplo, dizemos que está exercendo a função menor judicativa. E, o mesmo, quando o próprio Poder Judiciário executa *foribus clausis* um inquérito administrativo para apurar falta de funcionário seu: também está executando uma função judicativa. Em ambos os casos, entretanto, pode acontecer que os funcionários de um e de outro Poder se julguem feridos em seus direitos subjetivos, após esgotarem-se os recursos "administrativos" (9). Que farão? Ambos recorrerão ao Poder Judiciário — como tal — para que este exerça a função maior Judiciária ou Jurisdicional, que lhe é privativa face aos demais Poderes. Este exemplo, pensamos, deve ter deixado claro que a mesma função menor judicativa, quando exercida pelo Poder Judiciário como tal, passa a chamar-se função maior Judiciária ou Jurisdicional. Poderíamos também dizer diferentemente: a função judicativa é a função de julgar, exercida internamente por todos os Poderes, inclusive o Poder Judiciário, mas só este pode exercê-la em última instância, externamente. O mesmo poder-se-ia dizer do Poder Legislativo, que executa a função menor normativa (quando, p.e., faz seu Regimento Interno) para seus assuntos internos, enquanto que, externamente, legisla. E a lei prevalece contra qualquer norma de quaisquer dos Poderes que executam também funções normativas.

Pensamos que o exposto é suficiente para dar uma idéia da nossa concepção do Estado Puro e Integral, bem como da terminologia exata proposta. Em outros trabalhos iremos prosseguir nossas pesquisas e oferecê-las, ao menos como provocação intelectual, a todos os que se interessam pelos campos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Como vemos, a conseqüência mais importante da concepção tetrádica do Direito é a possibilidade de uma visão estereognótica do Estado Puro e Integral e, por via reflexa, a visualização de um Quarto Poder, que chamamos de Poder Moderador.

No Poder Moderador, verdadeiro mecanismo corretor cibernético, a função predominante e privativa em última instância é a função controlativa.

Com isso, fazemos a correção a MONTESQUIEU e a LOCKE, dividindo (sem separar) o Estado em quatro poderes, dando um Poder diretamente ao povo.

(9) A rigor dever-se-iam chamar recursos "judicativos".

O Império Brasileiro já conheceu, na prática, essa organização tetramera, com o Conselho do Estado presidido pelo Imperador D. Pedro II, que encarnava o Poder Moderador nos moldes preconizados pelo genial BENJAMIN CONSTANT DE REBECQUE.

A estrutura, que imaginamos para o futuro Poder Moderador, inclui:

- 1) O Tribunal de Contas (possivelmente com o nome de Conselho de Controle Financeiro);
- 2) O Conselho de Controle Administrativo (para todos os casos do Contencioso Administrativo);
- 3) O Ministério Público (completamente livre e independente, sem as funções de Procurador ou Advogado do Estado);
- 4) O *Ombudsman* (com funções de investigação, constatação e recomendação, sob pena de comunicação ao Ministério Público).

Outras funções de controle, hoje afetadas ao Poder Judiciário, serão estudadas posteriormente, como, por exemplo, a Jurisdição Graciosa, as Contravenções Administrativas (Código de Água, de Minas etc.) e os Cartórios de Notas, Registros e Protestos, a Ação Popular e o Controle da Constitucionalidade das Leis.

Devemos chamar a atenção para algo que não foi frisado convenientemente: a teoria proposta não pretende Poderes ou Funções separadas, isoladas, como blocos de granito justapostos. Entre as funções maiores há e deverá haver mútua cooperação, nos moldes da que já existe atualmente, p.e., entre o Executivo e o Legislativo para a feitura das leis. Sem a cooperação do Executivo, apenas o Legislativo não faz leis ou não deve fazê-las. Também o Judiciário não dispensa a cooperação dos delegados de polícia nem do Ministério Público. O futuro Poder Moderador deverá também entrosar-se harmonicamente no conjunto, dando e recebendo cooperação.

Uma observação final: nosso tetraedro do direito tem notável propriedade de bússola mental. Quando se procura, no mundo do Direito, estudar realisticamente um fato ou um instituto, o tetraedro nos ajuda a ser objetivos e completos na pesquisa da essência do objeto a ser apreendido. Os problemas jurídicos do Contencioso Administrativo são claramente deslindados com o auxílio da bússola tetraédrica. A posição dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, sempre chamados de *sui generis*, é perfeitamente situada no Poder Moderador. A jurisdição graciosa e a natureza jurídica dos tabeliães de notas ou de protestos também ressaltam, luminosas, à inteligência indagadora. As ações declaratórias e seu valor jurídico também aparecem tão nítidas que é de espantar-se que em todos estes assuntos tantas correntes se tenham digladiado no correr destes dois séculos passados.

Apesar disso tudo, não é sem compreensível hesitação que ousou apresentar uma teoria que devo em grande parte à Teoria "Tridimensional" do Direito, do meu antigo mestre no Largo de São Francisco, em São Paulo, o Professor MIGUEL REALE, cuja clara inteligência e amor ao saber sempre me encantaram.