

A ideia de separação de Poderes, a cláusula pétrea e as mudanças constitucionais a partir de 1988

*Luiz Alberto David Araujo*¹
Professor

Sumário: I - Introdução; II - O texto de 1988 e os valores petrificados. III - As mudanças constitucionais e o Poder Legislativo (a Emenda Constitucional n. 35). IV - As emendas constitucionais e o Poder Executivo. V - Ainda as Emendas Constitucionais e o Poder Executivo. VI - O Poder Judiciário, as emendas à Constituição e as novas funções; VII - Conclusões.

I. Introdução

O objetivo deste pequeno trabalho é aferir, no decorrer do tempo, tomando-se como base o referencial de 1988, como permaneceu a vedação material do artigo 60, especialmente, a separação de poderes. Não chegaremos a analisar a constitucionalidade ou não das alterações posteriores ao texto promulgado em 5 de outubro de 1988. O trabalho pretende apontar mudanças no ajuste da separação e deixar ao leitor alguns elementos para a sua conclusão. Essa análise panorâmica pretenderá visitar os três Poderes e sua independência e harmonia, nos dizeres do artigo segundo da Constituição Federal e, ao lado destes valores importantes para o sistema constitucional, mostrar como sofreram alterações. E, deixaremos a análise de sua constitucionalidade ao leitor. Foram emendas constitucionais todas votadas de forma regular, dentro do poder de mudança da Constituição. No entanto, pode haver algum elemento que tenha alterado a vontade originária de forma a invadir a ideia de separação de poderes. O leitor decidirá ao final.

II. O texto de 1988 e os valores petrificados

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, cuidou de garantir, seguindo a tradição constitucional brasileira, determinados bens como imutáveis, impedindo a mudança de tais pontos. Entre eles, a separação de poderes. O parágrafo quarto, do artigo sessenta, cuidou de estabelecer as vedações materiais ao poder de reforma da Constituição. Discutiu-se se tais valores estariam a salvo na hipótese da Revisão Constitucional, prevista pelo artigo terceiro, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.² Boa parte da doutrina entendia que as vedações

¹ O autor é Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Constitucional, Professor Titular de Direito Constitucional da PUC-SP, onde leciona na graduação e na pós-graduação. Foi Procurador do Estado e é Procurador Regional da República aposentado. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

² Artigo 3º da ADCT: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

persistiriam na revisão; outra parte, minoritária, entendia que a revisão era ampla; e, por fim, havia quem entendesse que a revisão só deveria ocorrer em caso de vitória da tese modificadora no plebiscito, previsto no artigo segundo, da ADCT³. De qualquer forma, a cláusula pétrea não foi objeto da Revisão Constitucional, mantendo-se incólume e presente em nossa Constituição.

Não vamos, neste espaço pequeno, cuidar da extensão do conceito de separação de Poderes. Sabemos que os poderes são exercidos a partir de garantias que recebem e da harmonia com que se relacionam. A dicção do artigo segundo é clara ao garantir independência e harmonia entre os Poderes da União. Assim, cada poder tem garantias próprias e a harmonia entre eles deve ser aquela outorgada pelo constituinte originário, como uma medida de equilíbrio fixado inicialmente no Estado constituído em 5 de outubro de 1988.

Vamos procurar, no decorrer do trabalho, apontar diversas modificações constitucionais que poderiam, de alguma forma, constituir em uma ameaça ao bem preservado “separação de poderes”, deixando ao leitor, no entanto, a sua análise. Não estamos falando em abolição da cláusula, o que não ocorreu certamente. Mas foram diversas modificações, em tempos diferentes, que, se analisadas dentro de um contexto histórico, poder-se-ia entender como uma descaracterização da separação de poderes originariamente adotada.

Não estamos afirmando que a separação de poderes é o valor positivado e, como tal, deve ser mantido. Dessa forma, seria muito difícil que encontrássemos uma emenda constitucional que fosse constitucional. Da mesma forma, outros valores, como a forma federativa de Estado. Qualquer pequena alteração da distribuição de rendas poderia ser considerada uma emenda constitucional inconstitucional, porque estaria ferindo o pacto originariamente estabelecido, quanto à forma federativa. Não buscamos tal interpretação. No entanto, dentro de um ajuste histórico, estabelecido em 1988, tivemos mudanças que poderiam, em tese, configurar uma nova “separação de poderes”. Não estamos tampouco julgando o mérito de tais emendas. Apenas apontando que a separação de poderes estabelecida pelo constituinte de 1988 já não é a mesma. Podemos argumentar que a base da separação continua a mesma, o que é absolutamente correto. No entanto, inegável que no decorrer dos 25 anos do texto e suas mais de 80 emendas, podemos encontrar uma “nova separação de poderes”. Repetimos: os elementos básicos estão presentes, no entanto, o relacionamento entre eles é de forma bem distinta.

Apenas para trazer um argumento, o Supremo Tribunal Federal, quando analisa a “forma federativa de Estado”, cláusula pétrea de mesma hierarquia e peso do que a discutida neste trabalho, entendeu que há princípios constitucionais que devem ser seguidos pelos Estados-Membros e Municípios, engessando, de alguma forma, o federalismo brasileiro. A iniciativa reservada do Poder Executivo, por exemplo, no projeto de lei, é matéria de seguimento obrigatório para os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Ou seja, o texto adotado pelo constituinte originário trazia um pacto federativo que não poderia ser alterado, impondo-se, na forma originária, tal valor a todos os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. E, mesmo se não contivesse tal regra, ela seria tida como presente nas Constituições Estaduais, lei orgânica municipal

³ As teses e argumentações estão expostas em nosso Curso de Direito Constitucional. 18. ed., São Paulo, Verbatim, em coautoria com Vidal Serrano Junior.

e distrital. A Corte entendeu, portanto, que “forma federativa de Estado” era aquela constante do texto originário e não poderia sofrer mudanças. Do contrário, seria possível entender algum ajuste nas iniciativas reservadas, o que não ocorre no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Isso sinaliza para uma interpretação centralizadora, fixando o parâmetro imposto pela Constituição Federal de 1988 como regramento a ser seguido, como matriz da simetria federalista.

Em relação à separação de poderes, não há decisões nesse sentido, exigindo-se dos Estados e dos Municípios o seguimento genérico da regra.

De qualquer forma, de que “separação de poderes” estamos falando? Qual é o núcleo essencial que deve ser mantido? As mudanças constitucionais preservaram esse núcleo, que é composto de duas vertentes básicas: independência e harmonia?

Para facilitar, vamos procurar elencar as mudanças constitucionais com reflexos nos Poderes. Portanto, não haverá uma sequência baseada em critério de hierarquia ou mesmo de temporalidade. Vamos separar os temas pelos Poderes.

III. As mudanças constitucionais e o Poder Legislativo (a Emenda Constitucional n. 35)

A tradição constitucional brasileira de um Poder Legislativo bicameral permanece inalterada. No entanto, um dos pontos importantes que assegurava a garantia dos Poderes é o prestígio de seus membros. E esse prestígio deve vir assegurado por força de garantias constitucionais próprias para cada Poder. Se o Poder Judiciário tem como garantia a inamovibilidade de seus membros, o Poder Executivo tem garantido o seu direito de ser julgado pelo Senado Federal, em crimes de responsabilidade, sempre após a aprovação da Câmara dos Deputados; e, em caso de crime comum, pelo Supremo Tribunal Federal, sempre após a autorização da mesma Câmara. São formas de se evitar a tentativa de desestabilização do chefe do Poder Executivo. Assim vem se mantendo desde 1988, seguindo a nossa tradição constitucional.

No entanto, uma emenda constitucional, que atendeu ao anseio popular, cuidou de diminuir as garantias dos parlamentares. Não estamos afirmando, de maneira alguma, que tal emenda não tenha correspondido a um ajuste na forma como se encarava o mandato parlamentar. No entanto, a emenda constitucional foi aprovada e retirou garantia parlamentar originariamente trazida pelo texto. Inegável que havia um excesso de garantias dados aos parlamentares. Mas, de qualquer forma, houve uma mudança nas garantias dos parlamentares. O pacto constitucional de 1988, que entendia que os parlamentares tinham determinadas garantias, foi ferido. Se a emenda era moralizadora ou não, escapa do nosso escopo no momento. Estamos analisando os ajustes constitucionais e o comando originário de 1988. Estamos, certamente, falando da Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2001. Ela, entre outras providências, retirou o pedido de autorização feito pelo Supremo Tribunal Federal para a Casa Legislativa para a abertura do processo, alterando, portanto, o artigo 53, da Constituição Federal.

Os parlamentares que poderiam ser processados contavam com um demorado e infundável processo interno que não era concluído e, portanto, não era obtida a autorização para a instauração do processo, paralisando a atividade jurisdicional. A regra, agora, é inversa. Caso a Casa Legislativa entenda que há abuso no processo, utilização política ou outro motivo, poderá, utilizando-se da faculdade prevista nos parágrafos terceiro,

quarto e quinto, do artigo 53, pedir a sustação do processo perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa inversão retirou uma garantia parlamentar. Podemos entender que a garantia era excessiva e que não se justificaria e até que veio em boa hora. E que estava sendo usada de forma abusiva e corporativa. De qualquer forma, houve uma alteração constitucional profunda, modificando o sistema de garantias constitucionais. Um parlamentar poderia sentir-se atingido por tal emenda constitucional, porque lhe teria sido retirado direito assegurado originariamente pelo texto. Estamos apenas apontando que a “conveniência” e “oportunidade” estão sendo usadas para justificar uma retirada de garantia originariamente assegurada. Não estamos apontando a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, deixando ao leitor, a sua conclusão. Mas, inegavelmente, sob o argumento do excesso de garantias, das garantias mal utilizadas, da inoperância política da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, retiramos garantia do parlamentar, por força de tal emenda.

IV. As emendas constitucionais e o Poder Executivo

O diploma constitucional anterior trazia o decreto-lei como um instrumento que estava à disposição do Chefe do Poder Executivo para, em caso de urgência e relevância, dispor sobre determinadas matérias. Era o instrumento excepcional para exercício de capacidade legislativa, que seria corroborado pelo Poder Legislativo. O artigo 55 da Constituição de 1967 cuidava da matéria.

O texto constitucional de 1988, fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte, flertava com o parlamentarismo, mas que acabou adotando o Presidencialismo⁴. E entregou ao Presidente da República um instrumento assemelhado ao decreto-lei, agora denominado Medida Provisória. Ela estava prevista originariamente no artigo 62 do texto. Trazia regras de convívio entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, entregando ao Poder Executivo o poder excepcional de legislar em caso de urgência e relevância.

Talvez a Medida Provisória seja a medida exata da separação de poderes. Ela refletiria exatamente a relação entre os dois poderes: Legislativo e Executivo. Este exerceria a função daquele em determinados momentos excepcionais. As regras eram claras para evitar que um Poder se sobrepusesse ao outro e inviabilizasse o comando dos freios e contrapesos.

Assim, a Constituição pensou em uma forma de convívio entre os dois poderes. Havia garantias para cada um⁵ e uma regra clara para exercício de um poder no lugar do outro.

No entanto, esse ajuste inicial, fruto revelador da harmonia entre os Poderes, sofreu mudança. E não foi pequena!

Ora, se a Medida Provisória era a chave do limite de um poder e de outro, um divisorio de águas entre as competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como,

⁴ A decisão final, no entanto, foi postergada para um plebiscito previsto no artigo segundo, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no qual o povo decidiria que regime preferia adotar. O pacto foi firmado com base presidencialista e republicana, deixando a Monarquia e o Parlamentarismo como opção popular pelo plebiscito que, ao final, ratificou o que já havia decidido a Assembleia Constituinte: um Estado presidencialista e republicano.

⁵ Já vimos que a Emenda Constitucional n. 35 cuidou de retirar algumas garantias dos parlamentares.

então, imaginar a sua mudança? Teria mudado o relacionamento constitucional entre os Poderes? O equilíbrio de forças originariamente formulado entre Poder Executivo e Poder Legislativo teria sido alterado por uma Emenda à Constituição? A separação de poderes não teria sofrido uma alteração profunda? Seria suficiente para imaginar-se que estaríamos diante de uma emenda “tendente” a abolir o valorizado bem “separação de poderes”? A Emenda Constitucional n. 32, de 2001, alterou toda a sistemática da Medida Provisória, originariamente disciplinada pela Constituição. A alteração foi profunda, criando novas regras do relacionamento entre os Poderes. A modificação alterou completamente o original artigo 62. Tivemos, portanto, em 2001, uma aproximação muito grande do sistema autoritário fixado pelo decreto-lei. Ou seja, a Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional anterior, chegou muito perto do que se chamava “aprovação por decurso de prazo”, instituto identificado com o regime militar, contra o quê se lutou tanto na Assembleia Nacional Constituinte. Chegamos, portanto, muito perto do instituto indesejado da aprovação por decurso de prazo, disciplinado agora pelo parágrafo 11, do artigo 62. Houve mudança significativa do relacionamento entre Poder Executivo e Poder Legislativo. Certamente, houve alteração da separação de poderes prevista no artigo segundo, da Constituição Federal, que cuidava de estabelecer garantias e harmonia. A harmonia e as garantias, moldadas em sua forma original, sofreram forte abalo. Não estamos criticando a necessidade ou a oportunidade da Emenda. Apenas estamos apontando as mudanças diante do regramento petrificado do artigo sessenta, parágrafo quarto.

V. Ainda as Emendas Constitucionais e o Poder Executivo

Ao lado da profunda alteração da relação entre Poder Legislativo e Poder Executivo, decorrente da nova regulamentação constitucional da Medida Provisória, outros pontos ainda podem ser anotados, que alteram o ajuste constitucional inicial.

Vejamos, por exemplo, a iniciativa reservada. O Supremo Tribunal Federal vem cuidando com muita atenção e dedicação da iniciativa reservada. Elegeu esse momento do processo legislativo como regra de seguimento obrigatório. Assim, em inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal, há a imposição da mesma iniciativa reservada, com os ajustes necessários, para o âmbito estadual, distrital e municipal. Ou seja, trata-se de norma de repetição obrigatória nos dizeres do Supremo Tribunal Federal⁶. O relevo recebido por tal dispositivo, ligado diretamente às funções do Presidente da República, é motivo de cuidado da Corte Suprema. As iniciativas reservadas, portanto, devem constar, obrigatoriamente, dos textos das Constituições Estaduais e das leis orgânicas. Trata-se de harmonia entre os Poderes, nos dizeres do Supremo Tribunal Federal, harmonia esta fixada no patamar federal, que deve se estender aos estaduais, distrital e municipais. Ora, se há relevo no tema, é porque é de destaque. E é importante. Do contrário, o Supremo Tribunal Federal não insistiria em moldar o federalismo brasileiro a partir do modelo federal, deixando pequenos ajustes para os entes federados. Não foi assim que ocorreu, no entanto. O texto vem fechado e obriga aos Estados e Municípios e ao Distrito Federal. Clara, portanto, a sua importância, mostrando o equilíbrio existente entre os entes federados.

⁶ Cf. ADI 637, rel. Min. Sepúlveda Pertence, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>, acesso em: 30 nov. 2014, 7h.

No entanto, houve modificação da competência para a iniciativa reservada por força de emenda constitucional. Ora, se é tão importante o ajuste para a harmonia entre os Poderes (conforme decidido pelo STF), qualquer modificação nas iniciativas reservadas seria motivo de quebra desta harmonia, retirando competência do Poder Legislativo e dando ao Poder Executivo. Ou, ao contrário, retirando do Poder Executivo e entregando ao Poder Legislativo. Não estamos afirmando que é inconstitucional: apenas afirmamos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não permite que o Estado-Membro decida de forma distinta em sua auto-organização. E a razão disso é o equilíbrio e harmonia entre os Poderes. Se é um valor tão importante no plano federal (impondo-se como regra obrigatória para Estados e Municípios), poderia sofrer alteração no plano constitucional federal, modificando-se, portanto, a harmonia entre os Poderes?

Já vimos que a nova Medida Provisória não provocou nenhuma reflexão sobre a mudança do parâmetro de separação de poderes.

Vejamos o que ocorreu como a iniciativa reservada.

A Emenda Constitucional n. 18, de 1988, tratou de alterar a iniciativa reservada do Presidente da República. E, como consequência, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal, alterou também todas as competências das Constituições Estaduais, Lei Orgânica Distrital e Leis Orgânicas Municipais. Houve, portanto, uma alteração profunda, envolvendo todo o país e suas unidades federativas. Se as iniciativas reservadas mereceram tanto respeito do Supremo Tribunal Federal, como já vimos, é porque elas representam importante fonte de fundamento da separação de poderes e sua harmonia.

Ao permitir a alteração constitucional, acabamos por alterar toda a estrutura de poder que era revelada pela iniciativa reservada. Se havia um equilíbrio dentre os Poderes, dando a cada um iniciativa reservada, esta foi alterada, mostrando, portanto, que teria havido um desajuste (não importa se para centralizar no Executivo ou para descentralizar do Executivo). A mudança é que causa a situação de alteração da separação de poderes como plasmada pelo texto original de 1988.

Assim, houve modificação das competências do Poder Executivo. Se acumulou tarefas, retirou de algum outro poder; se diminuiu, cresceu a outro poder. Sob qualquer ângulo, podemos afirmar que houve uma mudança na separação de poderes. Seria ela suficiente para afirmar que houve violação à cláusula pétrea? Quanto de mudança seria suficiente para configurar violação à cláusula pétrea? Qual o sentido de separação de poderes buscado pelo intérprete para o caso?

VI. O Poder Judiciário, as emendas à Constituição e as novas funções

O Poder Judiciário não ficou imune às modificações feitas pelas emendas constitucionais. Muitas vezes, essas modificações vieram por leis ordinárias, e, em outros casos, por emendas à Constituição. Para o escopo do trabalho, vamos nos concentrar nas emendas à Constituição.

Talvez a primeira surpresa daqueles que defendem os valores e equilíbrio do texto original, tenha sido a Emenda Constitucional n. 3, de 1993. Pela referida mudança, teria sido introduzida uma nova forma de controle concentrado da constitucionalidade: a ação declaratória de constitucionalidade. Os autores (limitados, inicialmente, em relação à ação direta de inconstitucionalidade), a limitação aos atos normativos federais

(e não estaduais e nem distritais), a ausência de defesa do Advogado-Geral da União e, especialmente, o efeito vinculante das decisões de mérito, criaram um grupo de opositores bastante grande. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, entendeu que era constitucional a emenda. E permitiu que o Poder Judiciário passasse e ter efeito vinculante em decisões de mérito das ações declaratórias de constitucionalidade. Certamente, a Emenda Constitucional 03-1993, alterou o equilíbrio entre os Poderes, entregando novos poderes ao Poder Judiciário, que, até então, possuía apenas decisões com efeito *erga omnes*. O efeito vinculante foi trazido por emenda. E alterou a separação de poderes original, entregando mais poder ao Poder Judiciário, especialmente, para o Supremo Tribunal Federal. Mas, certamente, foi a reforma do Poder Judiciário, que introduziu o Conselho Nacional de Justiça, que provocou grande discussão. Houve uma verdadeira mudança efetiva na separação de Poderes. E, dentro do Poder Judiciário, criou-se um novo órgão que poderia ser considerado como uma retirada da autonomia do juiz em relação ao padrão inicial de 1988.

Certamente, o Poder Judiciário, visto sob o prisma do juiz individual de primeira instância, teve seus poderes diminuídos pelo Conselho Nacional de Justiça. Não estamos, repetimos, criticando a formulação que, em linhas gerais, veio atender aos anseios dos críticos da independência do Poder Judiciário. No entanto, inegavelmente, tivemos uma grande mudança no equilíbrio inicialmente proposto pelo constituinte originário.

Portanto, o Poder Judiciário, quer pela Emenda Constitucional n. 3, quer pela Emenda Constitucional n. 45, recebeu grande alteração. Tudo sem falar das possibilidades entregues aos membros do Supremo Tribunal Federal pelas Leis 9.868 e 9.882, de 1998. Assim, o Poder Judiciário também sofreu alterações e teve modificado seu relacionamento inicial com os outros Poderes.

VII. Conclusões

O artigo não pretende propor alguma solução. Tem como escopo apenas propor uma reflexão à importância dada pela Suprema Corte a valores presentes no texto originário como a iniciativa reservada ou a independência entre os Poderes e sua harmonia. E, ao lado dessa independência e esta autonomia, sempre com a harmonia presente, tivemos mudanças constitucionais tão significativas. Alteramos a Medida Provisória, alteramos a autonomia dos juizes, as garantias do parlamentares, entre outros valores. Não queremos afirmar que houve ferimento à cláusula pétrea “separação de poderes”. Por outro lado, não podemos dizer que tais mudanças não tocaram o cerne do princípio. Se para o passado, não tivemos a atenção necessária para as mudanças, podemos usar essas mudanças como forma de alerta para tentar deter mudanças que seriam implementadas e que poderiam estar ferindo o sistema da separação de poderes. O debate do tema, certamente, não está encerrado. O presente artigo pretende apenas uma reflexão. As menções históricas apenas tiveram a finalidade de elencar o rol de mudanças, que envolveram os três poderes. E, no fim, temos ainda uma separação de poderes (que, certamente, não é a mesma da fixada originalmente). Há limites para tais mudanças? É a provocação que o artigo pretende apresentar.

Bibliografia

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Atlas.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vital Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma da constituição*. Salvador.