

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 178  
Abril/junho – 2008

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Separação de Poderes

## De doutrina liberal a princípio constitucional

Fabício Juliano Mendes Medeiros

### Sumário

Introdução. 1. A separação de Poderes enquanto doutrina liberal. 2. Separação de Poderes: *status* de princípio constitucional. 3. O conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes na Constituição de 1988 e a sua aplicação como limite às emendas constitucionais. 4. Conclusão.

### Introdução

O objetivo deste trabalho é, primeiramente, estudar como a doutrina da separação de Poderes foi alçada à condição de princípio constitucional, ou seja, analisar a forma pela qual a separação de Poderes passou a ser entendida como um princípio estruturador da ordem política estatal de berço eminentemente constitucional.

Num segundo momento, e já voltado para uma análise mais dogmática, buscaremos identificar o conteúdo normativo do Princípio da separação dos Poderes na Constituição de 1988 e investigar a razão pela qual a Constituição brasileira vigente, no seu artigo segundo, tratou de estabelecer o Princípio da separação de Poderes quando a própria organização positivada já possui o seu perfil.

Por derradeiro, será estudado o alcance da separação de Poderes enquanto limitação material ao Poder Constituinte de reforma no Brasil.

Fabício Juliano Mendes Medeiros é especialista em Direito Constitucional Processual pela Universidade Federal de Sergipe, Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

## 1. A separação de Poderes enquanto doutrina liberal

A doutrina da separação de Poderes tem suas bases históricas na Inglaterra do século XVII. A partir de então, ela passou a experimentar várias versões ao longo da sua existência, daí por que é totalmente equivocado tomar como absoluta e definitiva qualquer das versões apresentadas pelos vários pensadores da Ciência Política.

Longe de querer *investigar a paternidade* da doutrina da separação de Poderes, no presente tópico serão examinadas, ainda que em breves linhas, as contribuições dadas pelos pensadores políticos da doutrina da separação dos Poderes de maior destaque na consolidação desse postulado.

Como anteriormente dito, a doutrina da separação de Poderes remonta à Inglaterra do século XVII. Isso não obstante, é preciso lembrar que Aristóteles (1995), ainda na Grécia antiga, em sua obra *A Política*, tratou de classificar as funções do Estado como deliberativas, executivas e judiciais e, ao fazê-lo, lançou algumas idéias que vieram a encontrar eco no moderno Estado constitucional<sup>1</sup>.

Tempos mais tarde, John Locke escreveu *Two Treatises of Government*, obra que pode ser considerada como uma expressão clássica das idéias políticas liberais<sup>2</sup>. Entre os vários temas abordados, Locke defendia o governo pelo consentimento, com finalidade e poder limitados, além de repartir as funções estatais em executiva,

<sup>1</sup> "Separation in government was first stated by Aristotle in his Politics to include a tripartite government of deliberators, magistrates, and judicial functionaries; but Aristotle's division did not distinguish parts by functions or institution" (BRAVEMAN, Dann; BANKS, William C.; SMOLLA, Rodney A. [19--], p. 69-70).

<sup>2</sup> "Locke parte da existência de um estado de natureza em que os homens apenas estavam sujeitos à lei natural manifestada na consciência e formulada pela razão (...). Mas esse estado de natureza, pela incerteza das regras a observar e pela falta de um juiz imparcial, não dava segurança suficiente: então os indivíduos formaram, por acordo, várias comunidades ordenadas em sociedades políticas" (CAETANO, 1978, p. 233).

legislativa e federativa<sup>3</sup>. De se notar que Locke – como liberal clássico que era – temia que até mesmo o corpo legislativo, detentor do poder supremo do Estado, se tornasse arbitrário, razão por que entendia que mesmo o poder político fundado no consentimento da coletividade necessitava de algum tipo de controle. Dessa forma, além de pregar a necessidade de o poder legislativo atuar em consonância com um processo pré-estabelecido, da proibição de se delegar o seu poder e de governar por atos improvisados e arbitrários, também defendia a absoluta impossibilidade de o próprio corpo legislativo executar as suas leis<sup>4</sup>.

Com efeito, a doutrina da separação dos Poderes pressupõe a autonomia material da função legislativa em relação à função executiva e estabelece a supremacia da legislação (*rule of law*). É a lei – e somente ela – quem estabelece, genérica e abstratamente, os critérios para o equacionamento dos casos concretos. Assim, o papel do órgão executivo fica adstrito à solução de tais casos, mas sempre mediante a aplicação dos critérios previamente estabelecidos em lei.

Apresentadas, ainda que sucintamente, as colaborações de Aristóteles e John Locke, impõe-se, agora, tratar das idéias de Montesquieu. Antes, porém, e a título de ilustração, é de se ler o que escreveu Paul de Visscher (1947, p. 138), narrando a experiência do senhor de La Bredé:

"Quando visitou o reino da Inglaterra, ao curso do ano de 1729, Montesquieu, passeando uma manhã nas

<sup>3</sup> O poder federativo de que tratava Locke referia-se ao direito de fazer a paz e a guerra, o de celebrar tratados e alianças e o de conduzir todas as espécies de negócios com pessoas e comunidades estrangeiras.

<sup>4</sup> Vale ainda mencionar que, ao tratar do poder executivo, John Locke asseverava que a ele não cabia unicamente a aplicação das leis. Para o bem da sociedade, seria de se exigir que o exercente do poder executivo possuísse uma certa liberdade de decidir segundo seu critério para suprir as omissões da lei, temperar a sua rigidez ou adaptá-la às circunstâncias. Essa liberdade de ação inerente ao titular do poder executivo foi denominada prerrogativa.

ruas da velha Londres, notou um carpinteiro que, numa pausa de seu trabalho, lia a London Gazette. Esta constatação lhe inspirou numerosas reflexões sobre a maturidade e a liberdade políticas do povo inglês. Comparada à França, onde o povo era mantido em um estado de ignorância e de semiservidão, onde os súditos do Rei não dispunham nem da liberdade de palavra, nem de imprensa, onde o fato de desgostar do Monarca ou de um de seus cortesões fazia um simples cidadão correr o risco de ser ver privado da liberdade, a Inglaterra aparecia a Montesquieu como a terra eleita da liberdade, buscando a causa desta diferença entre os países, Montesquieu, que havia estudado sumariamente a Constituição inglesa nos escritos de Locke e de Blakstone, constatou que, contrariamente à França, onde todas as funções, legislativa, executiva e judiciária, estavam reunidas nas mãos de um só órgão, o monarca absoluto, na Inglaterra, ao contrário, essas funções se encontravam repartidas entre órgãos diferentes, o Parlamento Legiferante, o Rei Governante e a Corte julgadora das Contestações com base na regra de direito. Foi nessa divisão de funções de poder entre os órgãos diferentes que Montesquieu viu logo a causa da feliz situação do povo inglês porque, disse ele, essa separação de funções traz obstáculo à tendência natural do homem que o leva instintivamente a abusar do poder que ele detém: todo homem que tem poder é levado a abusar dele: vai até encontrar limites... Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

Da análise da conhecida obra de Montesquieu (1995) – *De l'Esprit des Lois* – infere-se que o que realmente importava para o seu escritor era assegurar que a edição das leis

e a sua execução ficassem orgânica e pessoalmente separadas a fim de evitar o abuso de poder. Mas isso não significa dizer que Montesquieu defendia uma total separação dos órgãos de Poder. Em absoluto! Por mais paradoxal que possa parecer, a essência do pensamento de Montesquieu era a criação de mecanismos de equilíbrio e recíproco controle entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, senão veja-se:

“(...) Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo” (MONTESQUIEU, 1995, p. 123).

Discorrendo sobre as funções estatais, Montesquieu (1995) afirmava que o Poder legislativo se traduz no poder de fazer as leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas. Comentava sobre o poder executivo das coisas que dependem do direito internacional, ou seja, o poder executivo do Estado é o poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões (poder federativo *lockeano*). Por último, referia o poder de julgar ou o poder executivo que depende do direito civil, correspondente ao poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares (FERREIRA, 2002, p. 163).

Relativamente ao poder judicial, defendia Montesquieu (1995) que o juiz deveria ser “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor”<sup>5</sup>. Logo,

<sup>5</sup> O poder judicial idealizado por Montesquieu (1995) não deveria ser exercido por magistrados

os juizes não teriam qualquer função juridicamente constitutiva, realizando apenas e tão-somente uma operação lógica, automática e forçosa de aplicação da lei. Os juizes seriam autômatos, daí por que a sentença a ser proferida no caso concreto seria uma fiel reprodução do que já decidido genérica e abstratamente na lei.

A conclusão a que se pode chegar – ainda que nos marcos desse resumo apanhado histórico – é a de que, em matéria de separação de Poderes, Montesquieu (1995) economizou no ineditismo. Mesmo assim, é inegável que ele colaborou decisivamente para difundir e transformar a doutrina da separação de Poderes em princípio do Estado constitucional<sup>6</sup>.

## 2. *Separação de Poderes: status de princípio constitucional*

Como se sabe, o ideário liberal fundava-se numa premissa: a antinomia radical entre o indivíduo (com a sua liberdade natural) e a sociedade que lhe impunha deveres e o constrangia com o seu poder<sup>7</sup>.

Com vistas à solução dessa antinomia, vários modelos de estado e de organiza-

profissionais (de carreira), mas por jurados ou juizes temporariamente eleitos.

<sup>6</sup> A primeira constituição a consagrá-la foi a da Virgínia (1776). Assim também ocorreu em 1787, na Constituição Federal norte-americana. Mas foi em 1789, pelos braços da Constituição francesa, que a separação de poderes foi definitivamente consagrada como no espírito e na técnica do direito público.

<sup>7</sup> “Esse ideário, síntese mais ou menos harmoniosa de muitos contributos e influências que, desde a Idade Moderna, se vinham fazendo sentir e que, nalguns casos, se traduziram no retomar de idéias da Antiguidade greco-romana, pretendeu-se um ideário essencialmente de ruptura com a ordem político-social medieval, em que o indivíduo e a sociedade política constituíam uma unidade dialética, um indefectível *continuum*. Tal ideário, cuja forma mais acabada lhe foi dada pelo Iluminismo, tem como premissa essencial não essa unidade medieval, mas, muito ao contrário, a antinomia radical entre o indivíduo, com a sua liberdade natural, considerado em si mesmo e não previamente inscrito em ‘ordens naturais’, gozando reflexamente os direitos ou os privilégios que destas fossem atributo, e a sociedade, que lhe impõe obrigações e o coage com o seu poder” (PIÇARRA, 1989, p. 143).

ção do poder político foram concebidos, vale dizer, foram idealizadas inúmeras formas que buscavam garantir, de um lado, a afirmação do indivíduo enquanto tal (e salvaguarda de seus interesses) e, do outro, a liberdade moderna, a representar a autonomia individual perante o Estado e a sociedade.

De todas as fórmulas, salta à evidência o estado de raiz *lockeana* que, após receber várias contribuições doutrinárias das Revoluções americana e francesa, ficou conhecido como o Estado liberal, o qual buscava essencialmente uma ruptura com a ordem político-social medieval.

Esse modelo de organização do poder político, que se pretendeu implementar durante o século XIX e que persistiu até os primórdios do século XX, apresentava algumas variantes de países para países, mas sempre mantendo um núcleo em comum. E, dentro desse mínimo comum entre os países, sobressaía a separação de Poderes, ela mesma conhecedora de várias realidades, dependendo do Estado a considerar. Mesmo com essas alterações, o Princípio da separação dos Poderes assumiu uma posição de destaque nas constituições liberais escritas, chegando a ser considerada condição da própria existência de uma Constituição, como se infere do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem constituição”.

Sucedo que, para o Estado liberal, o Princípio da separação de Poderes não representava tão-somente um elemento organizatório<sup>8</sup>. Mais que isso, e antes de qualquer coisa, era um princípio a serviço

<sup>8</sup> “La distinción de poderes contiene el segundo principio del elemento de Estado de Derecho próprio de toda Constitución liberal burguesa. Es el principio orgánico destinado a asegurar, al ponerse en práctica, la moderación y controlabilidad de todos os órganos de poder del Estado” (SCHMITT, 1996, p. 186).

daquilo que, para o Estado liberal, assumiu uma importância primordial: a defesa intransigente dos direitos fundamentais de liberdade<sup>9</sup>. Assim, o Princípio da separação de Poderes consistia num instrumento de garantia da liberdade dos indivíduos contra os abusos de poder. No Estado liberal, pois, a liberdade estaria perdida se “o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 1995, p. 119).

Muito bem. Como se viu linhas atrás, o modelo teórico clássico do Estado liberal pretendia romper o sistema jurídico-político antecedente, baseado no Estado absolutista e no sistema feudal. E esse modelo era, de fato, a única solução que poderia ser qualificada como uma ordem política-social suficientemente apta a romper radicalmente com o antigo regime. Acresça-se que os teóricos desse novel modelo não tinham compromisso com a história nem com a realidade empírica. Mas isso por uma razão óbvia. É que o novo modelo foi baseado e idealizado no plano do dever-ser, no plano normativo. Daí por que o modelo do Estado liberal não pretendia interpretar uma determinada realidade tomada como base, mas sim um modelo normativo da realidade.

Bem vistas as coisas, convém examinar alguns elementos que determinaram a conformação, o sentido e o alcance do Princípio da separação de Poderes nesse modelo de estado normativo, quais sejam: o conceito moderno-iluminista da lei, a separação do

Estado-sociedade e os direitos fundamentais de liberdade.

Em que pese a colaboração do pensamento jusnaturalista moderno, foi decisiva a convergência dos pensamentos de Rousseau e Kant para o entendimento moderno-iluminista da lei<sup>10</sup>. Do ponto de vista sistemático, pode-se dizer que a lei nada mais significa do que uma norma geral e abstrata, fruto da vontade geral do povo soberano, a quem deve a sua existência. Mas não é só. É de se dizer que a lei, se não imutável, é pelo menos estável, característica que fez com que, em tese, houvesse iniciativas pouco freqüentes do legislador. Além disso, e dentro dessa visão sistemática da lei, é preciso que, em razão da sua natureza racional, geral e abstrata, ela assuma um conceito jurídico, não se transformando em instrumento de governo, em mecanismo de atuação governamental. Somente pela omissão da sua dimensão política pode a lei desempenhar uma função que é política, é verdade, mas uma função política essencialmente negativa que o Estado liberal lhe emprestou: a de instituidora do estatuto dos cidadãos juridicamente iguais, estabelecendo os respectivos direitos, deveres e responsabilidades.

Foi exatamente esse conceito de lei que lhe conferiu dois caracteres bem relevantes para a compreensão do Princípio da separação de Poderes: o primeiro deles, referente à essência do Estado, evidencia que a única forma de manifestação do poder soberano é pela produção legislativa (o poder soberano advém do poder legislativo, portanto). E o segundo caractere diz com as funções do novo modelo de estado, no qual todas as funções são funções meramente jurídicas

<sup>9</sup> “Todo prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realzas absolutas. O princípio se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado” (BONAVIDES, 2005, p. 142).

<sup>10</sup> Rousseau trabalhou com a dicotomia vontade de todos e vontade geral, esclarecendo que a vontade de todos pode não coincidir com a vontade geral, da qual só a lei pode ser expressão. Já Kant, aperfeiçoando as idéias iniciais, explicitou que lei é vontade racional. Com isso, foram superadas as ambigüidades da tese de Rousseau quanto à definição da vontade geral, uma vez que, segundo Kant, a lei encontra na própria razão o seu fundamento e a sua essência.

e a sua classificação há de ser feita a partir da legislação.

A seu turno, a soberania do parlamento tem importantes conseqüências na conformação do Princípio da separação dos Poderes. Uma delas é a de que incumbe exclusivamente ao parlamento o exercício da função legislativa, não podendo existir, portanto, qualquer espécie de delegação dessa função a um órgão estatal sem que isso se constitua vilipêndio à separação dos Poderes. De parilha com o que foi dito, e sob pena de também desrespeitar o aludido princípio, o parlamento – único exercente da função legislativa – não pode sofrer interferências nem controle por parte de qualquer órgão estatal.

Partindo agora para o exame do segundo elemento que determina a conformação, o sentido e o alcance do Princípio da separação de Poderes, é de se registrar que o liberalismo preconizava a separação Estado-sociedade como forma de institucionalizar a igualdade jurídica do indivíduo contra os privilégios dos estamentos. E de todos os fatores que ensejaram essa separação defendida pelo liberalismo, interessam a este estudo a teoria do contrato social e o absolutismo monárquico.

Em boa verdade, o monismo produzido pelo absolutismo monárquico foi incentivado pela teoria do contrato social. Teoria, essa, responsável por ligar a idéia de unidade do Estado à liberdade individual e à igualdade jurídica. Assim, a soberania, que era inicialmente atributo do monarca, passa, com a teoria do contrato social, a emanar do povo; e a sociedade passa a se constituir numa sociedade política e juridicamente homogênea, exatamente o oposto da sociedade estruturada em estamentos.

Passando ao exame do terceiro e último elemento conformador do Princípio da separação de Poderes, é de se dizer que não é de hoje que se faz uma automática associação entre a separação de Poderes e os direitos fundamentais. Essa ação aproximativa entre ambos, aliás, foi estabelecida

pelo já mencionado artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que erigiu a separação de Poderes e a defesa dos direitos a elemento configurador da existência de uma constituição<sup>11</sup>.

Também é clássica a idéia segundo a qual as constituições dos estados liberais burgueses reúnem um catálogo de direitos fundamentais e o Princípio da separação de Poderes. Este último como elemento organizatório do Estado e garante do pleno gozo dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados.

Nessa contextura, os direitos fundamentais assumem a feição de liberdades clássicas, ou direitos de defesa ou de liberdade. De sua parte, o gozo desses direitos depende da atuação negativa do Estado, depende de um não-fazer estatal. E o Princípio da separação dos Poderes, como instrumento apto a controlar o poder político, favorece a abstenção estatal, garantindo a fruição dos direitos de liberdade frente ao Estado<sup>12</sup>.

De se ver, portanto, que o conceito moderno-iluminista da lei, a divisão do Estado-sociedade e os direitos fundamentais conformam um *rigoroso* Princípio de separação de Poderes no Estado liberal, no qual a paralisia estatal era algo mais do que desejado.

### *3. O conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes na Constituição de 1988 e a sua aplicação como limite às emendas constitucionais*

Seguindo o rumo traçado no início deste trabalho, cabe-nos, na presente etapa, investigar o conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes.

Antes, porém, é mister reconhecer que a revelação do conteúdo normativo desse

<sup>11</sup> Art. 16. "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

<sup>12</sup> Segundo Montesquieu (1995), a lei deve obrigatoriamente advir de um consenso, porquanto é ela – e só ela – quem pode limitar a liberdade do indivíduo.

postulado constitucional “não pode prescindir da análise da configuração e dos contornos que lhe dá a ordem concreta de certo Estado” (HESSE, 1998, p. 368). Dessa forma, é mediante a análise dos dispositivos constitucionais que regulam a relação entre os Poderes num determinado Estado que podemos extrair o conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes, na linha, aliás, do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 183, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (BRASIL, 1997):

“(…)

O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal e apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, *mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República*”.

Feito esse breve e necessário registro, é de se notar que a Constituição Federal de 1988 tratou de regular as relações entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no seu Título IV (*Da Organização dos Poderes*). Ali jazem as normas constitucionais que estruturam cada um dos Poderes, estabelecendo as respectivas atribuições, bem como aquelas que regulam o relacionamento entre os órgãos de Poder, dispondo, ainda, sobre os direitos e obrigações de seus membros.

Pois bem, da análise desse conjunto normativo, pode-se de logo concluir que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu várias situações que legitimam a atuação de um Poder sobre o outro, ou seja, hipóteses em que a Constituição conferiu a possibilidade de um determinado poder exercer um controle sobre a atividade confiada a outro.

Exemplos dessa atuação fiscalizatória são inúmeros. Veja-se, por ilustração, os incisos IX e X do artigo 49, que atribuem ao Congresso Nacional a competência exclusiva para “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”, bem como para: “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração”. Isso sem contar a prerrogativa de que dispõe o Parlamento brasileiro para “convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada” (CF/88, art. 50).

Sob outra perspectiva, mas também a demonstrar a existência de vários mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, é de se mencionar a possibilidade de o Presidente da República vetar, total ou parcialmente, o projeto de lei que considerar inconstitucional ou contrário ao interesse público (CF/88, art. 66).

Noutro giro, vale lembrar que o Presidente da República participa do processo de nomeação dos magistrados integrantes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Superior Tribunal Militar (CF/88, arts. 101; 104, § único; 107; 111-A; 115; 119, inciso II; 120, § 1º, inciso III e 123).

Nessa marcha batida, cabe ainda referir a legitimidade de o Poder Judiciário controlar os pressupostos constitucionais que condicionam a edição das medidas provisórias, legitimidade essa reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello (BRASIL, 2002):

“(…) Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes.  
(…)”

Não se pode olvidar que o Poder Legislativo também controla a atuação do Poder Judiciário e vice-versa. No primeiro caso, pode-se mencionar a competência privativa que tem o Senado Federal para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, bem como a atribuição para aprovar, após argüição pública, a escolha de magistrados nos casos que a Constituição estabelece (CF/88, art. 52, incisos II e III). Com relação à segunda hipótese – controle do Judiciário sobre o Legislativo –, impende referir a fiscalização da regularidade constitucional das leis de responsabilidade dos órgãos jurisdicionais.

Ainda que possa existir alguma discordância quanto ao enquadramento de algumas dessas hipóteses constitucionais como mecanismos de controle da atuação de um Poder pelo outro, num ponto, porém, haverá consenso: os retromencionados dispositivos constitucionais, além de outros constantes do pré-falado Título IV, estruturam politicamente o Estado brasileiro. Logo, é do cotejo desses comandos normativos que se pode identificar qual o arranjo institucional entre os Poderes da União, ou seja, identificar o perfil do Princípio da separação de Poderes no Brasil.

Acontece que essa conclusão nos remete a um inevitável questionamento: qual o propósito de a Constituição Federal haver estabelecido, em seu art. 2º, o Princípio da separação de Poderes se a própria organização política positivada já tem o perfil da separação dos Poderes? Seria ele um dispositivo inócuo, desnecessário?

Sem demora, é de se responder negativamente ao questionamento formulado. Isso porque, como visto, a Constituição de 1988 institucionalizou um marcante sistema de controle recíproco, a significar, portanto, que a separação de Poderes, no Brasil, apresenta um arranjo entre poderes permeado de contundentes mecanismos de mútua fiscalização<sup>13</sup>.

Essa realidade constitucional, contudo, pode ser modificada pelo Constituinte Reformador, vale dizer, é possível a alteração das formas originárias de relação entre os Poderes. Mas essa modificação só se mostra constitucionalmente bem-quista se – e somente se – não houver uma diminuição da independência dos órgãos de Poder, independência essa consagrada no art. 2º da Constituição.

De imediato, e em desabono das idéias aqui apresentadas, alguém poderia dizer que o inciso III do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal arrola “a separação de poderes” entre as limitações materiais ao poder de reforma constitucional, razão por que não poderia o legislador constituinte redesenhar o arranjo institucional constante da redação originária da Constituição. Acontece que, antes de tudo, é preciso saber identificar o significado dessa limitação constitucional ou, como adverte Ana Cândida Cunha Ferraz (1994), saber

<sup>13</sup> Ao discorrer sobre a forma pela qual se relacionam os poderes no Estado brasileiro, Ana Cândida da Cunha Ferraz (1994, p. 13-59) chega à conclusão de que a separação de poderes consagrada na Constituição Federal de 1988 é permeada por inúmeros mecanismos de controle recíprocos. Mecanismos esses que, de tão contundentes, revelam, em algumas situações, uma verdadeira “ingerência constitucional” de um poder sobre o outro.

“qual o alcance dessa intocabilidade? Qual o alcance dessa limitação? Será que modificar a relação entre os poderes, alterar o arranjo institucional entre os poderes, modificar o sistema de freios e contrapesos, estabelecer novas formas de solução de conflitos políticos, enfim buscar novas modalidades de equilíbrio entre os poderes são matérias intocáveis? O que, afinal, vale como limite: o conceito doutrinário impregnado na Constituição ou a aplicação expressa do princípio posta pelo constituinte originário?”.

Com efeito, a separação de Poderes não deve, de modo algum, ser encarada como um dogma estanque e refletor de realidades alienígenas, mas como uma forma de preservação de uma determinada realidade constitucional. E o fato é que a nossa realidade constitucional alberga uma separação de Poderes caracterizada por incisivos mecanismos de freios e contrapesos. Nesse pensar, é de se inferir que ela – Constituição – não vede, sempre que for absolutamente necessária, a alteração ou a reconfiguração do arranjo institucional originariamente concebido. *Mas é preciso que essa modificação institucional continue garantindo aos órgãos do Poder o livre e desembaraçado desempenho de suas típicas atribuições constitucionais, assegurando-se, desse modo, a necessária independência entre os Poderes.*

A corroborar esse ponto de vista, vale transcrever a opinião de J.J. Gomes Canotilho (2001, p. 545):

“(…)

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um *núcleo essencial* caracterizador do princípio da separação de poderes e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das fun-

ções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do ‘monismo de poder’, como o que resultaria, por ex., da concentração de ‘plenos poderes’ no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante”.

Há que se lembrar, também, do julgamento da ADI 3.367 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2006). Na ocasião, reconheceu-se a constitucionalidade do recém-criado Conselho Nacional de Justiça, afastando a alegação de ofensa ao Princípio da separação de Poderes, porquanto ele integrava a própria estrutura do Poder Judiciário. Ainda assim, a Corte Suprema deixou transparecer que é possível a instituição de novos arranjos institucionais entre os Poderes, desde que *mantidas condições de atuação imparcial e independente do Poder*. É o que se pode inferir de uma passagem da ementa da precitada ação direta de inconstitucionalidade:

“(…)

2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. *Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preser-*

*vação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente BRASIL, 2006). (...)*

Em arremate, portanto: nada impede que as emendas à Constituição imprimam uma nova feição à separação de Poderes, reconformando a própria relação entre eles. O que não se pode aceitar é que a modificação da forma originária de relacionamento entre os órgãos de Poder provoque alguma diminuição da sua independência. Desse modo, a pretexto de reconformar a separação de Poderes, não é dado ao Constituinte Reformador criar empecilhos ao livre e desembaraçado desempenho das funções típicas atribuídas a cada um dos Poderes, dado que só assim restarão preservadas a necessária independência e harmonia dos Poderes (CF/88, art. 2º).

#### 4. Conclusão

A doutrina da separação de Poderes, erigida à condição de princípio constitucional no Estado liberal, representou uma bem-sucedida fórmula para controlar e coibir eventuais abusos de poder. Inspirado em John Locke, Montesquieu (1995) sistematizou a Teoria da Separação de Poderes, cuja essência revela não exatamente uma “separação” absoluta entre os três Poderes, mas um instrumento de equilíbrio e mútuo controle a presidir o relacionamento entre os Poderes. Logo, numa época em que o *fantasma* do absolutismo monárquico ainda rondava a grande maioria dos Estados europeus, o Princípio da separação de Poderes proporcionou a tão desejada inação estatal, a qual, a seu turno, assegurava o pleno gozo dos direitos fundamentais de liberdade.

Desde a sua concepção, o Princípio da separação de Poderes vem experimentando inúmeras realidades nos diversos países que o adotam como elemento organizatório do Estado. Desse modo, e tendo em vista que esse postulado não possui uma fórmula

universal e apriorística, a extração do conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes somente se mostra possível mediante a análise do modelo adotado em cada país isoladamente considerado.

No Brasil, o exame das normas constitucionais que tratam da organização dos Poderes revela um modelo de separação no qual o respectivo relacionamento é marcado pela existência de contundentes mecanismos de mútua fiscalização. Mecanismos que, a depender da situação, podem ser modificados pelo Constituinte de Reforma, desde que dessa alteração não resulte uma diminuição da independência de algum Poder, vale dizer, não sejam criados embaraços ao livre desempenho das atribuições típicas confiadas a cada um dos Poderes.

Noutro giro, é de se concluir que o Princípio da separação de Poderes, com a feição que lhe deu o liberalismo, já não atende mais aos anseios de uma sociedade que instituiu um Estado compromissado com a ordem social. Um Estado que assumiu responsabilidades que o Estado liberal jamais pensou em conhecer. Nessa toada, seria por demais equivocado enxertar o Princípio da separação de Poderes, tal como concebido pelo liberalismo, num Estado que, embora também respeitante dos direitos de liberdade, faz da prestação dos direitos sociais a própria razão de toda a sua existência. Mais que isso: um Estado que alça à condição de direito fundamental – assim como são as liberdades clássicas – os chamados direitos sociais<sup>14</sup>.

Em verdade, o Princípio da separação de Poderes, originariamente concebido para catalisar a inação estatal (dado que só assim estaria garantido o efetivo gozo dos direi-

<sup>14</sup> “Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais” (KRELL, 2000, p. 29).

tos de liberdade), hoje também deve bem servir a uma outra categoria de direito fundamental, exigente não de uma abstenção estatal, mas sim de prestações nitidamente positivas. Em consequência, o Princípio da separação de Poderes já não deve mais ser interpretado com o rigor de outros tempos, cuja inflexibilidade assegura tão-somente a fruição das liberdades públicas, frustrando, em contrapartida, a concretização de outros direitos igualmente fundamentais, como é o caso dos direitos sociais

### Referências

- ARISTÓTELES. *A política*. Bauru: Edipro, 1995.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Globo, 1996.
- BACOT, Guillaume. *L'esprit des lois et Charles Eisenmann*. *Revue du droit public*, Paris, p. 617-656, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 183/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de agosto de 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 out. 1997.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2213/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de abril de 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 abr. 2002.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3367/DF. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 5 out. 2006
- BRAVEMAN, Dann; BANKS, William C.; SMOLLA, Rodney A. *Constitution law: structure and rights in our federal system*. San Francisco: Lexis Nexis, [19--].
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- EISENMANN, Charles. *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*. Paris: Librairie, 1933.
- FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.
- KRELL, Andréas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MALBERG, R. Carré. *Contribution a la théorie générale de l'état*. Paris: Librairie, 1920.
- MIRANDA, Pontes. Independência e harmonia dos poderes. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 9-24, abr./jun. 1972.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- ROCA, Javier García. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rago de ley: mayoría, minorias, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 7-28, abr./jun. 1999.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alizanza, 1996.
- TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 7, n. 29, p. 66-71, out./dez.1999.
- TROPEL, Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: Librairie, 1973.
- VISSCHER, Paul de. *Les nouvelles tendances da la démocratie anglaise*. Tournai: Casterman, 1947.