

A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Professor

Introdução

A separação dos poderes foi erigida pela Constituição de 1988 numa de suas bases inabaláveis, numa cláusula pétrea, como se usa dizer. É o que deflui do art. 60, § 4º, III, da Lei Magna.

Entretanto, é de indagar-se o que abrange esse conceito no texto vigente. Com efeito, nos dois séculos e meio que se passaram desde publicado o *Espírito das Leis*, em que essa doutrina foi afirmada, diversas concepções dessa ideia vieram à luz e foram consagradas pelo direito constitucional positivo.

Por outro lado, é preciso ter presente que as constituições evoluem – “crescem”, disse Wheare – e a Carta Magna em vigor não é disso exceção. Muito ao invés, ela – tudo sugere – passou, nalguns pontos, numa verdadeira mutação entre 1988 e 2014.

Em vista disto, o presente estudo desenvolver-se-á em três momentos. Num, examinará a **formulação clássica da doutrina da separação dos poderes**; noutro, a **concretização da separação dos poderes no direito constitucional brasileiro, em particular no texto de 1988**; enfim, a **sua significação essencial, numa visão atualizada**, que leva em conta o modelo democrático consagrado no pensamento e na prática contemporânea.

I. A doutrina da separação dos poderes

A controvérsia cerca a origem da separação dos poderes. Uns a encontram já na antiguidade, outros somente a veem na modernidade, mas entre os adeptos de uma ou outra tese várias correntes se digladiam.

Há os que afirmam ser, naquela idade, obra de Aristóteles², enquanto não faltam os que a entendem um arranjo empírico que este sistematizou. Sustentam numerosos juristas que surgiu, em tempos modernos, na obra de John Locke, a que se opõem os que adotam a ideia de ter sido formulada pela primeira vez por Montesquieu, no *Espírito das Leis*.

¹ Tratei muitas vezes deste assunto. Permito-me remeter o leitor ao meu livro *Princípios fundamentais do direito constitucional* (3. ed., São Paulo, Saraiva, 2012), cap. 13, p. 259 e s. Não cito outras obras minhas que abordam aspectos do presente estudo, porque, ao menos em resumo, estão expostas na obra mencionada.

² Dispensou-me de citar livro e obra de autores, como Aristóteles, cujas ideias são muito conhecidas e facilmente controláveis. Somente indicarei as coordenadas de livros recentes ou mal conhecidos no Brasil.

Em Aristóteles, na *Política*, há a distinção de três funções exercidas na *polis*, ou no Estado *lato sensu*. São uma função *deliberativa*, uma função *executiva* e uma função *judicial*. Nisto, ele se inspira na organização da república ateniense, em que, grosso modo, a Assembleia dos cidadãos deliberava sobre as grandes questões, como paz e guerra; magistrados desempenhavam as tarefas concretas que são inerentes a uma unidade política; e os tribunais julgavam os litígios e puniam os criminosos. A função deliberativa, contudo, não se limitava a estabelecer “leis”, embora o pudesse fazer, sempre respeitando o Direito – este visto como supremo e imutável. Era evidentemente mais ampla. Ademais, em nenhum momento ele recomenda a separação no exercício das três funções que identifica.

Na verdade, a ideia de dividir o exercício do Poder em prol da boa governança parece provir da república romana, com o seu sistema de contraposição de poderes – o do Senado, o dos cônsules, o do povo nos *comitia*.

Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, no final do século XVII, inspirado pelas instituições inglesas, distingue também três funções: a *legislativa*, a *executiva* e a *federativa*. Na primeira, inclui ele não apenas a obra do legislador, mas igualmente a do juiz. Isto corresponde à criação do *statute law* por aquele, do *common law* por este. E a função federativa? Esta tem por mira as relações internacionais, que normalmente se entabulam por meio de alianças – aliança, em latim *foedus*, *foederis*. E se ele recomenda a separação entre exercício da função legislativa e o das duas outras funções, entende que estas últimas devem ser confiadas ao mesmo órgão, pois ambas importam na força armada e a divisão desta é perigosa fonte de conflitos. Muito ele contribuiu para a formulação da doutrina da separação dos poderes, mas lhe cabe a honra de haver estabelecido a doutrina clássica. Inclusive, é a ele devida a ênfase na indelegabilidade das funções.

É com Montesquieu e o *Espírito das Leis* que efetivamente nasce a doutrina da separação dos poderes. Marca-a a ideia de uma divisão funcional do Poder em vista da liberdade e segurança individuais.

No capítulo VI – *Da Constituição da Inglaterra*, do Livro XI dessa obra, intitulado – *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição* –, claramente expõe-se a ideia de que três são as funções que se identificam no Estado: a de estabelecer leis – função *legislativa*; a de executar “o que depende do direito das gentes” – função executiva (chame-se abreviadamente); e a de julgar (executar o que “depende do direito civil”) – função judiciária. Funções estas cujo exercício deve caber a Poderes diferentes, como condição da liberdade e da segurança dos seres humanos. De fato, essa separação produziria um sistema de freios e contrapesos, um sistema de equilíbrio, em que o Poder deteria o (outro) Poder, impedindo o abuso. Mais, pelo “movimento natural das coisas”, obrigá-los-ia a atuar de acordo – “*aller de concert*”. Indubitavelmente, aí está o cerne da doutrina da separação dos poderes.

Essa formulação, Montesquieu encontra na Inglaterra. Ela, porém, não é coetânea do livro (1748), mas, sim, do início do século XVIII, depois que o *Act of Settlement* de 1701 assegurou a independência dos juizes, tendo sido a do Parlamento consagrada pelo *Bill of Rights* de 1689. Isto sugere que ele, conforme autorizados intérpretes – entre os quais Jean-Jacques Chevallier – entendem, põe o que veio a ser conhecido por separação dos poderes como uma receita de arte política, tendo em vista a transformação política desejável para a França.

Enfatize-se, ademais, que, no *Espírito das Leis*, é uma visão política que é dada à ideia de separação dos poderes. Isto, com efeito, transparece da necessidade de entendimento, de conciliação, entre os Poderes, o que evidentemente exclui a prevalência de qualquer destes sobre os demais. Ele aponta que os Poderes teriam de caminhar “de concerto”, pois do contrário ocorreria um “repouso ou inação” que se chocaria com “o movimento necessário das coisas.”³ Ora, essa paralisia não ocorreria numa concepção jurídica em que a legislação tem primazia e determina a ação dos demais Poderes.

Na verdade, pode-se salientar, com Mauro Barberis⁴, que três ideias são inerentes à concepção da separação dos poderes tal qual a exprime Montesquieu. São elas: 1) no Estado, três funções são essenciais – a de dar a lei, a exercer a governança dentro da lei, mormente executando a lei, e a de julgar a conduta dos indivíduos e os litígios em geral, segundo a lei e de modo objetivo e imparcial. Ou seja, a legiferação, a administração e a jurisdição – **distinção de funções**; 2) estas funções não devem estar nas mãos de um só órgão ou poder, mas devem estar distribuídas entre ao menos três Poderes diferentes – **divisão de funções**; 3) Estes Poderes devem estar em condições de **independência** (e relativo) **equilíbrio**, para que cada Poder possa deter, se preciso for, outro ou outros Poderes – são os freios e contrapesos – a “*balance of power*” dos doutrinadores anglófonos.

Acrescente-se, ademais, que, ao contrário do que muitos pretendem, inclusive para criticar a doutrina, Montesquieu não supõe que as três funções sejam cientificamente distintas – elas não o são, como tantos já o demonstraram – nem que cada Poder tenha a exclusividade no exercício de uma delas. Ao contrário, está claro no livro que podem colaborar numa função, do que é exemplo a elaboração da lei, em que ele distingue a *faculté de statuer* da *faculté d’empêcher*. Aquela é reservada ao Poder Legislativo, esta cabe ao Executivo, contudo não haverá lei sem com o estatuído não estiver de acordo este último Poder.

O objetivo da separação dos poderes é o estabelecimento de um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral. Por isso, como está no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é ela inerente à (verdadeira) Constituição, portanto, imprescindível ao constitucionalismo.

Entretanto, a aplicação da separação dos poderes não foi, na França pós-1789, a do concerto, do entendimento, mas do conflito entre o Executivo, então o monarca, e o Legislativo, com a preponderância da representação popular. Em vista disso, é que Constant, pouco mais tarde, entendeu preciso acrescentar aos Poderes previstos por Montesquieu, um quarto, o Poder Neutro, que iria marcar a Constituição brasileira de 1824, nela designado de Poder Moderador. Este um árbitro de conflitos entre Poderes, um guia para mantê-los na direção do bem comum.

Sempre, portanto, uma visão política da separação dos poderes.

³ “*Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles seront contraintes d’aller, elles seront forcées d’aller de concert*” (Livro XI, cap. VI).

⁴ Cf. TROPER, Michel; CHAGNOLLAUD, Dominique (Ed.). *Traité international de droit constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2012. t. 1, p. 705 e s.

No curso do século XIX, uma concepção jurisdicista da separação de poderes veio, todavia, a prevalecer. Esta foi desenvolvida pelo positivismo jurídico, para o qual todo o direito se resumiria ao direito positivo. Ou seja, todo o direito proviria da lei, lei esta que o Legislativo criaria. Trata-se, como adiante se apontará, de uma interpretação estreita e bitolada do direito em geral e da doutrina da lei, adotada por essa corrente. Seu êxito em parte é devido a ajustar-se a preeminência do único Poder de origem popular que foi, nos primeiros tempos do constitucionalismo, o Legislativo.

Reflexo dessa doutrina é o entendimento de existir uma diferença substantiva entre as três funções, legislação, administração e jurisdição. Por isso, na determinação desta diferença, gerações de juristas se esmeraram, desenvolvendo sutilezas dignas da escolástica.

A doutrina positivista da separação dos poderes sobrevive até os nossos dias. Ainda é a que marca o Estado de Direito, presidido pelo princípio de legalidade, quando estreitamente concebido. Verdade é que, pelo mundo afora, esse princípio não mais significa a prevalência da lei formal, mas admite em lugar desta os atos com força de lei – ou seja, atos normativos primários provenientes do Executivo.

Avança, ademais, uma tendência à transformação “neoconstitucionalista” do Estado de Direito, a enfatizar a prevalência do Direito – visto como Moral – sobre os instrumentos formais de sua expressão. Ou seja, que é o justo que deve determinar para todos as ações e proibições. Isto se reflete num papel “criador” do Judiciário, criando a regra a partir dos princípios para os casos concretos sobre os quais debruça. Disto há um inequívoco risco, seja para a democracia, seja para o próprio Estado de Direito, como adverte em recente e brilhante trabalho de Jorge Lavocat Galvão.⁵

Essa tendência se exprime nas ideias de Constituição aberta e da preeminência dos princípios sobre as regras, atualmente destacados por uma doutrina “substancialista”, que se pretende pós-positivista (o que é) e pós-moderna (o que é duvidoso). Na verdade, a ideia de prevalência do justo (*jus quia justum*) sobre o direito legislado (*jus quia jussum*) profundas raízes que se manifestam desde a Antiguidade e estão presentes quando do nascimento do constitucionalismo. Não invoca este a qualidade de direitos naturais àqueles que incumbe ao Estado garantir?

II. A separação dos poderes no direito constitucional brasileiro

a) Nas Constituições brasileiras anteriores

Vale traçar, de modo extremamente sucinto, o perfil da separação dos poderes nas Constituições anteriores à que vigora, antes de abordar o exame desta. De fato, esse perfil ilumina vários aspectos da presente institucionalização.

Um primeiro ponto a assinalar é o de que, se a separação dos poderes está presente em todas as Constituições brasileiras, nem sempre foi ela posta em termos ortodoxos. Ou seja, com os três Poderes clássicos, independentes e harmônicos, vedada de modo absoluto a delegação de atribuições.

⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Esta versão ortodoxa não prevaleceu senão na vigência da Constituição de 1891 e sob a Lei Magna de 1946. Dizia o art. 15 daquela serem “órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. *Ipsis litteris*, o art. 36, caput, da segunda repetia esse texto, mas acrescentava em parágrafos, por um lado, que o cidadão investido num deles não poderia exercer função noutra, por outro, ser vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Ressalve-se, porém, que, no período que vai da Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, à de nº 6, de 23 de janeiro de 1963, ou seja, no período parlamentarista, a separação dos poderes deixou de lado a ortodoxia, já pela índole do regime, já por haver previsto a delegação do poder de legislar ao Executivo

Sob as duas Constituições, todavia, houve a prevalência do Presidente da República, portanto do Executivo, mais atenuada ao tempo da segunda, mais intensa ao tempo da primeira.

Todas as outras Constituições brasileiras adotaram fórmulas heterodoxas de separação dos poderes, salvo a Carta de 1937, que adotou o seu oposto.

A Carta Imperial de 1824 seguia a lição de Constant e previa, além dos três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – um quarto, o Poder Moderador (art. 10). Dizia deste ser ele “a chave de toda a organização política”, sendo “delegado privatamente ao Imperador” (art. 98). A este era também dado o Poder Executivo, que o exercitaria por seus ministros (art. 102).

Na vigência dessa Carta, no Primeiro Império, o Imperador reinou e governou. No Segundo, a partir de 1840, instaurou-se um parlamentarismo, em que, todavia, o poder moderador é que determinava a alternância dos gabinetes.

A Constituição de 1934, logo no art. 3º, consagrou a separação dos poderes, em termos muito próximos do que fizera a de 1891. Entretanto, sob essa aparência ortodoxa, previa um papel heterodoxo para o Senado Federal. Este, além de colaborar com a Câmara dos Deputados (art. 22), seria um órgão de coordenação entre os Poderes. Com efeito, segundo o art. 88, caber-lhe-ia “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis”... Assim, era-lhe destinado um papel, atenuado embora, de Poder moderador.

Breve demais foi a vigência dessa Constituição para que se possa avaliar seus méritos ou deméritos. Certamente, porém, não eliminou a prevalência do Executivo sobre os outros Poderes. Tal preponderância, aliás, se acentuou depois das Emendas de 1935 que conferiram extraordinários, “poderes de guerra” ao chefe do Governo.

A Constituição de 1967 e sua revisão pela Emenda nº 1/1969 adotou a separação dos poderes, mas abandonou a indelegabilidade do poder de legislar (art. 6º). Com efeito, admitiu-se nelas a lei delegada, bem como o decreto-lei, inspirando-se nitidamente na Constituição italiana (art. 46).

Recobrem esses textos o chamado período militar, em que a costumeira prevalência do Presidente da República era acentuada pelo gozar este de poderes excepcionais, como chefe da revolução. Isto, na verdade, se iniciou antes da edição da Constituição de 24 de janeiro, com o Ato Institucional de 9 de abril de 1964. Interrompida brevemente essa situação anômala, entre 15 de março de 1967 e 13 de dezembro de 1968, data do Ato Institucional nº 5, ela voltou, e com mais força depois deste. O quadro se atenuou

com a revogação dos Atos Institucionais pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, entrada em vigor em 1º de janeiro de 1979, mas de fato perdurou até a posse do Pres. Sarney, em 15 de março de 1985. Abriu-se com esta o período de transição, que levaria à Constituição em vigor, obra do Congresso constituinte, operante em 1987/1988.

A Carta outorgada de 1937 não teve efetividade, nem tendo ocorrido o “plebiscito” ratificatório que previa, embora fosse declarada em vigor desde sua promulgação (art. 187), nem havendo sido constituído o Parlamento nacional que previa. Foi, na terminologia de Loewenstein, uma Constituição “semântica”, mera capa para um poder pessoal. O seu exame, porém, merece atenção por adotar exatamente a posição oposta à da separação.

Se o texto distinguia Legislativo e Judiciário, não falava de Executivo, e, sim, do Presidente da República. Este seria a “autoridade suprema do Estado”, tendo as tarefas de coordenar “a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, de dirigir “a política interna e externa”, de promover ou orientar a “política legislativa de interesse nacional” e de superintender “a administração do país” (art. 73). Em matéria de legislação, gozava do poder de iniciativa geral, o que os membros do Parlamento só teriam condição de fazê-lo em ato coletivo, subscrito por um terço dos integrantes de uma de suas câmaras. Tal iniciativa seria exclusiva no tocante a leis que importassem em despesa pública ou normas tributárias. E ainda possuía o veto, superável embora por dois terços dos membros de cada uma das casas do Parlamento. Gozava do poder de editar decretos-leis, desde que autorizado pelo Parlamento (art. 12), bem como de regulamentar as leis. É preciso, todavia, apontar que o art. 11 prescrevia que a lei, “quando de iniciativa do Parlamento”, disporia apenas sobre sua matéria, substância e princípios, devendo ser complementada pelo regulamento a ela relativo. E, mais, poderia, em caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, solicitar a reapreciação da lei pelo Parlamento que pela maioria absoluta de votos de cada câmara, caso em que a declaração ficaria sem efeito (art. 96, parágrafo único). Decorre claramente deste exame que a “constituição” concentrava nas mãos do Presidente da República o cerne do poder.

Na realidade política, o Presidente da República possuía, durante o Estado Novo que essa Carta pretendia institucionalizar, um poder absoluto. Não tendo sido realizado o plebiscito, não tendo sido eleito o Parlamento, o Presidente da República, com base no art. 180, dispunha do poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União. Era ele o Executivo, o Legislativo e podia suplantar declarações judiciais de inconstitucionalidade por meio de ato seu, dada a inexistência de fato do Legislativo. Destarte, era também senhor da Constituição. Seguramente, era um ditador, na acepção moderna e plena do termo.

b) A separação dos poderes na Constituição em vigor

O cerne deste trabalho, do qual as partes anteriores constituem premissas, é a análise da separação dos poderes tal qual está na Constituição em vigor. Entretanto, dois ângulos impõem-se em tal estudo. Um, mais fácil, é a exegese de seu texto no que interessa à separação dos poderes; outro, mais arriscado, é apontar a realidade, ou seja, a separação dos poderes em face da ordem constitucional que se efetiva nos dias que

correm. Esta última preocupação exprime a ideia de que as Constituições se modificam com o tempo, em função da jurisprudência, das leis infraconstitucionais, da doutrina jurídica, das ideologias políticas, da cultura, do “ar do tempo”...

a) A separação dos poderes no texto constitucional

A Constituição vigente, no que tange à separação dos poderes, pouco difere dos textos anteriores. Num ponto, entretanto, ela se destaca das demais, em ponto já assinalado de início, na medida em que inclui a separação dos poderes entre as matérias, cuja abolição não pode sequer ser objeto de deliberação, mesmo em sede de Emenda constitucional (art. 60, § 3º).

A significação e o alcance dessa proibição podem provocar celeuma do ângulo doutrinário. De fato, é incerta a delimitação do que seja separação dos poderes na Constituição em vigor. Como aliás já se depreende dos textos constitucionais anteriores, a delegação do poder de legislar sobre matéria determinada pelo Legislativo em favor do Executivo, ou seja, a lei delegada – o que foi admitido mesmo na vigência da Constituição de 1946, pela Emenda parlamentarista, a Emenda nº 4/1961 – ou atribuição de poder normativo com força de lei, como já estava na Constituição de 1967 e na sua reformulação pela Emenda nº 1/1969, ou seja, o decreto-lei, não eram tidos como contrários a esse princípio. Assim, desde logo é forçoso admitir que a separação dos poderes, na Constituição em vigor, que prevê lei delegada e, em substituição, sobretudo, de designação, a medida provisória, não é a da doutrina clássica. É certamente um arranjo em que, em princípio, cabe ao Legislativo gerar atos normativos com força de lei, ao Executivo, administrar, e ao Judiciário, julgar, salvo prescrição constitucional – que não deve ser presumida – em contrário. Ademais, importa, em nome da tradição republicana, que haja certos controles por parte do Legislativo sobre o Executivo relativamente a atos de importância política primordial – do nível de instauração do estado de guerra ou da suspensão de garantias individuais. Mas isto é fluido, como ocorre com todos os princípios que são, no entender de Alexy e outros, mandados de otimização. Referindo ainda opinião deste, deve-se apontar que um princípio não é ferido, enquanto seu núcleo essencial é preservado (o que supõe ser possível com relação a princípios frequentemente compreendidos de modo muito diferente conforme a cultura do povo, e as diversas ideologias). É deste ângulo de visão que o Supremo Tribunal Federal entendeu, pela voz do Min. Sepúlveda Pertence, que a inabolibilidade prevista no art. 60, § 3º, admite a mudança dos preceitos que se desenvolvem a partir das cláusulas “pétreas”, mesmo quando constitucionalizados.

Retrocedendo na análise da Constituição em vigor, o art. 2º já enuncia o perfil da separação de poderes, tal qual ela é usualmente entendida: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É exatamente a redação do art. 36 da Lei Magna e quase igual à de 1967 e 1969, art. 6º.

Não se repete a proibição de delegação de atribuições, o que é coerente, em face da lei delegada, mas estava expresso nas Leis Magnas anteriores, mesmo quando admittam tal espécie de lei – a de 1946, enquanto vigente a Emenda nº 4/1961 – a de 1967 e o texto de 1969. Nem se reproduz a de que o integrante de um dos Poderes se invista em função de outro, o que estava nos diplomas de 1946 (art. 36, § 1º), 1967 (art. 6º,

parágrafo único), 1969 (idem). Isto é da lógica, porque o deputado ou senador pode ser investido da função de Ministro e outras – obviamente integrantes do Executivo – sem perder o mandato (art. 56, I), o que, aliás, já era autorizado pelos textos anteriores.

Consagra – é certo – uma separação de poderes heterodoxa. No que concerne à distribuição de competências, como sempre, o Legislativo tenha em mãos, de modo geral, a função legislativa, a ele são atribuídas muitas outras que, por sua natureza preponderante, seriam da órbita administrativa, como autorizações e aprovações (vejam-se os artigos 48 e 49 da Constituição, por exemplo). Igualmente, possui ele a competência para, por meio do Senado Federal, processar e julgar crimes, no caso os de responsabilidade. Ademais, ele exerce a função administrativa, relativamente à sua organização interna e seus serviços.

É também cediço observar que o Executivo, conquanto exerça as tarefas inerentes à função de administrar, não a abrange por inteiro, eis que o Legislativo administra e o Judiciário também o faz quanto a seus serviços. Ele legifera, ao menos quando autorizado pelo Legislativo, caso da lei delegada, afora a hipótese de organizar a administração e regular-lhe o funcionamento, inclusive extinguindo cargos públicos vagos por decretos autônomos (art. 84, VI, “a” e “b”). Igualmente, edita medidas provisórias com força de lei (art. 62). Certamente ele só não julga, na medida em que o contencioso administrativo, no quadro brasileiro, como o fazendário, não decide definitivamente os litígios.

O Judiciário, a seu turno, possui como já se indicou, competências administrativas.

Vale, analisando sumariamente o texto sobre o processo legislativo, sublinhar alguns pontos.

O primeiro concerne à iniciativa. Esta é, de modo geral, partilhada entre o Executivo, o Presidente da República, e os membros do Congresso Nacional, ou suas comissões. Também a possuem, mas no âmbito de sua estruturação interna e a de seus serviços, o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça (art. 96, II) e o Ministério Público quanto à sua organização, atribuições e estatuto (art. 128, § 5º). Também é admitida a iniciativa popular (art. 61, § 2º). O que de se sublinhar não esse fenômeno que é antigo e bem conhecido, mas a peculiaridade de que o Executivo tem competência em matérias a ele privativas, o que, portanto, exclui iniciativa dos membros do Legislativo (art. 61, § 1º). Note-se, ainda, que a Constituição dá ao Presidente da República a iniciativa de Emendas constitucionais, o que só veio a ser permitido no direito brasileiro pelos Atos Institucionais e, depois, pela Constituição do período militar.

Quanto à deliberação, esta cabe exclusivamente ao Congresso Nacional, titular do Poder Legislativo. Nela, todavia, pode influir o Executivo, por meio da solicitação de urgência para projetos de sua iniciativa (art. 64, § 1º e seguintes). Isto adstringe as Câmaras a se manifestarem em prazo limitado, na deliberação geral em quarenta e cinco dias. Caso contrário, ficarão sobrestadas todas as deliberações legislativas da Casas, salvo as que tiverem prazo constitucional prefixado, até que sejam votadas.

Ademais, cabe ao Presidente da República o poder de vetar, no todo ou em parte, os projetos aprovados pelo Congresso Nacional, com fundamento em inconstitucionalidade ou inconveniência (contrariedade ao interesse público). Esse veto, porém, é superável em nova deliberação das Casas de Congresso Nacional, desde que tal rejeição conte com o voto da maioria absoluta dos membros e cada uma delas (art. 64).

Merecem menção à parte as Medidas Provisórias. Foram elas adotadas em substituição ao decreto-lei da Constituição anterior, vistas como um dos “entulhos autoritários”. Quanto a elas, entretanto, é preciso registrar o texto primitivo e o texto novo, decorrente da Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

Em ambos os textos, a medida provisória é um ato normativo editado pelo Presidente da República, que tem de ser submetido a uma conversão em lei pelo Congresso Nacional. Pode-se dizer que seu perfil seria o de um projeto de lei de eficácia antecipada. Em ambos, de fato, tem ela eficácia imediata, prevendo-se a perda desta, de modo retroativo desde sua edição (desfazimento *ex tunc*), se não for convertida em lei em prazo determinado. Era este, na redação primeira, de trinta dias, na atualmente vigente de sessenta dias, prorrogáveis uma única vez.

Acrescente-se que, nas duas redações, a sua edição é sujeita à condição de “relevância e urgência. Enfim, o texto de 1988 não enumerava matérias a ela proibidas, enquanto o texto em vigor as veda em relação a vários temas.

O texto promulgado em 1988 não previa a hipótese de sua reedição, caso não aprovada a medida no prazo de trinta dias. Foi aceita, todavia, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prática dessa reiteração sem limite de oportunidades – o que as tornava como que permanentes – às vezes com pequenas modificações, outras vezes com modificações profundas, a dano da segurança jurídica. Outrossim, de modo geral, a jurisprudência não examinava a ocorrência da urgência e da relevância, considerando-as de avaliação política e discricionária do chefe do Governo.

A prática das medidas provisórias, editadas sobre as mais variadas matérias, reiteradas uma infinidade de vezes, ferindo, no plano jurídico, a segurança, no plano político, a função legislativa do Congresso Nacional, provou fortes críticas, bem como inúmeras tentativas de restringir o seu uso. Isto é que levou à Emenda Constitucional nº 32/2001. Esta, além das diferenças já apontadas e outras de menor importância, proibiu a renovação da medida após o decurso do prazo de prorrogação, na mesma sessão legislativa. Em contrapartida, determinou fossem sobrestadas as deliberações legislativas até sua apreciação na Casa em que estiver tramitando. Certamente, tudo isto veio a restringir o alcance deste instrumento normativo, não seu peso político, a que adiante se voltará.

b) A separação dos poderes na ordem constitucional efetivamente vigente

Na realidade brasileira, a separação dos poderes praticada é marcada pela preponderância do Executivo, isto é, do Presidente da República, isto é, do Executivo. Sem dúvida, a preeminência deste Poder é um fenômeno presente na atualidade, pelo mundo afora. Entretanto, essa preeminência não chega à proeminência que tem em nosso país. É verdade que isto não é de hoje, pois, nos anos 30 do século passado, um autor estrangeiro intitulou um livro de *Sua Majestade, o Presidente do Brasil*.

Essa proeminência do Executivo é a proeminência do Presidente da República. Esta lhe advém de várias razões. Uma, certamente, é a sua legitimidade democrática, encarregada pela eleição direta em dois turnos: aparece assim como o escolhido da maioria absoluta do povo brasileiro. Outra, da cultura política nacional, pois para essa maioria, em que preponderam os carentes, ele é o taumaturgo, se não o demiurgo, que poderá trazer para todos o bem-estar.

Essa visão cultural tem sua razão de ser, quando se examinam os papéis que, na realidade, são confiados ao Presidente da República, pelo direito brasileiro. Não será de bom gosto a comparação, mas é forçoso apontar que a Carta de 1937 bem caracterizou o Presidente como agente político. Ela, no art. 73, o dizia “autoridade suprema do Estado”, e ele o é hoje em diante, para todos os efeitos práticos. Caber-lhe-ia dirigir “a política interna e externa” do país, e ele o faz; promover ou orientar a “política legislativa de interesse nacional”, ele o tem feito, como autor da esmagadora maioria das leis que vem sendo promulgadas; teria a tarefa de superintender “a administração do país”, e a Constituição a ele a confere. E a Carta do Estado Novo, na sua letra, lhe atribuía o poder de editar decretos-leis, desde que autorizado pelo Parlamento (art. 12), o que hoje se dá pela chamada lei delegada, e, sem autorização, pela medida provisória.

O que então não se mencionava, nem se imaginava, é que fosse também o Presidente da República o comandante da economia nacional. Sim, porque ele o é, na medida em que a política financeira é capitaneada pelo Banco Central que ele rege ainda que indiretamente; que a política econômica depende da política financeira quanto aos juros, de estímulos, que vêm ou não de sua boa vontade, e dependem de financiamentos que procedem muitas vezes do BNDES ou do Banco do Brasil, que são “seus”. Some-se a este último ponto o peso que têm a Petrobrás e as usinas de energia nuclear, ou hidráulica que controla. Certamente, a desestatização, com a privatização da Vale do Rio Doce, da Siderúrgica Nacional, reduziu um pouco, mas pouco, a sua esfera de atuação econômica.

Ademais, mencione-se que é ele o provedor dos mais pobres. Tem nas mãos o sistema previdenciário, o sistema unificado de saúde, programas assistenciais, como a bolsa-família, etc.

É, em última análise, o “patrão” de todos os que emprega a imensa máquina estatal e paraestatal. Os seus salários dependem dele...

A esta indisfarçável preponderância soma-se o aporte das medidas provisórias, que tende a operar uma concentração em suas mãos de dois Poderes, o Legislativo, além do Executivo

Realmente, ao editar a Medida Provisória, o Presidente da República altera, segundo sua discricção, a ordem jurídica. Com isto, ele a amolda segundo melhor lhe parece com vistas aos objetivos e políticas que pretende instaurar. Somente depois de produzir efeitos, e de estar produzindo efeitos, é que o Legislativo a examina, para convertê-la ou não em lei. Ora, este *controle a posteriori* depara com fatos consumados que pesam decisivamente em favor de sua aprovação. Trata assim o Legislativo, não de um projeto, uma lei *in fieri*, mas uma lei *facta*. A Emenda nº 31/2001 certamente aprimorou o controle que caía anteriormente no vazio, dada a possibilidade de reiteração ilimitada da Medida.

Inverte-se em resumo o modelo de processo legislativo desenhado por Montesquieu. Em vez de *faculté de statuer*, ou seja, ter a faculdade de estatuir, estabelecer o conteúdo normativo da lei, o Legislativo fica com uma *faculté d’empêcher*, um veto bem menos eficaz, porque *a posteriori*, do que o que cabia e cabe ao Executivo. Este, embora superável, ao menos afasta a vigência e eficácia do conteúdo normativo.

Ademais, os trabalhos legislativos do Poder Legislativo ficam na dependência das Medidas Provisórias e no ritmo destas. Têm elas, com efeito, prazos obrigatórios de tramitação, sob pena do sobrestamento de outras “deliberações legislativas”. Isto significa

uma prioridade para as Medidas Provisórias em relação aos projetos de lei que, estes, podem ser de iniciativa parlamentar. E como as Medidas Provisórias são muitas, pouco resta para o exame destes projetos.

Pode-se dizer que o Legislativo, enquanto poder de legislar, fenece. Seu papel, no campo que foi sua razão de ser, torna-se apagado, reduzido a um controle às vezes inviável pela consumação dos efeitos da Medida Provisória.

Os parlamentares atuais bem o sentem, de modo que procuraram outra atividade que não a de legisladores, a fim de terem sobrevida política. Esta é a de inquérito, com a instituição das CPIs, as Comissões Parlamentares de Inquérito. Estas não visam mais, como está nos livros, a colher subsídios para a atuação do Parlamento, em suas tarefas próprias, sendo a essencial evidentemente a de legislar; voltam-se para a apuração de atos ilícitos, assumindo um papel policialesco. Nisto, não raro invade o terreno atribuído ao Judiciário. Mas este papel, que idealmente configura controle, dá notícia, é acompanhado pelos meios de comunicação de massa e, por intermédio destes, salienta este ou aquele deputado, este ou aquele senador.

Fica destarte muito claro que o Legislativo brasileiro se tornou essencialmente um poder de controle do Executivo.

Se o Legislativo fenece, o Judiciário se expande. Sem dúvida, em tempo algum de nossa história, se deu tanta atenção a este Poder que deve ser o mais discreto de todos.

No desempenho de suas tarefas tradicionais, dirimir litígios surgidos nas relações sociais, essencialmente entre particulares, punir delitos, esse Poder, todavia, não brilha. É banalidade reconhecer a lentidão dos processos – justiça tardia não é justiça – com a consequência da (relativa) impunidade para os criminosos e a demorada reparação das eventuais lesões patrimoniais sofridas pelos indivíduos. Disto, aliás, o Estado muito se beneficia pelo verdadeiro “calote” no não pagamento dos precatórios, inclusive de alimentos, ou de modo mais leniente, pela demora interminável no seu pagamento.

O destaque atual do Judiciário vem das funções políticas que vem assumindo. Isto certamente é ensejado por instrumentos previstos na Constituição e pelas particulares desta, entretanto, já foi muito além do que os constituintes ou os exegetas do texto de 1988 imaginaram. Ocorre uma “judicialização da política” que leva a uma “politização”, em mais de um sentido, do próprio Poder Judiciário.

Analise-se este ponto.

O Judiciário, em todas as suas instâncias, tem-se substituído ao Executivo na determinação de políticas públicas, ou na orientação destas. Sob o acicate principalmente do Ministério Público, tornado plenamente autônomo pela Constituição em vigor, em resposta a ações civis públicas, às vezes em mandados de segurança coletivos, etc., vem ele obrigando o Executivo a desencadear políticas públicas. Isto é, globalmente falando, positivo, mas é preciso observar que o magistrado, habituado ao julgamento singelo – *tem direito, não tem direito* – defere pedidos, sem levar em conta o possível, sem avaliar oportunidade e conveniência, que levam à definição de prioridades, sem estar preso a limitações orçamentárias, ou sujeito à lei de responsabilidade fiscal...

Igualmente, pode-se dizer sem maior dúvida que o Judiciário também está substituindo o Legislativo na formulação de normas que deveriam ser objeto de lei. A Constituição vigente, preocupada, sem dúvida, com a omissão legislativa, no tocante

à regulamentação de preceitos constitucionais, previu a ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta, porém, revelou-se inócua, eis que apenas permite seja dada ciência ao Legislativo da omissão, em qualquer consequência efetiva. Entretanto, por meio do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal tem corrigido essa inércia em muitos casos, com ainda fez em 2007, a propósito da regulamentação do direito de greve do servidor público. Suprir omissões é ponto positivo, contudo significa o Judiciário assumir a legiferação.

Acrescente-se que o mesmo se pode dizer do Tribunal Superior Eleitoral. Este, em 2007, ao responder a consultas, fixou, numa interpretação constitucional ousada, o relacionamento entre eleito e o partido que o elegeu. Entendeu o eleito preso a esse partido por uma sorte de fidelidade partidária. Corroborada essa interpretação, que como tal não saía do âmbito natural de um tribunal no sistema difuso, pelo Supremo Tribunal Federal, deu um passo adiante. Editou uma resolução disciplinando a matéria, resolução que tudo tem de lei salvo o nome.

Também no que toca ao desdobramento de normas constitucionais, num terreno de transição entre o infraconstitucional e o propriamente constitucional, o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 103-A da Constituição, passou a legiferar por meio das súmulas vinculantes. Estas, como a resolução acima mencionada, são leis, e leis com força (quase) de normas formalmente constitucionais. De fato, elas prescrevem, com força vinculante, para o Estado brasileiro em todas as esferas federativas, uma interpretação cogente para os preceitos formalmente constitucionais, o que não seria inovação. O instituto é apresentado como consolidação de jurisprudência. Entretanto, a prática recente mostra que o Supremo Tribunal Federal vem usando o instituto para desdobrar ou complementar a Constituição, certamente indo além da mera exegese do texto de 1988. E, ao fazê-lo, não se preocupa com a existência de reiteradas decisões sobre a matéria e toma decisões de apreciação política, de aferição de conveniência. Com efeito, por exemplo, onde na Constituição está a limitação do nepotismo ao 3º grau de parentesco? Por que não ao 4º? Veja-se bem que o Supremo Tribunal Federal, quanto às súmulas, usando de um poder político que a Constituição lhe dá. Trata-se de uma decisão sujeita à maioria de 2/3, o que mostra bem não ser uma decorrência de declaração de inconstitucionalidade, pois para esta basta a maioria absoluta. E, mais, de uma deliberação que pode ser justificada pela “grave insegurança jurídica” ou “relevante multiplicação de processos”. Ora, gravidade e relevância são de apreciação subjetiva e concernem ao que o administrativista chamaria de mérito – oportunidade e conveniência.

Indo além. O Supremo Tribunal Federal recebeu da Lei nº 9.868/1999 poder de constituinte de revisão. O art. 27 de tal lei – repetido pelo art. 11 da Lei nº 9.882 do mesmo ano – confere a esse Egrégio Tribunal a atribuição de “modular” os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Para a doutrina tradicional, com Rui Barbosa à frente e para a própria jurisprudência desse Tribunal, o ato inconstitucional sempre foi um ato nulo e írrito, cujos efeitos devem ser desfeitos retroativamente, *ex tunc*. Hoje, porém, embora, em princípio, isso não mude, o Supremo Tribunal Federal pode, ao declarar a inconstitucionalidade, “restringir os efeitos” da declaração “ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Ora, restringir os efeitos da declaração só tem sentido se se entender que se mantém em vigor o que contraria Constituição. Tal decisão muda a Constituição no

ponto específico. E o mesmo se dá, conquanto numa modificação transitória, se a desconstituição do ato for fixada para qualquer outro momento que não o de sua entrada para o mundo do direito positivo. Trata-se de uma apreciação política, pois depende da concordância de dois terços do Tribunal, nem se repita que basta a maioria absoluta para a decretação da inconstitucionalidade. Mais, é fundada ou “em razões de segurança jurídica” que, como tais, estão no plano do direito, ou por “excepcional interesse social”. Este último conceito abrange, na verdade, tudo aquilo sobre o qual se debruça o Estado e é excepcional o que a maioria qualificada entender sê-lo. A realidade é que, na atualidade, o ato inconstitucional é, como decorre das lições de Kelsen, um ato anulável, conforme o grau de intensidade da infração da Constituição, conforme a ponderação da maioria qualificada dos membros do Supremo Tribunal Federal. E, tome-se, o depoimento. Ao apreciar o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de lei do Estado de Tocantins, não houve qualquer debate sobre a temática jurídica – que era pacífica – mas se discutiu se a inconstitucionalidade, que afetava o *status* de numerosos servidores do Estado – deveria ter efeito *ex tunc* ou não. Decidiu então o Tribunal que deveria ter efeito *ex tunc*, para fim pedagógico, servir de exemplo. Não está nisto crítica. É um exemplo de “excepcional interesse social”.

É imaginável que a judicialização da política importe num risco de politização do Judiciário. Chamado a apreciar questões políticas, o magistrado tende a deixar manifestarem-se as suas convicções e seu senso moral. Aquelas podem desviar-se para o desiderato de favorecer uma ideologia, ou até um partido, este pode levá-lo a um papel de vingador do bem contra o mal. Perdoem-me a comparação, a fazê-lo sentir-se um super-herói.

Esse fenômeno, que se teme para o futuro, sem referências ao presente, é, ademais, incitado pelos meios de comunicação de massa, particularmente pela televisão. A mídia tem seus critérios de julgamento que não são os do direito, tende a ver no suspeito, que não raro é ela que apontou, um delinquente comprovado, quer a punição do crime de imediato, sem as necessárias delongas de um processo. Vê neste um ardisso meio pelo qual os advogados bem remunerados conseguem a impunidade de seus clientes ricos, por meio de uma Justiça formalista. E, por isso, aplaude todas as ações, sem forma nem figura de direito, que pareçam corrigir o que pensam errado. Com isto, premiam com a imagem santificada os que a atendem, vilipendia e aponta à execração pública os que seguem a lei.

III. A significação essencial da separação dos poderes

Em face dos posicionamentos assumidos no curso deste trabalho, cabe esboçar uma síntese da significação – essencial – da separação dos poderes.

O primeiro ponto a salientar é o da relatividade da separação dos poderes. Isto quer do ângulo doutrinário, quer do ângulo da concretização do princípio nas Constituições do passado e, sobretudo, do presente.

Realmente, no plano doutrinário, ela foi posta por Montesquieu como uma “receita” de arte política. Seu objetivo não foi o de estabelecer uma doutrina científica da organização do Estado – mesmo porque isto não se coaduna com a ciência – mas, sim, instituir um sistema de freios e contrapesos, no qual cada Poder pode atuar a fim de

impedir o abuso dos outros. Para isto, ele entendeu, sem dúvida inspirado em Locke e no direito constitucional inglês, convir a separação (relativa) dos órgãos superiores de governança, segundo as três funções primordiais que exerce o Estado. Funções estas que não pretende de natureza diversa, como está na própria letra do capítulo VI do livro XI do *Espírito das Leis*. Foi o positivismo jurídico que radicalizou a separação, resumindo à lei formal estabelecida pelo Legislativo o direito e fazendo estritamente subordinados a esta o Executivo e o Judiciário, como meros aplicadores da lei. Essa tese prosperou, não só pela adesão da comunidade jurídica a essa escola, mas também porque ela convinha, nos primeiros tempos do constitucionalismo, a enfatizar a representação popular e, por intermédio desta, a favorecer a democracia.

Na realidade, o direito constitucional brasileiro, como o estrangeiro, cada qual na sua medida, nunca separou de modo absoluto as três funções primordiais. Sempre, por exemplo, confiou ao Legislativo a aprovação ou a autorização para o Executivo tomar decisões políticas capitais.

Essa relatividade permitiu que o relacionamento entre os dois Poderes propriamente políticos – Legislativo e Executivo – se adaptassem a novos tempos, em razão de fatores como a extensão do sufrágio, a democratização, o intervencionismo econômico e social. Ensejou, assim, o desenvolvimento do parlamentarismo, em lugar de se aferrar a uma separação mais rígida, como a da monarquia constitucional, ou do presidencialismo. Igualmente, conciliou-se com a delegação do poder de legislar, e mesmo o poder autônomo de legislar, para o Executivo, o que se tomou comum nos últimos sessenta anos, pelo menos. A separação dos poderes sobrevive no mundo contemporâneo em razão das provas que deu e dá de dificultar o abuso, protegendo a liberdade individual.

Um outro ponto a salientar exprime que, no direito brasileiro, a separação dos poderes foi concebida pela doutrina em paralelo ao ensinamento pelo mundo afora. Quando prevalecia o positivismo, prevaleceu aqui a versão positivista; hoje, quando este perdeu força, uma nova concepção pós-positivista tende a prevalecer. Vê-se isto na ênfase nos princípios em detrimento das regras (e da segurança jurídica). Isto se reflete na Constituição de 1988, uma Constituição “aberta” que multiplica os princípios explicitados e com isto flexibiliza o primeiro dos princípios do Estado de Direito, o princípio de legalidade. Abre, ademais, o campo para o desenvolvimento em prol do Judiciário um papel político, porque, em última análise, é este quem concretiza tais princípios.

No plano dos fatos, a institucionalização da separação dos poderes sempre deu preeminência, se não preponderância ao Executivo. E isso num grau muito superior ao das experiências estrangeiras, salvo as latino-americanas. Isto, sem dúvida, mais se deve a nossos costumes políticos do que à letra das leis e da Constituição.

É preciso considerar na mensuração concreta não apenas os poderes jurídicos com que ele conta – como o de administrar e de “legislar” direta ou indiretamente – mas outros aspectos como ser ele o Poder que garante a segurança interna e externa, o gestor da economia, o protetor dos carentes, etc.

No quadro atual, essa prevalência continua acentuada e, em contrapartida, se amesquinha o papel do Legislativo, cuja função essencial – a legiferação – foi absorvida pelo Executivo.

O Judiciário, entretanto, aparece fortalecido, no que tange a um papel político. Ele muitas vezes determina e amolda políticas públicas, legífera, inclusive em matéria constitucional, pode modular a inconstitucionalidade, no fundo mudando a Constituição. Não o faz por usurpação, mas motivado por instrumentos previstos na Lei Maior e, não raro, em razão da omissão dos outros Poderes, mormente do Legislativo.

Tal judicialização da política não é, todavia, fenômeno exclusivamente brasileiro. Noutros países, ele se registra. Talvez esteja, aqui e agora, mais exacerbado do que além fronteiras.

Quanto à politização da Justiça – ainda incipiente – é preciso prevenir que se desenvolva entre nós, dado os males que acarreta. Uma opção a discutir relativamente a isto seria a institucionalização de uma Justiça Constitucional, nos moldes seguidos em geral na Europa, com a especialização da função, a estipulação de mandato de tempo certo, a participação nas indicações dos três Poderes e não só do Executivo, bem como da sociedade civil.

No limite jurídico, a separação dos poderes significa Poderes autônomos com atribuições próprias – definidas na Constituição ou decorrentes desta – que não podem ser usurpadas por um deles, nem disfarçadamente.

No limite político, exige não apenas a independência dos Poderes na sua composição e no exercício de suas funções – estas relativa e ponderadamente especializadas – numa equação de forças que enseje um sistema de freios e contrapesos.

SP 26/10/14.