

Lucas de Faria Rodrigues
Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP
Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo

A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CARTA DE 1988 SOB A ÓPTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este relatório visa atender às exigências constantes nos itens “a”, “b”, “c” e “d”, das instruções para elaboração do relatório final de iniciação científica, inseridas no “formulário para encaminhamento de relatório” da FAPESP – Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo, a qual figura neste trabalho como instituição de fomento.

São Paulo
2006

Relatório Final de Iniciação Científica, apresentado por **Lucas de Faria Rodrigues**, sob a orientação da **Prof. Dra. Luciana Gross Siqueira Cunha**, em conformidade às exigências da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP.

Luciana Gross Siqueira Cunha – Orientador (a)

Lucas de Faria Rodrigues – Bolsista

SUMÁRIO

SUMÁRIO	3
1. INTRODUÇÃO AO RELATÓRIO FINAL.....	6
2. A EVOLUÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	9
2.1 A separação de Locke: a propriedade como fundamento do conceito.....	9
2.2 O que realmente idealizou Montesquieu sobre separação de poderes.....	10
2.3 O Federalista: a tirania da maioria.....	13
2.4 Aspectos gerais.....	16
2.5 Existe então uma única e principal separação de poderes?	17
3. QUADRO INSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL.....	19
3.1. Mudanças constitucionais ou continuísmo centralizador?.....	19
3.1.1 O fortalecimento do Legislativo.....	19
3.1.2 O fortalecimento do Executivo e o poder de agenda	20
3.1.2.1 As Medidas Provisórias, delegação ou abdicação?.....	21
3.1.2.2 Outros aspectos que contribuíram para fortalecimento do Executivo.....	25
3.1.2.3 A consequência: o poder de agenda nas mãos do Presidente	26
3.2 Traços parlamentaristas: o presidencialismo de coalizão brasileiro.....	27
3.3 Brasil, uma democracia consociativa.....	30
4. A REVISÃO JUDICIAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SEPARAÇÃO DE PODERES: UM PANORAMA	33
5. ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES	38
5.1 As duas dimensões da separação de poderes	38
5.2 Separação de poderes como exercício de funções estatais	39
6. RESULTADO QUANTITATIVO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO STF	42
6.1. Explicações metodológicas	42
6.2 Mapeamento	43
6.3 Resultados da primeira etapa da pesquisa.....	45
7. A ANÁLISE DE MÉRITO DOS ACÓRDÃOS – ADINs - SELECIONADOS	50
7.1 Matérias Relativas à Administração Pública: item “A”.....	50
7.1.1 Os Casos de Submissão de Convênios, Acordo e Contratos à Aprovação da Assembléia Legislativa.....	50
7.1.2 O Caso da Procuradoria Paraibana.....	52
7.1.3 O Caso da Sustação de Ato Normativo do Poder Executivo Exorbitante do Poder Regulamentar.....	53
7.1.4 O Caso da Medida Provisória Estadual e os Bens Públicos	54

7.1.5 O Caso da Prerrogativa de Foro do Presidente do Banco Central do Brasil	59
7.1.6 O Caso da Nomeação do Chefe do Ministério Público Estadual.....	62
7.1.7 Os Casos Sobre Vício de Iniciativa e Aumento de Despesa.....	63
7.1.7.2.1 Casos Diferenciados: A Representação em Juízo do Poder Legislativo	67
7.1.7.2.2 Casos Diferenciados: A Exceção à Regra da Reserva de Iniciativa.....	69
7.1.8 Caso dos Crimes de Responsabilidade	71
7.1.9 O Caso Sobre Provimento dos Cargos de Diretores de Unidades de Ensino	71
7.2 Política Social e Ambiental: O Caso RIMA	72
7.3 Matérias Atinentes à Regulação Econômica e Matérias Orçamentárias: O Caso das Audiências Públicas	73
7.4 Os Casos de Política Tributária	75
7.5 Os Casos Sobre Competição Política: Eleições e Partidos Políticos	78
7.6 Os Casos Sobre Relações de Trabalho.....	85
7.7 Matérias Relativas à Organização Institucional: item “H”.....	87
7.7.1 Os Casos sobre a Ausência dos Governadores	88
7.7.2. O Caso da Iniciativa de Leis nos Municípios de Minas Gerais	88
7.7.3 O Caso das Normas Estaduais Interpretativas	89
7.7.4 O Caso da Limitação do Número das Comissões Parlamentares de Inquérito	90
7.7.5 O Caso da Fiscalização e Controle do Poder Executivo no Estado de São Paulo	92
7.7.6 Os Casos Sobre Alterações de Caráter Interno no Poder Judiciário.....	93
7.7.7 O Caso do Ato de Provimento de Desembargadores do Tribunal de Justiça de Pernambuco.....	96
7.7.8 Os Casos Sobre o Controle do Judiciário	101
7.7.8.1 Análise sobre Ministros votantes e presentes em cada ADIN	102
7.7.8.2 Os Conselhos Estaduais de Justiça.....	103
7.7.8.3 O Conselho Nacional de Justiça.....	106
7.7.8.4 Aspectos Finais Sobre os Conselhos de Justiça.....	113
7.7.9 O Caso da Antecipação do Plebiscito.....	114
7.7.9.1 A Separação dos Poderes e o adiamento do plebiscito	115
7.7.10 O Caso da Região Metropolitana de Porto Alegre	117
8. A ANÁLISE DE MÉRITO DOS ACÓRDÃOS – REs – SELECIONADOS.....	119
8.1 Os Casos Sobre Vício de Iniciativa e Aumento de Despesa.....	119
8.2 O Caso da Transferência do Poder de Polícia.....	121
8.3 O Caso dos Logradouros Públicos	122
8.4 O Caso dos Vencimentos dos Servidores Estaduais.....	122

8.5 Casos Envolvendo a Súmula 339 do STF	123
8.5.1 O Caso dos Engenheiros Agrônomos do Pará	123
8.5.2 O Caso dos Servidores Comissionados de Santa Catarina	123
8.5.3 O Caso da Norma Local	124
8.6 Os Casos da Correção Monetária e a Conversão de Débito de ICMS em Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (Ufesp)	125
8.7 O Caso dos Calendários Escolares do Rio Grande do Sul	127
8.8 O Caso dos Táxis Cariocas	128
8.9 O Caso dos Vereadores de Araguari	130
8.10 O Caso da Vinculação da Decisão Criminal no Processo Administrativo	131
8.11 O Caso da Análise do <i>quantum</i> da Sanção Penal	131
8.12 O Caso da Autorização Previa da Assembléia Legislativa para Julgamento do Governador	132
8.13 O Caso do Plebiscito de Cabo Frio	133
8.14 O Caso do Reajuste Previdenciário	135
8.15 O Caso do IOF/Câmbio	138
9. CONCLUSÃO	140
9.1 Impressões Gerais	140
9.2 Respostas Propostas	149
10. BIBLIOGRAFIA	151

1. INTRODUÇÃO AO RELATÓRIO FINAL

O princípio basilar dos Estados democráticos e republicanos contemporâneos, da separação dos poderes¹, sofreu no Brasil um acentuado movimento de mudança após a Constituição de 1988, a qual mistura o conceito clássico de separação dos poderes com modernas concepções sobre o tema. Repleta de pontos contrapostos, a Carta brasileira, ao mesmo tempo em que fortaleceu o Legislativo, conseqüência lógica da superação do período histórico anterior, manteve o Executivo ainda muito forte o que se vê, por exemplo, através da manutenção do poder de edição de atos normativos unilaterais, as Medidas Provisórias. Com relação ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF) - guardião máximo da Constituição Federal - passou a examinar matérias que antes não examinava ou o fazia em menor intensidade, em razão do amplo detalhamento do texto constitucional e pelo aumento de suas competências. Disto decorre uma maior atuação judiciária em diversas matérias, sempre com o objetivo de dar sentido ao texto constitucional. Há também, uma clara facilitação do acesso a este poder pela própria característica consociativa² da democracia brasileira, que permitiu às minorias questionarem atos dos Poderes Legislativo e Executivo. Não obstante, o STF se torna palco da resolução dos mais variados conflitos entre os outros dois poderes (que se encontram fortalecidos).

O cerne deste trabalho - pesquisa jurisprudencial no STF sobre a separação dos poderes - deve-se, portanto, ao fato de este tema estar na pauta do Tribunal, desde a promulgação da nova ordem constitucional. A Corte constitucional brasileira passou a ser responsável - em última análise - a dar sentido ao princípio em questão, ora porque a Constituição Federal de 1988 ampliou a possibilidade de questionamento perante o tribunal, ora porque ele passa a ser, em grande parte dos casos um mediador político (atritos típicos da relação Executivo/Legislativo são resolvidos neste órgão).

A separação dos poderes se torna central no ordenamento constitucional, vez que implica em dizer como o governo decide. Ao instituir-se a separação, o processo decisório deixa seu estado concentrado - no qual apenas uma cúpula decide - passando a ser disperso - no qual diversas cúpulas decidem. Neste modelo de engenharia política, o poder passa a ser limitado pelo poder. A efetivação da separação dos poderes nos moldes hoje

¹ Tal princípio é consagrado pelo artigo 2º da Constituição Federal do Brasil: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

² Segundo Lipjhart, na sua obra “*Modelos de Democracia*”, quando falamos de uma democracia consociativa estamos falando de uma democracia de consenso, na qual o poder se encontra repartido, limitado e disperso. Dentre suas características principais encontramos a separação e o equilíbrio entre os poderes Legislativo e Executivo, coalizões amplas, sistemas pluripartidários, representação proporcional, governo federal e descentralizado, forte bicameralismo e constituições escritas e rígidas. Este tema será explorado de maneira mais completa no decorrer do trabalho.

instituídos no Brasil se dá com a conjugação de diferentes funções (legislar, executar e julgar), ou seja, com o invariável intercâmbio entre os diferentes poderes, pois assim previu o legislador constitucional quando optou por este mecanismo de controle recíproco. Esta divisão de tarefas entre os atores governamentais fez com que os freios e contrapesos – controles recíprocos entre os poderes – assumissem papel assaz relevante.

Para além destas características definidas pela Constituição Federal de 1988, é impossível falar da separação de poderes e não levar em conta a atual conjuntura da relação Executivo/Legislativo no Brasil: o fato de a escolha eleitoral do presidente da República e dos representantes do Legislativo ser feita por modelos eleitorais diferentes – majoritário, no caso do Executivo; proporcional, no caso do Legislativo -, aliado à existência de um sistema partidário fragmentado, incapaz de produzir naturalmente maiorias, obriga o líder do Poder Executivo a criar coalizões partidárias suficientes para a governabilidade necessária³. A agenda fruto do “Governo de Coalizão” seria produzida pelo governo, a partir da coalizão entre os diversos partidos⁴, conduzida principalmente pelo Presidente da República⁵.

Assim, é de suma importância buscar um entendimento na jurisprudência brasileira e nas teorias políticas sobre a separação dos poderes, conhecendo a maneira pela qual o maior órgão do Judiciário brasileiro toma suas decisões.

Atualmente, pouco se discute sobre o funcionamento do STF e sua jurisprudência. A possibilidade de suas decisões terem alcance suficiente para se consolidarem como precedentes não foi ainda definida, estando os Ministros pouco monitorados, no sentido de dar maior clareza e coerência em seus votos. Existem poucos estudos realizados no Brasil com este intuito, podendo, a análise jurisprudencial do STF, ser considerada atividade ainda pioneira no campo do Direito e da Ciência Política. O fato de o STF fixar o sentido de princípios constitucionais, entre eles o da separação de poderes, implica em identificar a sua maneira de decidir no que diz respeito a tal questão, fato este que só se torna possível por meio de uma seleção sistemática e a posterior análise em profundidade das suas decisões.

³ Governabilidade é entendida como a capacidade do Governo de implementar políticas públicas.

⁴ No Brasil, se torna possível falar em construção de uma agenda em um governo de coalizão, já que o sistema partidário brasileiro é muito fragmentado e dificilmente produz naturalmente uma maioria, necessária para aprovar políticas públicas.

⁵ Governo de Coalizão = EXECUTIVO + MAIORIA NO LEGISLATIVO, analisado sobre uma óptica Presidencialista e não Parlamentarista, ou seja, temos no Executivo a figura do Presidente da República, que busca apoio no Congresso, não estando a existência de um condicionada a do outro, mas a eficiência, pois para a implementação de suas políticas é necessário um somatório de forças. Porém FIGUEIREDO e LIMONGI lembram que o “sistema político brasileiro não opera de forma muito diferente dos regimes parlamentaristas (...) As linhas que dividem parlamentarismo e presidencialismo não são tão rígidas como a literatura afirma”.

Destarte, este trabalho pretende enfrentar uma grande questão: como o STF trata a separação dos poderes depois da Constituição de 1988? Este problema pode ser subdividido em duas perguntas menores:

1. O Supremo Tribunal Federal possui uma única visão sobre o tema?
2. Como o Supremo Tribunal Federal justifica, teoricamente, as suas decisões?

Para respondê-las foram definidos no projeto inicial apresentado à FAPESP - Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo – algumas hipóteses a serem testadas ao longo de um ano de bolsa. A primeira hipótese, correspondente à primeira pergunta apresentada acima é que *o STF não possui uma visão congruente sobre o tema separação dos poderes*. A segunda hipótese a ser testada, referente à resposta da segunda pergunta acima apresentada, é a de que *o STF não possui uma única linha teórica, sendo possível encontrar inúmeras variáveis em termos de fundamentação*. Para testar tais hipóteses, foram definidas as seguintes etapas de pesquisa: (a) traçar um breve panorama da literatura sobre a separação dos poderes percorrendo alguns autores, de diferentes épocas, até chegar às interpretações mais atuais sobre o tema no Brasil⁶; (b) analisar a relação Executivo/Legislativo na ordem constitucional; (c) buscar, através das decisões do STF, um panorama das decisões do tribunal envolvendo separação dos poderes (d) buscar uma possível forma/maneira pela qual o STF entende o princípio da separação dos poderes, apoiado e relacionando com a doutrina estudada.

O relatório final apresentado tem como objetivo, definido em projeto aprovado, relacionar o panorama básico da literatura sobre o tema separação de poderes (traçado na primeira etapa do trabalho) com o mérito dos acórdãos resultantes de um levantamento sistemático das decisões sobre o assunto. Ao final, tentaremos responder as perguntas lançadas inicialmente.

⁶ O caráter doutrinário deste trabalho é secundário, assim, a análise de literatura sobre o tema é feita de maneira subsidiária, apenas para trazer elementos para a posterior análise jurisprudencial.

2. A EVOLUÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Este capítulo visa traçar um breve panorama da teoria da separação dos poderes na doutrina clássica. A passagem por tais autores justifica-se pela constante referência que lhes é feita (muitas vezes de maneira equivocada), em artigos e livros, ou até mesmo pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ademais, são de grande importância para atingir-se o desenho contemporâneo deste princípio⁷.

2.1 A separação de Locke⁸: a propriedade como fundamento do conceito⁹

Para se chegar à concepção “Lockeana” de separação de poderes, é preciso primeiramente, definir e dar sentido à propriedade. Para John Locke (1632-1704), em conceito estrito, propriedade é simplesmente a posse de bens móveis ou imóveis. Em sentido amplo, seria a vida, a liberdade e os bens. Para o autor este conceito verifica-se no chamado “estado de natureza”¹⁰, sendo portanto, anterior à própria sociedade organizada. Assim, eleva o conceito ao patamar de direito natural do indivíduo, inviolável pelo Estado.

John Locke chega nesta conclusão afirmando que o homem, por ser naturalmente livre, é proprietário de sua força de trabalho, a qual emprega na terra, terra esta dada por Deus a todas as pessoas. Ao utilizar e modificá-la, através de sua força de trabalho, o homem passa a deter de maneira exclusiva aquele local no qual empregou a transformação.

Por este motivo, a propriedade se vincula com a capacidade de trabalho de cada indivíduo até o surgimento do dinheiro, que revolucionou os sistemas de trocas e a relação com a terra, permitindo que o domínio sobre algo não seja adquirido apenas pelo labor, mas também pela compra. Um dado bastante conhecido é que, o uso corrente de moeda, a concentração de fortuna e a distribuição desigual de propriedade, levaram a terra de um caráter limitado, pelo trabalho, a um sentido ilimitado, fundado na capacidade de compra de cada pessoa e a conseqüente acumulação de riqueza.

Destarte, nasce o homem com o direito à liberdade e gozo incontrolado de todos seus privilégios e direitos. Ele tem o poder de preservar o que é seu (sua propriedade) e de

⁷ Pode parecer desnecessário um estudo mais aprofundado sobre literatura clássica, referente à separação dos poderes, haja vista a existência de grande produção sobre o tema. Entendemos, porém, que o trabalho ficaria sem um alicerce fundamental caso esse estudo não ocorresse. Ademais, recorrentemente autores valem-se de máximas ouvidas e de aplicações infundadas, sem tomar contato com a obra, ocasionando interpretações errôneas, o que também justifica nossa exposição sobre o tema.

⁸ Conclusões tiradas do livro *Segundo Tratado sobre o Governo*.

⁹ Alguns autores começam a delinear a separação de poderes ainda em Aristóteles. Consideramos desnecessário fazer o mesmo caminho aqui, quando olhamos o objetivo do trabalho.

¹⁰ Estado de natureza seria o estado em que o homem vivia, antes de uma concepção sobre sociedade civil, conceito este, típico dos autores contratualistas (estado de ausência de ordem).

julgar quem infrinja esta lei natural que garante determinadas prerrogativas. Ocorre que para a existência de uma Sociedade Civil é preciso que cada membro renuncie seu próprio poder natural, passando às mãos da coletividade. Assim, é necessária a união da sociedade diante de um corpo único, tendo uma lei estabelecida, um centro de solução de controvérsias e punição de ofensores à norma, para a conseqüente preservação da propriedade.

John Locke, assim, concebe um poder julgador, capaz de estabelecer qual castigo é cabível às transgressões, entre membros da sociedade, através de um poder de fazer leis e um poder de punir os transgressores que visem prejudicar a comunidade, sejam agentes internos ou externos. O enfoque desta distinção é a preservação da propriedade de todos os componentes da sociedade. Estamos diante dos poderes Executivo e Legislativo.

A partir daí, o Poder Legislativo é aquele que possui o direito de fixar a maneira pela qual a força da comunidade será utilizada com o objetivo de conservar ela própria, no conjunto de seus membros. Ao mesmo tempo, o Poder Executivo executa as leis estipuladas por esta sociedade. Já o Poder Federativo, tratado sem muita importância pelo autor¹¹, compõe o poder de guerra e paz, de formar ligas e alianças, além de transacionar com todas as pessoas e comunidades alheias à sociedade específica. Para Locke, é fundamental que os Poderes Legislativo e Executivo sejam separados, pois a fraqueza humana seria capaz de tomar conta do poder. As mesmas pessoas que devem elaborar leis não podem aplicá-las, sob pena de amoldá-las de acordo com seus interesses, além de nunca serem atingidas pelas punições. Esta separação, ao que nos parece, foi feita de forma dual, não tríplice, pois o Poder Executivo e Federativo eram muito próximos, o que não permitia uma distinção.

Os conceitos de John Locke não são o que hoje entendemos como a separação dos poderes, porém configuram uma das fontes da sua atual concepção, uma vez que foram lapidados por Montesquieu e tantos outros.

2.2 O que realmente idealizou Montesquieu sobre separação de poderes

A obra clássica de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, é sem dúvida um dos grandes expoentes da literatura política. O autor é quase sempre lembrado como o instituidor da teoria da separação dos poderes, que por ele não foi criada, mas por ele adquiriu seus traços mais conhecidos.

¹¹ Locke mesmo profere em seu livro “(...) podendo-se chamar “federativa”, se assim quiserem. Se entenderem a questão, fico indiferente ao nome”.

Ocorre que quando há a remissão ao “*Espírito das Leis*”, muitas vezes a definição desta separação é feita de maneira discrepante da que de fato o autor pretendeu. A variante mais conhecida da teoria é aquela segundo a qual o poder político do Estado seria dividido em Legislativo, Executivo e Judiciário¹², com forças equivalentes e independência absoluta, apesar de, na realidade, ele não sustentar em sua obra esta impermeabilidade total entre as funções.

O autor trata do objeto deste estudo no livro *Décimo Primeiro*, capítulo VI, quando, após viagem realizada para Inglaterra, analisa a estrutura institucional Inglesa, com todas suas implicações, inclusive na separação dos poderes:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e anula ou corrige aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último de poder de julgar e ao outro simplesmente de executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 2005, p. 168)

A justificativa trazida pelo autor para tal divisão é pautada na liberdade:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. **Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes...** (MONTESQUIEU, 2005, p. 168, grifo do nosso)

É importante ressaltar ainda, a função do judiciário neste modelo. Aqui o juiz é “a boca que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 2005, p. 175), indo mais longe “são seres inanimados” (MONTESQUIEU, 2005, p. 175), em suma, ao juiz cabe apenas dizer a lei no caso concreto, sem qualquer margem de interpretação ou criação, tamanho o rigor na definição de sua função.

¹² Na acepção mais conhecida um poder cria as leis, outro executa e o terceiro julga (fala a lei em casos de conflito).

Diante do transcrito temos o desenho estrutural e fundamental da separação de poderes esboçada por Montesquieu, a parte de sua obra mais conhecida. Deve ser ressaltado que em momento algum de sua obra o autor pleiteia a separação de poderes absoluta, na realidade, “cogita uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em equilíbrio” (GRAU, 2005, p. 230). Esta assertiva é provada em diversas passagens do documento, caindo por terra a máxima de absoluta independência entre os poderes:

Se o poder executivo não tiver poder de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes (MONTESQUIEU, 2005, p. 173).

Ao Poder Legislativo não caberia limitar o Poder Executivo, pois a atividade executora é limitada por natureza, devendo se restringir ao atribuído pelo legislador. Em suas palavras, o Legislativo não deve frear o Executivo, porém, tem o dever de fiscalizar a maneira pela qual as leis estão sendo executadas. Ao legislativo também não caber julgar, para evitar o surgimento da tirania e a queda da liberdade. Porém, haveria três exceções a esta regra, o que corrobora com a tese da interdependência entre os poderes do Estado. Estas exceções estariam fundadas no interesse particular daquele indivíduo que está sendo julgado:

1-) Como os nobres estariam sempre expostos a inveja, não poderiam ser julgados pelo povo, sob pena de serem sancionados injustamente. Por este motivo deveriam ser julgados pelos seus pares, mais precisamente a parte do corpo legislativo que era formada de nobres;

2-) Em alguns momentos a lei poderia ser extremamente rigorosa, gerando, no limite, sanções injustas. Como o juiz se revelava boca da lei, a ele não era permitido um abrandamento da legislação. A autoridade do corpo legislativo deveria moderar a lei em favor da própria lei, proferindo sentença menos rigorosa daquela que haveria de ser aplicada;

3-) Casos em que o magistrado não soubesse ou não pudesse julgar, caberia ao legislativo a função.

Via de regra, caberia ao Poder Legislativo a faculdade de *estatuir*, ou seja, o direito de ordenar ou corrigir o que foi ordenado por outrem, além da faculdade de julgar em casos extremos, trazidos acima. Ao Executivo ficaria a capacidade de *impedir*, ou seja, o direito de anular uma resolução tomada por outro Poder, em outras palavras, direito de veto. Ao Judiciário, apenas a capacidade de falar o que está escrito, sendo, nas palavras do próprio Montesquieu, um poder praticamente nulo.

O autor ainda classifica temporalmente a atividade legislativa e executiva. Para ele, o Poder Executivo deveria estar nas mãos de um monarca, já que este poder quase sempre precisa se valer de ações instantâneas, ações estas melhor administradas por um do que por vários, ao passo que, as competências do Poder Legislativo são, em regra, melhor ordenadas por muitos do que por um só (não são ações instantâneas).

Ora, temos então, finalizando a exposição sobre o Montesquieu, constatações importantes. Primeiramente, a atividade do Legislativo se aplica, principalmente, à atividade não-momentânea, por exemplo, às políticas a longo prazo. Uma primeira idéia é a de que a capacidade normativa de conjuntura, de caráter momentâneo, muitas vezes utilizada pelo executivo, não é incompatível com a teoria de Montesquieu. Em segundo lugar o autor nunca desejou uma separação estanque, porém já previa a necessidade de interação entre os poderes estatais.

2.3 O Federalista: a tirania da maioria

Para finalizar qualquer quadro clássico sobre separação dos poderes é indispensável passar pelo livro *O Federalista*. Na iminência da promulgação da Constituição Americana, três autores publicaram ensaios na imprensa Nova-iorquina, pelos quais almejavam contribuir para a elaboração da mesma. Os autores eram Alexander Hamilton (1755 – 1804), James Madison (1751 – 1836) e John Jay (1745 – 1829).

É possível dizer que a obra é um aperfeiçoamento do que foi trazido por Montesquieu, que por sua vez inovou a obra de Locke, impondo a tripartição como fulcro da separação entre os poderes. Os Federalistas e Montesquieu partem da mesma premissa, diferindo na operacionalização dos respectivos poderes, haja vista estarem em locais e momentos históricos distintos. Para tal, trabalham com a tripartição entre os poderes, na figura do Legislativo, Executivo e Judiciário. Grosso modo, o que prevalece até hoje é esta concepção.

A premissa inicial, da qual os autores citados compartilham, é aquela segundo a qual sendo o homem o que é e tendo sua natureza como guia, ele tende a abusar de qualquer tipo de poder que lhe seja atribuído, sendo necessário dividir poder, objetivando o controle de um pelo outro¹³:

[...] mas, afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos,

¹³ Para chegar a esta conclusão os Federalistas se valem de passagens do próprio Montesquieu (v. g. artigo nº 47).

dispensar-se-iam os controles internos e externos. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 322)

A acumulação de todos os poderes – [...] - nas mesmas mãos [...] pode com justiça ser considerada caracterizando a tirania. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 302)

Não se nega que o poder é, por natureza, usurpador, e que precisa ser eficazmente contido, a fim de que não ultrapasse os limites que lhe forem fixados. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 307)

[...] onde todo o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que enfeixam todo o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma Constituição livre estarão subvertidos. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 302)

Ao mesmo tempo, os autores mantêm a afirmação de Montesquieu, segundo a qual a tripartição não pode, e nem deve, ser absoluta. Todos os ramos devem ser dotados de poder tal, que possam resistir às ameaças uns dos outros, garantindo assim a primazia da Constituição em detrimento de interesses de grupos ou classes específicas. Em síntese, é necessário haver a separação dos poderes em diversos ramos e eles devem se comunicar, evitando a sobreposição de uns sobre os outros.

Neste ponto, as semelhanças com a *O Espírito das Leis* esgotam-se. Segundo os autores, considerando a existência de uma república¹⁴ nos Estados Unidos, há a tendência natural de prevalência do Poder Legislativo sobre os demais, explicando a necessidade de certa conjugação entre os poderes, para que este não tenha prioridade sobre os demais. Há claramente nos textos federalistas um medo de se instalar a ditadura da maioria, segundo a qual, o legislativo teria excesso de poder, fazendo valer apenas o que lhe interessasse, enxotando os direitos de quem estiver em menor número representado nas respectivas casas legislativas.

O Legislativo está, por toda a parte, estendendo a esfera de suas atividades e abarcando todo o poder com seus ambiciosos tentáculos. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 307)

Parece que nunca perceberam o perigo de usurpações legislativas, as quais, por concentrarem todo o poder nas mesmas mãos, podem dar margem à mesma tirania como no caso das usurpações do Executivo. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 308)

Em uma democracia – em que o conjunto do povo exerce pessoalmente as funções legislativas e está constantemente exposto, por sua incapacidade para deliberar regularmente e aplicar medidas, às intrigas ambiciosas de seus magistrados executivos – é de temer-se que a tirania surja em uma

¹⁴ Uma definição simplificada da república: forma de governo onde nenhuma família ou indivíduo é o guardião das tradições da sociedade, esta função pertence ao Estado, que é uma organização pública (conceito contraposto ao de monarquia).

emergência favorável no mesmo quadrante (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 308)

Os autores eram pertencentes a uma classe diferenciada, possuidora de bens e minoritária diante de uma massa com poucas aquisições, o povo. Ao se adotar um poder legislativo formado por representantes do povo em sua maioria (existem em maior número), haveria sérios riscos de seus interesses serem massacrados diante desta massa republicana. “É de maior importância em uma república não apenas defender a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas também evitar que uma parte dela exerça pressão sobre a outra” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 323). Por este motivo, era necessário dividir o poder, assim como, era imperioso o estabelecimento de controles mútuos entre eles, para impedir que um grupo ascendente ao poder, não mitigasse interesses de uma classe até então dominante. Consideravam o fato de uma assembléia popular muitas vezes se confundir com o próprio povo, revelando sintomas de “impaciência e irritação ao menor sinal de oposição” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 437), tornando praticamente impossível o equilíbrio previsto na Constituição. Surgia também um desafio teórico, o qual, nas palavras de Limongi (2004, p. 247), era o de “desmentir dogmas arraigados de uma longa tradição”, demonstrando “que o espírito comercial da época não impedia a constituição de governos populares” (LIMONGI, 2004, p.247). Estes mecanismos, de interação e controle mútuo, ficaram muito conhecidos como sistema de freios e contrapesos.

Além das soluções federalistas para este controle - a existência de duas câmaras legislativas por exemplo, para impedir um avanço desordenado do legislativo - outros pontos relevantes foram desenvolvidos pelos autores. O veto é um clássico exemplo que, além de proteger o Executivo, serviria, segundo os Federalistas, como medida de segurança contra eventuais leis inconvenientes ao povo, fruto de decisões precipitadas, viciadas ou simplesmente maléficas:

Como a importância da autoridade legislativa conduz a tal repartição, a fraqueza do Executivo, por sua vez, pode exigir que ele seja reforçado. Um direito de veto absoluto sobre o Legislativo parece, à primeira vista, ser o instrumento natural com que o Executivo deva ser armado [...] (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 323)

Quando se analisa comparativamente o enfoque dado à separação dos poderes pelos Federalistas com autores até aqui analisados, um dos pontos mais relevantes é o grau de importância ganho pelo Poder Judiciário. Aqui, o juiz deixa de ter um papel coadjuvante, passando a ser imprescindível ao pleno equilíbrio dos poderes. É dever deste poder declarar nulo todo ato contrário à Constituição, proveniente do poder Legislativo. Os críticos partem

do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário em relação ao Legislativo. Argumentam que a autoridade detentora da capacidade de declarar nulos os atos de outra, deve, fundamentalmente, ser hierarquicamente superior à esta:

Todavia esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 472)

A Constituição deve ser o parâmetro de interpretação das leis e, havendo contradição, o texto maior prevalecerá, independente de disposição expressa na Carta Maior para isso¹⁵. Ainda sobre a hermenêutica, um órgão responsável por criar leis defeituosas (inconstitucionais), não pode interpretá-las, pois dificilmente ajustaria ou mudaria o diploma viciado, uma vez que “o mesmo espírito que predominou em sua elaboração, estaria presente em sua interpretação” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 488). Desta forma, a pessoa que infringiu a Constituição ao fazer a lei, dificilmente repararia o erro ao aplicá-la.

Outro aspecto relevante é o papel da política no Judiciário. Hamilton¹⁶ é claro ao afirmar que ao juiz cabe esclarecer o sentido do dispositivo legal, sem tentar substituir o julgamento por vontade própria, pois se assim o fosse, valeriam seus desejos sobre os dos legisladores, não tendo a menor razão para serem poderes distintos, já que, no extremo, realizariam a mesma função. Outrossim, a probabilidade de invasão do Judiciário na autoridade do Legislativo “não passa de uma fantasia” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 489). Esta invasão poderia ocorrer, eventualmente, quando houvessem interpretações errôneas ou violação da interpretação do legislador por parte do juiz, o que nem por isso afetaria a ordem do sistema político. Fica claro, que para os Federalistas, a esfera política estava bem delineada, não se manifestando no Poder Judiciário¹⁷.

2.4 Aspectos gerais

As teorias trazidas nos tópicos anteriores foram fundamentais para formatação de dois Estados distintos, o americano e o francês. O fato de terem surgido de um pensamento liberal dominante à época não deixa dúvidas, porém semearam concepções de Estado e de

¹⁵ Cf. Hamilton; Jay; Madison, 2003, p. 488

¹⁶ Cf. *O federalista* nº 78

¹⁷ Parece que a intenção original dos Federalistas era de separar o judiciário da política. Acontece que ao permitir o controle de atos legislativos conforme a Constituição Federal, estavam permitindo que de certa maneira, a política se apoderasse de fatia do processo decisório no judiciário.

Constituição completamente dispare, principalmente no que concerne ao papel do Poder Judiciário. Estes dois padrões do que chamamos de Judiciário moderno, influenciam toda a estruturação de Estados democráticos – liberais contemporâneos:

[...] experiência francesa, mais republicana do que liberal, modernizou a função de justiça comum do Judiciário mas não lhe conferiu poder político; a americana, mais liberal do que republicana, não só atribuiu à magistratura a importante função de prestação de justiça nos conflitos entre particulares, como elevou o judiciário à condição de poder político (ARANTES, 2004, p. 80).

Como fundamento francês, temos Montesquieu, que difundiu a fórmula clássica de separação de poderes, para limitar o poder Estatal e defender, sobretudo, a liberdade de cada indivíduo. Na França a teoria foi utilizada principalmente para combater a monarquia absolutista até então dominante, justificando o fortalecimento do Legislativo em detrimento do Poder Executivo, dominante e prevalente. Nos Estados Unidos a idéia era mostrar que governos populares não estavam imunes ao arbítrio, havia um claro medo do povo, medo este personificado na hipótese de um Legislativo com excesso de poder. Por este motivo, os americanos não elevaram o Poder Legislativo a um patamar inatingível, deixando-o sujeito a controles¹⁸.

As diferentes acepções sobre a separação de poder elevaram o Judiciário à status muito distintos nos dois países. Na França, a supremacia do Legislativo e a má idéia formada sobre a magistratura do antigo regime, não fizeram com que o Judiciário fosse valorizado como um poder do Estado. Nos EUA, a preocupação com a perda da propriedade ou de parte dela diante de uma avidez legislativa, levou o Judiciário a condição de poder participativo, podendo até ser chamado de poder político, vez que ele pôde se colocar em defesa do cidadão contra o Estado, se assim a Constituição previsse, mesmo contrariando os atos do Poder Legislativo¹⁹.

2.5 Existe então uma única e principal separação de poderes?

Diante do exposto, é claro e evidente que este conceito está longe de ser unânime. Da literatura clássica sobre o tema, dois alicerces básicos podem ser tirados. Em primeiro

¹⁸ Segundo Rogério B. Arantes, tal medo surgiu de experiências reais, fruto do caos econômico e social em que viviam os estados americanos independentes, após 1776. O ponto máximo aconteceu quando Legislativos locais passaram a decretar perdão de dívidas de agricultores falidos, anulando decisões judiciais favoráveis aos credores.

¹⁹ Nos parece que em cada concepção de estado houve a prevalência, até por motivos históricos, de um ou outro princípio. Nos EUA, a liberdade do indivíduo falou mais alto, enquanto na França a igualdade foi a pedra de toque, que fundamentou toda a estruturação do Estado.

lugar, a separação de poderes existe para enfrentar um modelo absoluto, de poderes concentrados, seja no que diz respeito à monarquia absolutista na França ou a "ditadura da maioria" nos Estados Unidos da América. Em segundo lugar, a separação não deve ser absoluta, porém deve haver freios recíprocos entre os poderes. A dúvida que provém é: qual o grau de intervenção e/ou participação de um poder sobre o outro? Esta é uma questão de suma importância, que o constitucionalista português Canotilho (1997, p. 502) trata com maestria:

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 e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirmar-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções 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 quer se traduzir a proibição do 'monismo do 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. Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função .

Em sua essência, o princípio da separação dos poderes é bem definido, objetiva impedir a concentração de poder. Ocorre que, no desenho da separação é extremamente difícil mensurar o grau de independência dos poderes. Não há um modelo "absoluto e acabado de separação de poderes que deva ser dogmaticamente aceito por todos os países" (BARCELOS, 2000, p. 195). A dificuldade de se estabelecer critérios rígidos de interação entre os poderes é decorrente da própria complexidade dos diferentes Estados no mundo. As demandas em cada país levam a um desenho institucional diferenciado, o que formata o princípio da separação dos poderes de maneira peculiar a cada nação. Não existe uma separação de poderes, existe a separação de poderes de cada país e, especificamente, nos importa a separação de poderes no Brasil. Por este motivo, o próximo capítulo será dedicado a desenhar este princípio de acordo com as peculiaridades políticas e institucionais brasileiras.

3. QUADRO INSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL

Para desenharmos este capítulo partimos da premissa de que o Poder Judiciário possui papel central no modelo institucional vigente no país. Apesar do Executivo ter preservado poderes políticos fortes como herança da ditadura militar no período 1964 – 1985 e do legislativo ter saído fortalecido do processo de redemocratização, é o Judiciário quem, institucionalmente, ganhou maior destaque no cenário político. Esta premissa será demonstrada ao longo da exposição, pois só é aferível, quando se visualiza o modelo da separação de poderes no Brasil de maneira mais ampla. Para isso será necessário passar pelo quadro da relação Executivo/Legislativo, chegando finalmente ao molde constitucional e organizacional que atribui tal *status* ao Poder Judiciário.

3.1. Mudanças constitucionais ou continuísmo centralizador?

Quando se olha para o marco constitucional de 1988, relacionado ao enfoque dado neste trabalho, duas constatações são logo vislumbradas. Primeiramente, muita bagagem do período militar foi mantida, principalmente no que concerne à forte concentração de poderes nas mãos do Executivo, mantendo este visivelmente fortalecido. Esta hipertrofia executiva está em muito ligada aos poderes legislativos atribuídos ao Presidente da República, conciliado ao amplo poder de agenda²⁰ conferido ao mesmo. Em segundo lugar, muitos ganhos foram alcançados, fruto da própria luta pela redemocratização brasileira, o que se extrai, principalmente, da análise do poder Legislativo, que passa de mero espectador à condição de poder extremamente fortalecido, recuperando poderes que foram despoticamente anulados em prol de um regime militar e ditatorial. Estas duas afirmações, por si, não evidenciam nada se não forem demonstradas, porém, em um quadro no qual os dois poderes originalmente políticos são em alto grau fortalecidos, já é possível pressupor a necessidade de um terceiro poder igualmente forte para que haja o necessário equilíbrio entre as forças do Estado.

3.1.1 O fortalecimento do Legislativo

No novo contexto institucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional restabeleceu seus poderes políticos. Em primeiro lugar passou a ter um forte papel no controle das finanças públicas, manejadas pelo Executivo, e forte participação

²⁰ Quando falamos de poder de agenda estamos nos referindo ao poder de decidir quando e quais políticas públicas serão efetuadas.

no processo orçamentário. Neste sentido, os principais resultados são o fortalecimento do Tribunal de Contas da União, órgão vinculado ao Legislativo e responsável pela fiscalização dos gastos públicos; aumento na capacidade de emendas ao orçamento e maior sujeição do Executivo ao Legislativo no que concerne ao processo orçamentário. Além disto, a diminuição da necessidade de votos para se derrubar o veto presidencial, o que só ocorrerá pela maioria absoluta²¹ e não mais pela maioria qualificada de 2/3 (dois terços). Ainda, a Constituição conferiu prerrogativas exclusivas de proposição de leis, ou seja, matérias que apenas o Poder Legislativo pode apresentar projetos e iniciar o processo de feitura da legislação, sem qualquer participação do Executivo.

O padrão de funcionamento do Poder Legislativo que passou a vigorar, também contribuiu de maneira significativa para este fortalecimento. A maneira centralizada de decidir muitas matérias, permitindo que o líder “fale” pela sua bancada, permite aos grupos, organizados na forma de partidos, o trabalho de maneira coesa, impedindo que interesses individuais e questões regionais, muitas vezes, impeçam um maior aproveitamento por parte dos legisladores, os quais, se tiverem seus esforços dispersos, por terem interesses divergentes, verão suas forças se tornarem diminutas²².

Outra maneira de fiscalização ao alcance do Legislativo são as Comissões Parlamentares de Inquérito, doravante CPIs, que mesmo estando muito condicionadas a fatores externos, como pressão da opinião pública²³, ainda são um mecanismo eficiente de controle por parte do Congresso. A Constituição conferiu a estas comissões poderes de investigação, com o encaminhamento dos respectivos relatórios ao Ministério Público para promoção da responsabilização dos infratores²⁴. É evidente que CPIs são permeadas de interesses outros, não para fins apenas de fiscalização propriamente dita, como interesses de líderes partidários, interesses partidários, manobras estratégicas, dentre outros fatores políticos e institucionais, porém, não podemos negar seu caráter de fortalecimento do Poder Legislativo, que passa a ter mais um mecanismo de ação no jogo político entre os poderes.

3.1.2 O fortalecimento do Executivo e o poder de agenda

Enquanto o Legislativo recuperou prerrogativas perdidas durante a ditadura militar, o Executivo se manteve forte, principalmente no que concerne às suas prerrogativas

²¹ Costuma-se definir maioria absoluta como a metade mais um, dos membros de um conselho, corte, instituição ou algo assemelhado. Vemos como definição mais acertada a seguinte: número inteiro superior a metade dos membros de um de um conselho, corte, instituição ou algo assemelhado.

²² Os regimentos internos das casas legislativas brasileiras permitem que o líder de determinado partido tome algumas decisões em nome de sua bancada.

²³ Cf. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. *Instituições e Política no Controle do Executivo*

²⁴ Art. 58 da CF.

legislativas e o conseqüente poder de agenda. “Há portanto, uma continuidade legal – pouco notada, diga-se de passagem – entre o período autoritário e o atual” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 41), pois os poderes de legislar obtidos pelo Executivo ao longo do regime de exceção, não foram suprimidos.

É claro que esta manutenção gerou efeitos na produção legal sob a égide da Carta de 1988, tanto na iniciativa das leis como na escolha do momento de sua apreciação. Dados trazidos por Figueiredo e Limongi demonstram que esta prerrogativa fez com que o Executivo dominasse todo o processo legislativo do país. Vejamos, então, quais são as principais armas nas mãos do Poder Executivo.

3.1.2.1 As Medidas Provisórias, delegação ou abdicação²⁵?

O artigo 62 da Constituição Federal atribuiu²⁶ ao Presidente da República a capacidade de editar Medidas Provisórias – MPs, atos com força de lei, editados em caso de relevância e urgência, que vigoram por um tempo determinado até a apreciação, ou não, pelo Congresso Nacional, cabendo a este, em caso de rejeição, regulamentar as relações decorrentes da edição desta MP, no período em que vigorou, e emendar, caso deseje, na hipótese de aprovação. É claro e evidente que as MPs permitem uma maior intervenção do Legislativo no seu processo de aprovação, do que os defasados decretos-lei, porém, é claro que a tendência de fortalecimento do Executivo no Estado brasileiro foi mantida.

É importante frisar que o Supremo Tribunal Federal vem considerando estes requisitos, relevância e urgência, políticos e auferíveis apenas pelo Presidente da República. Porém, o Tribunal reserva a intervenção do judiciário a casos de extremos e evidentes abusos. Esta afirmação decorre de um levantamento realizado em outro trabalho (*Supremo Tribunal Federal, Medida Provisória, Delegação Legislativa: a análise de algumas decisões*, disponível em www.sbdp.org.br), efetuado pelo mesmo autor, no qual foram analisados acórdãos do STF sobre medidas provisórias. Neste levantamento não foi constatado nenhum caso em que o STF tenha barrado uma MP por abuso do poder de decidir, por parte do Presidente, o que seja relevante e urgente. Claro que uma decisão neste sentido pode existir, porém, na sua maioria, elas se limitam a reconhecer o poder de intervenção do judiciário, sem, todavia, intervir no problema concreto. Também cabe ressaltar que a primeira versão do artigo 62 da Constituição Federal foi interpretada pelo Supremo Tribunal

²⁵ Os termos são usados como tradutores de duas correntes interpretativas majoritárias no campo do direito. Delegar significa aqui, transferir por vontade própria os poderes de legislar. Abdicar significa perder, ou ver seu poder mitigado contra sua vontade.

²⁶ O artigo referido vem sofrendo reformas desde 1988, com uma clara tendência de imposição de limites ao poder do Presidente.

Federal de modo a permitir que caso o Congresso não apreciasse a medida, ela poderia ser reeditada com o mesmo conteúdo ilimitadamente.

Diversas correntes explicativas para o fenômeno das Medidas Provisórias perduram no sistema brasileiro. Uma destas correntes caminha no sentido da abdicação, defendendo que o uso constante de MPs por parte do Executivo constitui usurpação de poder do Legislativo, afirmando ainda, ser uma excessiva e inadequada subordinação deste àquele²⁷.

Uma segunda vertente reconhece a passividade do Legislativo brasileiro, mas não vê essa atitude como proposital por parte do Executivo, no sentido de debilitar o Congresso. Este seria um problema inerente ao poder Legislativo²⁸. A terceira matriz enuncia que a edição de MPs por parte do Presidente, não seria mais do que delegação Congressional²⁹, apesar de serem um poderoso instrumento na mão do Executivo, ao permitir que ele controle a agenda legislativa, quando se tratar de um governo de coalizão³⁰.

No que diz respeito a essa terceira corrente de interpretação, Figueiredo e Limongi (2001, p.14) colocam a seguinte pergunta quanto às MPs: “Por que teriam criado (os parlamentares) um quadro institucional tão prejudicial a si mesmos?” Em seguida colocam duas respostas possíveis: ou os parlamentares teriam “abdicado de seus poderes legislativos em favor do Executivo ou bem teriam delegado a este a iniciativa em determinadas áreas e questões” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 14). Os autores defendem que este Legislativo delega poderes ao Executivo, não estando aquele poder completamente sujeito às pretensões do Presidente da República e toda máquina que o auxilia.

A principal constatação de Figueiredo e Limongi é a de que as MPs foram utilizadas substancialmente como instrumento de implementação de políticas públicas, principalmente de políticas macroeconômicas (por exemplo, foram utilizadas largamente nos planos de estabilização econômica e para medidas de natureza administrativa e social)³¹. Qual o resultado destas políticas? Em muitos casos o saldo é positivo, resultando em altos ganhos, mas, para isso, é necessário que o ator político esteja disposto a arcar com os custos de

²⁷ Neste sentido, a título exemplificativo: Jorge Vianna MONTEIRO, *Economia e Política: Instituições de Estabilização Econômica no Brasil e Condicionamento Institucionais das Medidas Provisórias*; Fabiano SANTOS, *Patronagem e Poder de Agenda na Política Brasileira*.

²⁸ Neste sentido, a título exemplificativo: Timothy J. POWER, *The Pen Is Mightier than the Congress: Presidential Decree Power in Brazil*

²⁹ Neste ponto, lembro que um governo para efetuar sua agenda política através da Delegação, necessita de coalizão, para que o Congresso não se torne um entrave na concretização destas políticas, conforme será exposto mais a frente.

³⁰ Neste sentido, a título exemplificativo: Argelina C. FIGUEIREDO e Fernando LIMONGI, *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*; Cláudio Gonçalves COUTO, *O Averso do Averso - conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira*, *São Paulo em Perspectiva*, 15 (4), Octavio Amorim NETO e Paulo TAFNER, *Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias*, *Revista Dados*, 45 (1).

³¹ Neste ponto, para fins de comprovar estas assertivas, recomendamos a leitura da obra dos autores.

implementação de determinadas medidas, no presente. Os referidos autores defendem que estas medidas “acarretam, portanto, perdas certas no momento em que são implementadas, sem garantir ganhos no futuro” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 155). É neste ponto que encontramos o motivo pelo qual o Legislativo quer que determinadas medidas sejam tomadas pelo Executivo, acabando por delegar determinadas funções ao Presidente, principalmente na área de políticas públicas. O interesse seria justamente o de não ter que aparecer como o eventual responsável por medidas possivelmente impopulares perante a população³² e, caso essas medidas não fossem bem recebidas pela opinião pública, os parlamentares não poderiam ser responsabilizados individualmente³³. Neste sentido, o Legislativo não representa um grande obstáculo ao Executivo, pois não tem interesse de arcar com o ônus de determinadas políticas.

Ao mesmo tempo, Couto (2001) diferencia o ato de **edição** de uma MP (esse sim pode ser executado com ou sem a anuência do Congresso, ou seja, independe neste caso saber se houve efetivamente uma delegação) dos atos de **reedição** de MP. Estes últimos podem ou não ser aceitos pelo Congresso. Destarte, não há usurpação por parte do Presidente, o Congresso não abdica de seus poderes, pois, caso não queira atribuir tais poderes ao Executivo, basta que o Legislativo aprecie as MPs editadas originalmente, tendo então a delegação.

Couto articula (2001, p. 40):

Havendo delegação, não há usurpação das prerrogativas parlamentares pelo Executivo. Trata-se de uma escolha feita por aqueles que detêm o controle do Congresso – as maiorias e as mesas diretoras, situacionistas (...). A mesma coalizão parlamentar que permitiu ao governo mudar a Constituição optou por delegar-lhe poder legislativo mediante a reedição de MPs.

Tafner e Amorim Neto (AMORIM NETO; TAFNER, 2002, p. 18) buscam duas condições para definir se determinado ato é fruto de um processo de delegação (as duas condições são de incentivo e de conhecimento):

A primeira delas é satisfeita se o agente tem algum incentivo para fazer uma proposta que é melhor – para o mandante – do que o status quo. A segunda é satisfeita se e somente se um mandante pode corretamente

³² Neste ponto é necessária uma alusão ao mecanismo de alarme de incêndio. Depois de publicada uma MP, os parlamentares só agiriam em caso de quebra de algum interesse seus ou de acionamento do alarme de incêndio. Ou seja, ele não assume o ônus em um primeiro momento e caso a medida venha a dar errado, ainda podem sair como salvadores, ao emendá-la ou rejeitá-la, de acordo com os interesses dominantes.

³³ O maior exemplo disso é o Ex-Presidente Fernando Collor, que inseriu todas as medidas de estabilização extremamente impopulares através de MPs. Hoje, o maior culpado, quando olhamos para trás, é ele e não os congressistas que de uma forma ou de outra, permitiram que estas medidas fossem tomadas.

inferir se a proposta de ação que um agente lhe faz é melhor para ele do que o *status quo* [...] Se as duas condições são satisfeitas, então a delegação é bem-sucedida; se apenas uma é satisfeita, prevalece o *status quo*, resultado neutro do ponto de vista do mandante. Por último se as duas condições não são satisfeitas, a delegação vira abdicação.

É indispensável trazer estas duas condições para o âmbito das MPs. Em primeiro lugar: o Executivo tem algum incentivo para editar uma MP que seja melhor para o Legislativo do que o *status quo*? Tafner e Amorim Neto, para responder essa indagação, baseiam-se em Figueiredo e Limongi, ao afirmar que o executivo têm incentivos para editar MPs que acolham os interesses do Congresso, na medida em que se crie um mecanismo político – coalizão multipartidária - que admita ajustes nas MPs, de acordo com a maioria congressual³⁴. “[...] caso não haja um governo de coalizão, é praticamente inevitável que o uso de MPs gere sérios conflitos entre o Executivo e o Legislativo” (AMORIM NETO; TAFNER, 2002, p. 20) e este acabe por deixar de delegar. Neste sentido, o incentivo do Presidente é justamente a coalizão, ou seja, ele precisa editar MPs de acordo com a maioria parlamentar para que possa manter uma coalizão forte e bem definida, além de fazer os ajustes necessários quando algum interesse da coalizão, ou de parte dela, estiver sendo afetado.

Em segundo lugar, é possível o Legislativo aferir se uma MP é melhor do que o *status quo*? O Congresso usa o espaço entre publicação e possível rejeição de uma MP para averiguar na prática os efeitos causados por este ato de governo³⁵. É neste momento que os “alarmes de incêndio” podem ser acionados e, caso o sejam, o Congresso pode emendar ou rejeitar determinada MP. Todavia, o que seriam estes alarmes de incêndio? “Trata-se de um mecanismo de monitoramento eficiente e de baixo custo, convenientemente à disposição de um Congresso notoriamente despreparado, do ponto de vista técnico, para avaliar o impacto de decisões governamentais” (AMORIM NETO; TAFNER, 2002, p. 21). Diante de uma flagrante “baixa capacidade informacional e técnica dos congressistas, por conta principalmente da alta taxa de renovação dos mandatos parlamentares a cada eleição” (AMORIM NETO; TAFNER, 2002, p. 20), uma das poucas maneiras de o Legislativo aferir se uma MP é melhor que o *status quo*, são os alarmes de incêndio. Assim, neste lapso temporal entre publicação e a possível rejeição, o Congresso consegue visualizar na prática, se esta MP afeta seus interesses ou de grupos ligados a ele, conseguindo saber quanto “barulho” pode fazer uma MP. Destarte, os parlamentares, aqueles que delegam, têm como

³⁴ Cf. Amorim Neto; Tafner, 2002, p. 20

³⁵ Aqui não cabe uma discussão sobre se uma MP é ou não ato de governo, tomamos este conceito baseado em tese para obtenção do título de Doutor em Direito do Professor Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio, denominada *A Medida Provisória como Ato de Governo*.

averiguar se uma MP é melhor que o *status quo*³⁶, podendo fazer valer sua vontade³⁷. Nesta linha, a alta taxa de reedições de MPs por parte do Executivo, pode ser entendida não como passividade do Legislativo, mas como uma maneira dele averiguar quais efeitos essas medidas vão causar na prática, já que, conforme dito, os parlamentares tem baixa capacidade informacional e técnica para averiguar *a priori* os efeitos de tal medida. Assim, o Congresso acaba maximizando seu escasso tempo, de modo a cuidar de outras atividades (CPIs, agenda reformista, campanhas políticas, etc.).

3.1.2.2 Outros aspectos que contribuíram para fortalecimento do Executivo

Além das afamadas MPs, algumas outras prerrogativas, talvez com um grau de importância um pouco menor, foram instituídas. Foi mantida ao Presidente a capacidade de solicitar urgência na apreciação de determinados projetos de lei, ou seja, por vontade unilateral do Chefe do Executivo, algumas leis podem tramitar em regime extraordinário quando os projetos forem de sua autoria, estabelecendo-se um prazo de 45 dias para a avaliação dos mesmos e, em caso de inércia do Legislativo, serão incluídos na ordem do dia, para a realização da votação (Art. 64, §2º).

Outro aspecto relevante é o da iniciativa de leis cujo objeto sejam matérias tributárias, que pertence exclusivamente ao Poder Executivo. Segundo Figueiredo e Limongi (2001, p. 45):

O ponto é relevante porque, como se trata de matéria que deve obedecer às exigências do calendário, o momento de introdução da matéria pode ser usado estrategicamente para diminuir a margem de manobra deixada ao Legislativo.

³⁶ Um grande exemplo é o pacote 51, conjunto de 51 medidas que visavam responder à crise asiática e seus reflexos no Brasil em 1997. Oito destas medidas foram introduzidas por MPs, uma delas aumentando a alíquota de imposto de renda da classe média. Vários setores da classe média acionaram os “alarmes de incêndio”, manifestando-se desfavoravelmente quanto à esta proposta. O resultado disso? O Congresso passou a exigir revisão do pacote e conseguiram, após negociação, uma redução no aumento da alíquota. Um exemplo mais recente, também em relação a majoração de impostos, foi a famigerada MP 232, que aumenta a base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de 32% para 40% para os prestadores de serviço tributados pelo lucro presumido, revogada pelo próprio governo, ao perceber que o Congresso, após receber forte pressão da classe média, não aprovaria tal MP (gerando forte custo político para o Executivo).

³⁷ É bom lembrar que o Legislativo, caso rejeite uma MP, pode, através de decreto legislativo, regular as relações que ocorreram durante a vigência da MP.

É importante salientar que as leis de diretrizes orçamentárias estabelecem que o Executivo está autorizado a gastar 1/12 ao mês do orçamento enviado, caso este não seja aprovado no prazo, não gerando conseqüências tão graves a não aprovação deste.

3.1.2.3 A conseqüência: o poder de agenda³⁸ nas mãos do Presidente

Conforme já salientado, Figueiredo e Limongi³⁹ demonstram que o Legislativo não vem tendo um papel preponderante no quadro institucional brasileiro. Pelo contrário, o Executivo se mantém inabalável, “diante de um Congresso que se dispõe a cooperar e vota de maneira disciplinada” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 20). Esta disciplina decorre de um Legislativo brasileiro altamente centralizado, amarrado às preferências dos partidos, transpostas na figura do líder de bancada.

A dúvida que perdura é: por que o Executivo domina o processo legislativo, que *a priori* deveria ser dominado pelo poder Legislativo? Isso ocorre claramente porque o Executivo domina a agenda, decidindo quais as políticas públicas que deverão ser avaliadas pelo Congresso e quando elas o serão. Além disto, possui alta capacidade de induzir os parlamentares no momento em que estes deliberam. O grande poder de agenda gera a minoração dos efeitos da separação dos poderes, pois o Executivo pode atuar diretamente nos trabalhos legislativos, sem grandes percalços.

Aqui estabelecemos uma via de mão dupla, de duas premissas que se intercalam: ao mesmo tempo em que o Executivo domina o processo legislativo porque tem o poder de agenda, ele tem o poder de agenda porque domina o processo legislativo. Estas duas afirmações dependem uma da outra. Ora, os mecanismos trazidos no tópico anterior, responsáveis por fortalecer o Executivo, levaram este a possuir o poder de decidir o momento de aferição de suas propostas. Além das prerrogativas legislativas conferidas ao

³⁸ COUTO defende que no Brasil existem duas agendas básicas. Uma seria a agenda majoritária, esta aqui tratada, a qual o Presidente controla, fazendo prevalecer sua vontade na maioria das vezes. A outra agenda seria uma agenda ultraconsociativa, decorrente das emendas constitucionais. O autor defende que pela importância e maior dificuldade em se aprovar, as emendas necessitam de maiores diálogos entre parlamentares e com o Executivo. Para COUTO a importância das MPs não se resume apenas em “*conferir maior eficácia decisória à implementação da agenda de governo*” (Cláudio Gonçalves COUTO, *O Avesso do Avesso - conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira*, pág. 40), mas também por estender este ganho à agenda consociativa constitucional, que pode ser negociada com maior tranqüilidade entre os poderes Legislativo e Executivo. Caso estas medidas impostas por MPs tivessem que ser sempre apreciadas pelo Congresso, tornaria mais vasta a pauta desta casa, tornando mais lenta a condução de mudanças constitucionais. É importante ressaltar que o texto de COUTO se refere ao governo Fernando Henrique Cardoso, no qual a maior parte de seu governo passou sem a existência da emenda 32 (que alterou o regime das MPs). Em uma análise mais atual, pós-emenda 32, por impressão do autor, é possível notar como a pauta do Congresso vem sendo trancada pelas sucessivas medidas provisórias editadas por Lula. Isso, talvez, seja uma agravante para a aprovação de emendas, uma vez que o Congresso deverá sempre apreciar as MPs, restando menos tempo para outras atividades.

³⁹ Para os números que demonstram nossa afirmação, remetemos ao livro dos autores.

Presidente⁴⁰, a formatação decisória nas casas legislativas, que confere aos líderes partidários capacidade de centralizar uma série de decisões, facilita a manutenção de uma coalizão partidária que permita a governabilidade⁴¹ ao Chefe do Governo brasileiro, ou seja, garante a sustentabilidade a este, pois dificulta a ocorrência de levantes dentro do próprio partido e permite que o Executivo fique em uma posição estrategicamente melhor no momento de negociar com partidos. Manter esta agenda tem um custo, o custo de manter uma coalizão⁴², já que uma depende da outra. Porém essa agenda, mesmo sendo custosa, tem um efeito significativo quando focamos o desempenho da coalizão de apoio, pois protege esta “contra o comportamento oportunista e imediatista de seus próprios membros” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 38). Interessa muito mais a um parlamentar, muitas vezes votar, contra seus interesses individuais e a favor do grupo majoritário, do que votar de acordo com suas preferências, pois posteriormente pode se deleitar com as benesses decorrentes do fato de pertencer a uma coalizão partidária.

3.2 Traços parlamentaristas: o presidencialismo de coalizão brasileiro

Um sistema de governo é constituído pelas várias formas de relacionamento dos diferentes poderes políticos de acordo com as funções de cada um deles (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 1993, p.18).

Os sistemas de governo parlamentarista e presidencialista se diferenciam pelas diferentes funções exercidas pelos poderes Executivo e Legislativo, principalmente pelo grau de autonomia entre tais poderes e pela maneira que se dão as relações entre eles. Nos governos parlamentaristas as funções de chefe de governo e de Estado são separadas, exercidas por atores políticos diferentes. O que marca este sistema é a grande proximidade entre Legislativo e chefe de governo. A fonte de legitimidade do governo está no parlamento, que é responsável por constituir-lo (formação do gabinete) e destituí-lo sempre que as circunstâncias políticas exigirem (aqui o governo é organizado pelo Parlamento e chefiado, normalmente, por um parlamentar escolhido pela maioria). No presidencialismo, as funções de chefe de Estado e chefe de governo estão na mesma figura, eleita diretamente,

⁴⁰ Principalmente as Medidas Provisórias, que modificam a estrutura de prioridade/preferências dos legisladores, conforme já demonstrado.

⁴¹ Entendemos governabilidade como a capacidade de implementar políticas públicas por parte do Executivo.

⁴² Podemos resumir estes custos como nomeações para cargos no Executivo (geralmente pastas Ministeriais têm mais valor) e repasse de verbas, feitos pelo Presidente aos interessados em se juntarem a sua coalizão partidária, que lhe dará maioria (não sempre) nas casas legislativas.

em eleições periódicas, as quais acontecem independente da vontade do Legislativo (aqui o governo é formado autonomamente pelo presidente e chefiado por ele)⁴³.

O controle do poder de agenda por parte do Executivo tende a ser um traço típico do parlamentarismo, porém é um dado que não pode ser afastado do presidencialismo, como visualizamos na demonstração do tópico anterior. Essa constatação se faz importante, pois alguns autores colocam que a distinção entre os dois sistemas de governo se dá justamente pela ausência ou presença do poder de agenda por parte do Executivo⁴⁴. Pelo exposto é possível perceber que em sistemas presidencialistas, tal qual o brasileiro, o Presidente pode vir a controlar a agenda.

Segundo Cheibub, Przeworski e Saiegh⁴⁵ o fato repetido em uníssono acerca do presidencialismo e parlamentarismo, se resume a quatro pontos, todos refutáveis:

(1) Os dois são regimes diferentes, o parlamentarismo é um sistema de dependência mútua, enquanto que o presidencialismo é um sistema de independência mútua entre Legislativo e Executivo.

(2) As instituições criam incentivos para formar coalizões: no presidencialismo de maneira mais escassa que no parlamentarismo, pois neste, sem coalizão, não há governo, uma vez que novas eleições podem ser chamadas, enquanto naquele, o mandato é fixo, independente da coalizão.

(3) Coalizões se formam muito raramente no presidencialismo.

(4) Quando nenhuma coalizão é formada em um sistema presidencialista, a consequência é um impasse parlamentar de longa duração.

Desta exposição é possível dizer que, sendo o Brasil uma república presidencialista, nenhuma destas máximas são verdadeiras. Por que? Simplesmente porque o Brasil possui um desenho institucional que permite algumas peculiaridades.

Em uma sociedade altamente complexa, que conforma os mais variados interesses, governar com baixo número de parceiros, possuindo assim pouca divergência ideológica dentro de um grupo, pode representar constantes conflitos entre Executivo e Legislativo. Abranches (1988, p. 27) afirma que em contextos de “elevada divisão econômica, social e política” a principal característica é a “presença de forças centrífugas persistentes e vigorosas, que estimulam a fragmentação e a polarização”. É necessário, portanto, para a

⁴³ Cf. Figueiredo; Figueiredo, 1993.

⁴⁴ FIGUEIREDO e LIMONGI citam, a título exemplificativo TSEBELLIS, George. *Processo Decisório em Sistemas Políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 12 (34), 1997.

⁴⁵ CHEIBUB, José Antonio, PRZEWORSKI, Adam e SAIEGH, Sebastian. *Governos de Coalizão nas Democracias Presidencialistas e Parlamentaristas*.

resolução da maioria dos conflitos no âmbito político, a existência de consensos parciais e mínimos, que garantam maioria representativa no momento da apreciação de projetos de lei e que diminuam a rejeição parlamentar do governo, na figura do Presidente.

Para Abranches, a consequência deste quadro é a formação de coalizões, com base em três momentos. Em um primeiro momento, pela construção de uma aliança eleitoral, na época das eleições das eleições e da construção de “*diretivas programáticas mínimas*”. Em um segundo momento, a formação do governo propriamente dito. Com a chegada do Presidente de um partido ao poder, é praticamente certo que seu partido não lhe dará maioria na casas legislativas. Aqui a predominância é pela disputa de cargos em pastas ministeriais e outros órgãos e empresas governamentais de grande importância, além, é claro, da disputa de “compromissos relativos a um programa de governo, ainda bastante genérico” (ABRANCHES, 1988, p. 27). Um terceiro e último passo seria a transformação do que até então era um mero compromisso, em coalizão governante, momento em que se dá a formulação de uma agenda (que como já visto, é feita em sua grande parte pelo Executivo).

A união interpartidária que dá a base para o governo é também fundamental para que ele controle o ritmo de implementação de políticas públicas (agenda), pois se não obtivesse apoio, poderia viver em um quadro de constante queda de braço com o Poder Legislativo, tal qual o Governo Collor, com ganhos e perdas para os dois lados⁴⁶ (sem prevalência de ganhos por parte do Executivo e sua coalizão).

Esse é, naturalmente, um processo de negociação e conflito, no qual os partidos na coalizão se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória. Tal processo se faz por uma combinação de reflexão e cálculo, deliberação e improviso, ensaio e erro, da qual resulta a fisionomia do governo [...] Boa parte das manobras de cada partido destina-se não somente a influenciar os outros partidos, mas principalmente a persuadir suas próprias bases e, acima de tudo, suas facções parlamentares e seus militantes, dos benefícios da coalizão (ABRANCHES, 1988, p. 28).

Para o Executivo, manter uma coalizão tem um custo. Este custo pode ser tanto direto, quando confere cargos de confiança a membros de outros partidos, concede maior parcela no orçamento etc.; como indireto, pois é necessário que o Executivo escolha de maneira cuidadosa as políticas públicas a serem aplicadas, já que escolhas radicais podem implicar em um rompimento da coalizão, ou seja, ambas as partes, Presidente e bancada de

⁴⁶ Isto não significa dizer que em um governo Presidencialista haverá desastres todas as vezes que não houver coalizões. Apenas sugerimos que a governabilidade será dificultada, porém não impossibilitada.

apoio, estão dispostas a fazer concessões em suas linhas ideológicas e programáticas ideais, a fim de manter uma “coalizão coesa”. A consequência desse “gasto” pelo Governo é a manutenção da agenda em suas mãos e a possibilidade de guiar a escolha e o momento de ação de suas políticas.

Em que isto tudo se assemelha com as quatro premissas trazidas anteriormente? Em síntese, um presidencialismo de coalizão, nos moldes brasileiros, pode se aproximar da definição de parlamentarismo classicamente aceita. É evidente que os dois sistemas de governo se distinguem, principalmente no ponto de reversão⁴⁷, porém possuem alguns pontos de aproximação.

Analisando-se cada premissa individualmente, percebemos que o Presidencialismo nem sempre é um sistema de independência mútua, visto que nos Presidencialismos de Coalizão, há na verdade uma dependência mútua; os incentivos para formar uma coalizão no Presidencialismo não são tão escassos quanto parece, não podendo ser dado como diferenciação entre os dois regimes; as coalizões não se formam tão raramente no Presidencialismo⁴⁸ e nem sempre a consequência da não formação de uma coalizão é o impasse legislativo, pois, como visto, o Legislativo pode perder ou ganhar na queda de braço com o Executivo, além de a paralisia legislativa significar apenas que “não existe coalizão que prefira uma política alternativa ao *status quo*” (CHEIBUB; PRZEWORSKI; SAIEGH, 2002, p. 190).

3.3 Brasil, uma democracia consociativa

A partir da análise de Arend Lijphart sobre o funcionamento de trinta e seis democracias⁴⁹, chegou-se a dois modelos⁵⁰: o modelo majoritário e o modelo consensual. O primeiro padrão remete a aceção de que a vontade da maioria do povo deve prevalecer, enquanto o segundo, mesmo não se afastando do conceito de maioria, entende que esta deve ser qualificada, buscando “ampliar o tamanho das mesmas” (Lijphart, 2003, p. 18) por meio do consenso. A primeira vista, parece que ambas são muito parecidas, o que não é uma inverdade, haja vista o núcleo básico de ambos os modelos ser o mesmo. Fica mais

⁴⁷ Ponto de reversão seria a consequência básica da não formação de uma aliança forte. No parlamentarismo o ponto de reversão é uma eleição antecipada, em quanto no presidencialismo, é uma situação que o Presidente controla todas as pastas ministeriais, tendo as políticas estabelecidas no seu ponto ideal, uma vez que as eleições têm data fixa.

⁴⁸ O Brasil é um exemplo típico. Salvo o governo Collor, todos os outros, até o presente momento, vêm sendo governos de coalizão: Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso e Luiz Ignácio Lula da Silva.

⁴⁹ A definição de democracia que Arend Lijphart adota é a utilizada por Robert Dahl para o conceito de poliarquia, ou seja a possibilidade dos regimes serem inclusivos e existirem oposição.

⁵⁰ Cf. Lijphart, 2003.

claro quando o modelo majoritário é associado à suas características principais: é combativo, competitivo e exclusivo, enquanto o modelo consensual se caracteriza pela negociação, concessão e abrangência.

Em um primeiro momento, pode parecer um pouco difícil a diferenciação, haja vista que derivam do mesmo princípio, qual seja, o democrático. Para uma diferenciação mais abrangente, outras características mais específicas são cogentes. Grosso modo⁵¹, as democracias majoritárias apresentam:

1. Concentração do Poder Executivo em gabinetes monopartidários de maioria mínima, sendo raro os gabinetes de coalizão partidária;
2. Gabinete dominante em relação à legislatura, uma vez que os líderes partidários das maiorias legislativas são as pessoas que formam o gabinete, possuindo poder de direção;
3. Sistema bipartidário;
4. Sistema de eleições majoritário e desproporcional, com cada membro sendo eleito em um único distrito por maioria simples dos votos (“first past the post”);
5. Pluralismo de grupos de interesse, contrastando com o sistema corporativista dos grupos de interesse;
6. Governo unitário e centralizado;
7. Concentração de poder legislativo numa única legislatura unicameral;
8. Flexibilidade constitucional, ou seja, facilidade na formulação de reformas;
9. Ausência de revisão constitucional, ou seja, impossibilidade das Cortes analisarem a inconstitucionalidade das leis;
10. Um Banco Central controlado pelo Executivo.

Ao mesmo tempo, as democracias consensuais apresentam características diametralmente opostas. A interpretação mais conhecida sobre democracia, que prevê o governo pela maioria do povo, resumindo-se ao padrão governo versus oposição, poderia ser tida como antidemocrática, pois excluiria boa parcela da população representada, uma vez que esta minoria pode ser significativa. Não se pode impedir que grupos minoritários participem do processo decisório. Trata-se de um modelo aplicado em países que “incrustaram minuciosos contrapesos e equivalências em direitos para proteger as minorias contra as maiorias” (LAMOUNIER, 1990, p. 26). Neste sentido as características do tipo de democracia que prevê a incorporação das minorias são:

1. Partilha do Poder Executivo por meio de gabinetes de ampla coalizão partidária;
2. Equilíbrio do poder entre o Executivo e o Legislativo;

⁵¹ O uso do termo é motivado pelo fato de que estas características apresentadas são gerais e sofrem algumas alternâncias de acordo com cada modelo institucional. Nem todas as democracias majoritárias são *puras*.

3. Sistema multipartidário;
4. Representação proporcional;
5. Corporativismo dos grupos de interesse;
6. Governo Federal e descentralizado;
7. Forte bicameralismo;
8. Rigidez constitucional, exigindo-se maioria diferenciada para aprovação de emendas;
9. Revisão Constitucional, por parte de uma Corte Constitucional, que avaliará a constitucionalidade das leis;
10. Independência do Banco Central.

As definições aqui trazidas são de suma importância quando tratamos do tema separação de poderes, pois estão intimamente ligadas à relação executivo/legislativo, que tratamos nos tópicos anteriores. Pelo exposto ao longo do trabalho, a imagem do Executivo que permanece é a de centralizador, forte, verticalizado, uma imagem que nas palavras de Lamounier⁵² retrata truculência e arbítrio. Ocorre, que esta mesma imagem contrasta com o sistema eleitoral proporcional, com o multipartidarismo, com a existência de duas casas legislativas, com a revisão judicial e com a estrutura federativa. Ou seja, embora o Executivo não seja aquele definido pelo modelo consociativo, a análise de todos os mecanismos institucionais brasileiros leva à conclusão de que a democracia brasileira está hoje muito mais próxima do pólo consociativo do que do majoritário:

[...] ou seja, muito mais próximo de um entendimento da democracia como bloqueio ao poder da maioria do que do conceito oposto, cuja preocupação maior é identificar uma maioria eleitoralmente autorizada e apta a implementar um programa de governo (LAMOUNIER, 1990, p. 26-27).

O que o autor acima tenta demonstrar é o fato de a democracia brasileira não ser explicitamente consociativa. Existe na realidade uma “situação consociativa”⁵³, resultado da transição política vivida pelo Brasil na década de oitenta e sua conseqüente “dispersão momentânea de poder”⁵⁴, que perdura até os dias de hoje.

⁵² Cf. Lamounier, 1990.

⁵³ Idem. Pág 27.

⁵⁴ Idem. Pág 28.

4. A REVISÃO JUDICIAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SEPARAÇÃO DE PODERES: UM PANORAMA

A Constituição Federal do Brasil de 1988 optou por manter um controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de fiscalizar todos os diplomas legais que entrassem no ordenamento jurídico brasileiro e suscitassem algum tipo de dúvida, verificando sua compatibilidade com a referida Carta e assegurando conseqüentemente sua supremacia.

As inconstitucionalidades acontecem de duas formas:

a-) Por ação: pela produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição.

b-) Por omissão: casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos necessários para dar aplicabilidade algumas normas constitucionais.

No sistema brasileiro admite-se também o controle de Emendas Constitucionais, não apenas de leis. O artigo 60, §4º, da Constituição Federal, prevê as chamadas *cláusulas pétreas*, as quais não podem ser abolidas pelo legislador constituinte derivado, por meio de emendas à Constituição. Assim, toda vez que uma nova redação é dada ao texto constitucional é preciso verificar se não há contrariedade às cláusulas pétreas, dentre as quais se encontra a separação dos poderes⁵⁵.

No Brasil adotou-se uma forma de controle de constitucionalidade de caráter híbrido. A primeira forma é o controle exercido por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN - (modelo europeu), caracterizada pelo controle abstrato⁵⁶, concentrado⁵⁷, através de um processo objetivo, é “o controle exercido fora do caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si” (BARROSO, 2004, p. 49). A segunda forma de controle de constitucionalidade é a de

⁵⁵ CF 1988 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

(...)”

⁵⁶ Trata-se de uma abstração, pois não há litígio concreto, não sendo de um caso ou outro, mas sim de caráter geral (tese). Há neste controle a tutela da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo, não do direito individual de um litigante determinado. Por este motivo também, concluímos que se trata de processo objetivo, que não tutela o direito individual (direito subjetivo, ou seja, direito de se valer do direito objetivo).

⁵⁷ Apenas o Tribunal Constitucional brasileiro pode efetuar o controle, na figura do Supremo Tribunal Federal.

exceção ou defesa (modelo americano), caracterizada pelo controle concreto⁵⁸, difuso⁵⁹, através de um processo subjetivo, é “a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição” (BARROSO, 2004, p. 48), por meio de Recursos Extraordinários - RE.

O controle de constitucionalidade híbrido, com a conjugação do controle difuso e do controle concentrado, já faz parte do sistema de revisão judicial antes mesmo da Constituição Federal de 1988: o controle difuso existe desde o início da República e o controle concentrado foi inserido pela Emenda Constitucional 16/65, que modificou a Carta de 1946. A Constituição Federal de 1988 trouxe algumas inovações, tais como:

a-) Os recursos extraordinários ao STF ficaram condicionados ao fato de enfocarem questões constitucionais;

b-) A ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de ADIN (art 103), que anteriormente apenas pertencia ao Procurador Geral da União;

c-) A ADIN voltou a funcionar também em âmbito estadual, nomeada como representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º);

d-) A inserção do controle de constitucionalidade por omissão por meio de ação direta (art. 103 §2º) e mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

O que mais chama a atenção neste rol de inovações é, certamente, a descentralização do poder de propositura de uma ADIN, com a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura desta. Conforme frisado anteriormente, essa prerrogativa era conferida apenas ao Procurador Geral da República, que passou a dividi-la também com o Presidente da República, com a Mesa do Senado Federal, com a Mesa da Câmara dos Deputados, com a Mesa de Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, com os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, com o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil; com partidos políticos que tenham representação no Congresso Nacional e com confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional⁶⁰. Em suma, qualquer minoria com o menor grau de representatividade poderia se valer do controle concentrado de leis. Esta medida, dentre outras conseqüências, causou o aumento no número deste tipo de ação no STF⁶¹. Houve com isso, uma nítida expansão da jurisdição constitucional, que passaria a ter uma demanda muito maior.

⁵⁸ A questão maior é defender um direito subjetivo, de um litigante determinado, sendo a inconstitucionalidade utilizada como um argumento, para dar ganho de causa em um caso concreto. Os efeitos não atingem outras pessoas.

⁵⁹ Qualquer juízo pode analisar a questão.

⁶⁰ O STF passou a exigir pertinência temáticas à estas entidades, ou seja, elas só poderiam impetrar uma ADIN caso esta fosse referente a classe de representados dela.

⁶¹ Cf. Vianna, 2002.

Essa ampliação não diz respeito apenas à história brasileira, ela começa a partir do século XX, quando o Judiciário assistiu a um aumento expressivo nas suas atribuições capitais. Houve a expansão no controle constitucional das leis, muito fundado na experiência norte-americana. Ocorre, que desde a elevação da Suprema Corte dos EUA⁶² e de outros Tribunais Constitucionais fundados neste modelo (incluindo o Supremo Tribunal Federal) à condição de último órgão capaz de proferir decisão em questões controversas⁶³ envolvendo princípios constitucionais, tem sido difícil estabelecer limites ao arranjo institucional estabelecido.

Esse sistema, por sua vez, aproxima direito e política, ao sujeitar a vontade democrática majoritária à vontade de um número determinado de juízes, além de permitir que questões de um conflito tipicamente político transitem para o Poder Judiciário, que, como foi colocado no capítulo anterior, deve ser igualmente forte quando comparado ao Executivo e Legislativo, a fim de permitir algum tipo de equilíbrio.

No Brasil esta ampliação é ainda mais acentuada. Nos moldes trazidos pela Constituição de 1988 e conforme já salientado, o Brasil possui uma peculiaridade: a existência do controle concentrado e do controle difuso convivendo no mesmo sistema. Além da descentralização fruto do modelo difuso, permitindo a qualquer cidadão questionar a constitucionalidade de uma lei na sua aplicação no caso concreto, o sistema brasileiro também se tornou extremamente acessível pela via direta, conforme visto. Desta forma, o STF passou a ser uma arena de resolução de conflitos relacionados a interesses individuais, federação e disputas entre Legislativo e Executivo⁶⁴.

Outro fator importante, além da já referida proteção às minorias políticas, é o forte papel assumido pelo Judiciário como instância de implementação de alguns tipos de políticas públicas, na figura dos direitos sociais e coletivos, papel tradicionalmente conferido aos poderes Executivo e Legislativo.

⁶² O controle de constitucionalidade estabelecido no Estados Unidos não veio através da Constituição, mas por meio de jurisprudência, no afamado caso *Marbury v. Madison*, de 1803, no qual o Juiz Marshall abriu um precedente que vêm sendo seguido até os dias de hoje, o de que os juízes americanos também são responsáveis por não aplicar leis contrárias a Constituição, sendo a Suprema Corte daquele país a última instância a proferir decisão em casos controversos.

⁶³ Principalmente fruto da conflituosa relação Executivo/Legislativo trazida no capítulo anterior. Mesmo em um governo de coalizão, esta pode ver suas políticas questionadas pela oposição, no STF.

⁶⁴ Governos de coalizão, como no caso do Brasil tem como requisito funcional necessário a existência de uma Corte Constitucional que possa intervir nos momentos de crise entre Legislativo e Executivo, “*definindo parâmetros políticos para resolução dos impasses e impedindo que as contrariedades políticas de conjuntura levem à ruptura do regime*” (ABRANCHES, Sérgio H. H. de. *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*).

Este tipo de ampliação está muito ligado ao surgimento do Estado de Bem Estar Social, ou Providência, logo após a II Guerra Mundial⁶⁵. A partir deste momento, a justiça passa a ser guiada pelos fundamentos da intervenção econômica e promoção do bem estar social, e o Estado passa a ter papel de extrema relevância, saindo de garantidor a prestador, tentando, através do intervencionismo, reduzir as desigualdades sociais.

As políticas públicas passam a ser sinônimo de normas jurídicas, sob as quais vontades políticas são traduzidas, conforme expõe Vianna (2002, p. 20):

A linguagem e os procedimentos do direito, por que são dominantes nesta forma de Estado, mobilizam o poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.

O direito passa a ser indeterminado e indefinido, diante de um Estado garantidor, que deve decidir, regular e agir em “simultaneidade com os agentes econômicos” (VIANNA, 2002, p. 20), focado pelos tempos presentes e futuros. Neste quadro, a lei passa a ser necessariamente moldada pelo Poder Judiciário, o que na prática torna-o muitas vezes mais legislador do que o próprio legislador.

Os juízes, neste cenário, têm a possibilidade de controlar os poderes que originalmente são políticos. Uma agenda de igualdade que permite à esta esfera do poder controlar as outras com base no justo, legitimado pela positivação de princípios fundamentais como a liberdade, igualdade, legalidade, dentre outros.

O mecanismo de ação estatal é o direito, criando leis e principalmente Constituições garantidoras de direitos sociais, denominadas dirigentes. Estas estabelecem parâmetros de ação Estatal, que muitas vezes não são cumpridos, permitindo ainda, a Corte Constitucional e outros tribunais, interferirem na formatação de políticas públicas, com fundamento nas próprias regras do jogo.

Outro fator importante na análise do Judiciário, no contexto da separação de poderes brasileira, é o grau de constitucionalização de políticas públicas, ou seja, a inserção de políticas governamentais na Constituição. A Carta brasileira de 1988 chama atenção pelo seu tamanho e pelos vastos campos de atuação, trazendo diversos dispositivos que denotam típicas políticas públicas⁶⁶, conjugados com a incorporação de mecanismos e instrumentos de validação destes direitos. O Supremo Tribunal Federal, ao controlar a constitucionalidade de leis, passa a ser acionado também por motivos relativos a políticas

⁶⁵ O objetivo do trabalho não é tratar do tema Estado de Bem Estar, mas apenas trazer linhas gerais e as consequências disto para o judiciário. Para isso recomendamos a leitura de SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*.

⁶⁶ Cf. Arantes; Couto, 2002..

governamentais e, portanto, passa a controlar as atividades dos poderes Legislativo e Executivo.

A conclusão possível de se inferir deste capítulo é a de que o Judiciário passa a ter um papel assaz relevante no quadro da separação de poderes brasileira, sendo também claramente um poder politizado. Se isto é bom ou ruim, não nos cabe indagar, posto que tal situação é fruto da própria estrutura institucional prevista na Constituição de 1988. Apenas estes fatores não são suficientes para chegarmos a esta conclusão, mas a própria relação Executivo/Legislativo, que denota uma ampla necessidade de um poder forte o suficiente para equilibrar o jogo entre os outros dois poderes, no leva a este fim.

Em síntese, o que Werneck Vianna chama de “comunidade de interpretes”⁶⁷ é sem dúvida um dos principais motivos que levaram à politização do Judiciário, uma vez que, a sociedade civil organizada estava atada antes da Carta de 1988, impossibilitada de provocar o Judiciário através do controle concentrado de constitucionalidade (fato explicado pelo aumento no número de ADINs pós 1988⁶⁸). Ao estatuir o controle misto de constitucionalidade, ao permitir que diversos atores questionem atos de outros poderes, ao garantir que a palavra do STF será a última e prevalente na qualidade de guardião da Constituição, ao trazer garantias sociais a esta e ao expandir o acesso ao Judiciário, a Carta brasileira permite que este poder tenha uma formatação peculiar, mantendo-o como um poder extremamente emasculado, responsável por definir, em última análise, muito da formatação e disposição dos poderes.

⁶⁷ Trata-se do rol de legitimados para propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁶⁸ Cf. Vianna, 1999, p. 20.

5. ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A complementação da busca por um significado teórico sobre separação de poderes se deu nos próprios autores do Direito, pautado-se um pouco mais pela técnica jurídica. É evidente que todos os estudiosos do tema separação dos poderes partem dos mesmos alicerces, quais sejam, os autores clássicos aqui já arrolados. Ocorre, que as partes subseqüentes do trabalho, após a exposição breve sobre o pensamento de Locke, Montesquieu e Os Federalistas, foram pautadas em autores da Ciência Política, os quais abordam o mote de maneira não menos importante, porém diferente, dos autores do campo do Direito. Aqui não se faz uma ampla análise do tema na produção científica jurídica, pois não se trata do objeto do trabalho. O que se pretende é uma leve abordagem, com base em autores indiscutivelmente importantes nesta seara.

5.1 As duas dimensões da separação de poderes

Canotilho, em seu clássico *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, abalizado no que chama de “constitucionalística mais recente”, define a existência de duas esferas deste princípio. A esfera negativa, adotando a separação como divisão, controle e limite do poder, e a esfera positiva, que enfoca a separação como constitucionalização, organização e ordenação do poder do Estado, visando tomar decisões justas e eficazes. Para o autor, o sentido negativo é entendido como **divisão de poderes**, enquanto que o sentido positivo seria a **separação de poderes**.

Há uma clara distinção no sentido das palavras divisão e separação colocada pelo autor, quanto ao sentido negativo:

O princípio da divisão como forma e meio de limite do poder (...) assegura uma medida jurídica ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder (CANOTILHO, 2003, p. 250).

Já quanto ao sentido positivo:

[...] assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania (CANOTILHO, 2003, p. 250).

O conceito de separação de poderes, estando vinculado a uma idéia de organização e disposição das funções (princípio jurídico-organizatório), está também vinculado à

necessidade de atribuição de competências por regras processuais claras, que, por sua vez, estão atreladas à “forma jurídica dos poderes a quem é feita esta atribuição” (CANOTILHO, 2003, 251). O princípio passa a ser uma espécie de princípio organizacional dentro da Constituição⁶⁹. O outro enfoque da separação, não menos importante, é aquele de ordenação de controle e cooperação de funções. Este último conceito vai muito além de definições rígidas sobre *checks and balances*, ou de atribuições de limitação mútua entre poderes. O que importa em um Estado constitucionalizado não é a amplitude da gerência mútua entre os poderes, ou se ela por si só feriria o princípio aqui abordado, mas na realidade o fundamental é buscar saber se determinado ato pode ser feito e executado de forma legítima, entendendo como legítimo aquele ato que respeite a Constituição. Falar em separação é falar em legitimidade e não na adequação democrática das funções, que podem estar eventualmente inadequadas (democraticamente) e, ao mesmo tempo, serem legítimas.

A justeza de uma decisão pode justificar uma compartimentação de funções não coincidente com uma rígida separação orgânica (CANOTILHO, 2003, p. 251).

Ora, o intercâmbio de poderes por si só não justifica que se fale em ruptura da divisão de poderes, esta só se daria quando o núcleo fundamental da ordenação constitucional fosse atingido, colocando em jogo todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controle e sanção definido no texto da Constituição. É evidente que no modelo brasileiro e no modelo português, no qual Canotilho se pauta, o nível funcional⁷⁰ da separação de poderes não coincide em todas suas arestas com o nível institucional⁷¹, pois este se pauta pela utilização de diversas vertentes do nível funcional de maneira concomitante, porém limitada. (v.g. um Presidente que legisla, um Parlamentar que administra, etc.).

5.2 Separação de poderes como exercício de funções estatais⁷²

Tomemos inicialmente o conceito de função trazido por Renato Alessi, segundo o qual, o poder estatal é preordenado às finalidades de interesse coletivo e, enquanto objeto

⁶⁹ Assim também PICARRA, Nuno. *A separação dos poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*.

⁷⁰ Nível funcional é aquele no qual ocorre a distinção das funções fundamentais do poder: legislar, aplicar e julgar.

⁷¹ Nível institucional é aquele baseado nos órgãos centrados no poder: administração/governo, parlamento e tribunais.

⁷² Inferências da leitura de GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*.

de um dever jurídico, constitui uma função estatal⁷³. Na linha desta primeira definição, poder é aqui entendido como “a expressão de uma capacitação para efetivamente realizar ou impor a realização de determinado fim” (GRAU, 2005, p. 236). Destarte, temos a seguinte idéia chave: o poder estatal compreende várias funções. No exemplo de Eros Grau, quando há referencia aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estar-se-ia aludindo a centros ativos de funções, a saber: à função legislativa, função executiva e função jurisdicional. Esta qualificação/classificação das funções/poderes está adstrita a um aspecto subjetivo⁷⁴ e não a um aspecto material⁷⁵, pois se a este aspecto estivesse ligada, teríamos a função normativa (de produção de normas), função administrativa (de execução das normas) e função jurisdicional (de aplicação das normas). Assim, exemplificamos a idéia: o Poder Legislativo é titular exclusivo da função legislativa, mas não é titular exclusivo da função normativa.

O que causa mais “arrepio” aos doutrinadores quando tratam do tema da separação de poderes, é a alusão à da capacidade normativa do Poder Executivo, relativa a edição de decretos, porque muitas vezes inovariam no ordenamento jurídico, sendo este um dos graves pontos de violação do princípio, através da chamada “derrogação da função normativa”⁷⁶.

Para Renato Alessi, poderíamos nos referir à função legislativa como aquela apta a emanar estatuições primárias geralmente, em decorrência de exercício de poder originário, com conteúdo normativo, sob a forma de lei⁷⁷. Assim define Eros Grau (2005, 242):

[...] a noção de função normativa pode ser alinhada desde a consideração de critério material, a de função legislativa apenas se torna equacionável na consideração de critério formal. Isso, porém, é conseqüência da circunstância de [...] a legislativa alinhar-se como um dos tipos de função estatal identificada em classificação que decorre da adoção de um sistema organizacional, constituído sobre a técnica da “separação” dos poderes⁷⁸.

Assim, considerando o aspecto material da classificação das funções estatais, na qual temos a função normativa (e não a função legislativa), esta seria definida como a função de emanar estatuições primárias, seja em decorrência de exercício de poder

⁷³ ALESSI, Renato *apud* GRAU, Eros.

⁷⁴ Classificadas de acordo com a finalidade a que se voltam seus agentes.

⁷⁵ Classificadas de acordo com a produção material de cada função. Mesclando-se com a nota supracitada, teríamos como eventualmente possível função legislativa de um órgão que não o Parlamento, por exemplo, o Presidente, que teria como uma de suas finalidades, aquela de criar normas (Medidas Provisórias, decretos, etc.).

⁷⁶ Consideramos neste ponto o aspecto das Medidas Provisórias superada

⁷⁷ Norma seria todo preceito expresso mediante estatuições primárias. Lei seria a própria estatuição primária. A lei não contém necessariamente uma norma e a norma não é necessariamente emanada por uma lei.

⁷⁸ GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. Pág. 242.

originário, seja em decorrência de exercício de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos, porém não normativos⁷⁹.

No caso da atribuição de competência regulamentar ao Presidente, não haveria, de modo algum, derrogação do princípio da separação de poderes. Ocorre, que os regulamentos são instituições primárias (impostos por força própria), embora não decorram de um poder originário, apresentando-se, portanto, pelo exercício de um poder derivado, atribuído por força constitucional ou lei federal (estas, sim, provenientes de um poder originário, com força normativa). Em suma, trata-se de atribuição de função normativa ao Poder Executivo e não de atribuição da função legislativa, esta atinente apenas ao Parlamento.

⁷⁹ Cf. Grau, 2005.

6. RESULTADO QUANTITATIVO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO STF⁸⁰

Este capítulo objetiva apresentar a pesquisa jurisprudencial realizada na primeira etapa desta pesquisa. Conforme salientado no projeto inicial, apresentado à FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – o trabalho de busca e análise de acórdãos se dividiu em duas fases distintas, definidas como fase “a” e “b”.

A fase de pesquisa jurisprudencial denominada “a” foi dedicada ao levantamento e mapeamento de decisões do STF – Supremo Tribunal Federal – que abordassem o tema “separação de poderes”. Para esta etapa, foi dedicado o segundo trimestre de pesquisa, com a conseqüente exposição de resultados no relatório parcial, já apresentado. A fase de pesquisa jurisprudencial denominada “b” seria dedicada à análise das decisões obtidas na segunda etapa, a partir da bibliografia levantada e dos métodos estipulados⁸¹, o que ocorrerá no segundo trimestre, para apresentação dos resultados no relatório final. Este segundo passo é fundamental para se chegar às respostas das hipóteses colocadas no projeto inicial, porém é impossível chegar a este ponto sem se passar pela fase “a”.

Assim, o intuito é expor o caminho efetuado para a concretização de um número absoluto de acórdãos (mais a frente analisados) contextualizando graficamente estas decisões, através do mapeamento executado. As respostas conseguidas aqui, talvez não sejam robustas o suficiente para tratar das hipóteses iniciais, porém sem esta passagem, o restante do trabalho ficaria comprometido.

6.1. Explicações metodológicas

O primeiro passo para a realização da pesquisa foi a estipulação do corte temporal da análise das decisões. Foi necessário estabelecer um limite para que a pesquisa não caísse no infundável e acabasse não trazendo as respostas necessárias. O próprio nome escolhido para o trabalho é esclarecedor neste sentido: a Separação dos Poderes na Carta de 1988 sob a Óptica do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, o corte temporal compreendeu acórdãos proferidos desde 1988 até a última entrada encontrada no *site* do STF com referência ao tema, que no caso se deu em 2005 (1988 à 2005)⁸². A escolha deste período se deve ao surgimento de uma nova ordem constitucional em 1988, que trouxe inúmeras mudanças ao quadro institucional da separação de poderes no Brasil. Como o

⁸⁰ Para os efeitos deste capítulo, quando não estiver discriminado, Estado também significa Distrito Federal.

⁸¹ Os métodos de análise utilizados na fase “b” serão explicitados no momento oportuno.

⁸² A data de análise no *site* se deu no dia 3 de março de 2006, e o último acórdão encontrado é de 2005.

objetivo da presente Iniciação Científica é apresentar um retrato atual e não meramente histórico da separação de poderes perante a maior cúpula jurisdicional do país, perderia o sentido tratar de decisões proferidas antes da Carta presente.

O segundo passo foi a escolha dos tipos de ações que seriam abordadas no trabalho. Conforme exposto no projeto inicial, já citado, a concentração da análise foi em Recursos Extraordinários (RE) e Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIN), pois estas são as formas mais recorrentes de manifestação do STF⁸³. Um número grande de decisões – entre ADINs, ADINs-MC e REs – foram encontradas quando confrontado com o número de REs, principalmente quando consideradas as medidas cautelares em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI-MC), que também tiveram muita incidência no processo de pesquisa dos acórdãos⁸⁴.

O terceiro passo foi a estipulação da metodologia de acesso a uma quantidade específica de decisões. O procedimento escolhido foi a utilização do *site* do STF e o seu mecanismo de busca, em razão da facilidade de sistematização das decisões encontradas, fato que não ocorreria se a busca fosse feita em uma revista de jurisprudência, por exemplo. Por este motivo as RTJs (Revistas Trimestrais de Jurisprudência do STF) foram utilizadas como subsídio para a fase “b” da pesquisa, quando foi cogente a ponderação do inteiro teor de acórdãos.

No site, a busca se deu em duas vias, através da inserção dos termos mais relacionados ao tema do trabalho. Na primeira busca foram inseridas as palavras “separação” e “poderes” (busca 1), com a conseqüente localização de todas as decisões que constavam na base jurisprudencial do *site* e que possuíam tais termos na ementa e/ou indexação. No segundo levantamento - buscando atingir o maior número de decisões possíveis dentro dos cortes acima estabelecidos - foram inseridas as palavras “independência” e “poderes” (busca 2). Diante do novo conjunto de acórdãos (busca 1 + busca 2), foram eliminados aqueles que se repetiram em ambas as buscas⁸⁵.

6.2 Mapeamento⁸⁶

⁸³ Esta assertiva é facilmente comprovada na apresentação subsequente, quando os números resultantes da pesquisa serão colocados.

⁸⁴ Não foram raros casos em que apenas apareceram referências às ADI-MCs, sem encontrarmos a correlata decisão de mérito. Para efeitos desta apresentação optamos por manter as ADI-MCs em classe distinta à classe das ADINs, não obstante a semelhança entre ambas. Sem prejuízo, nossa análise foi voltada para os REs e ADINs, pela própria característica da ADI-MC, utilizando subsidiariamente os dados à ela concernentes.

⁸⁵ A data final de análise no *site* se deu no dia 3 de março de 2006.

⁸⁶ As tabelas que derivaram deste mapeamento encontra-se nos ANEXOS I, II e III, podendo ser consultadas para efeitos conferência.

Com o número bruto de decisões encontradas, foi preciso mapeá-las. Para isso alguns critérios foram escolhidos⁸⁷:

- 1-) Tipo de Ação: ADIN, ADI-MC e REs;
- 2-) Estado de origem;
- 3-) Data de julgamento;
- 4-) Relator e, quando existir, relator para o acórdão;
- 5-) Órgão Julgador (Pleno ou Turmas);
- 6-) Requerente (REQTE), quando ADI ou ADI-MC; Recorrente (RECTE), quando RE;
- 7-) Requerido (REQDO), quando ADI ou ADI-MC; Recorrido (RECDO), quando RE;
- 8-) Decisão A: unânime ou maioria⁸⁸;
- 9-) Decisão B: a favor de REQTE/RECTE ou REQDO/RECDO;
- 10-) Matéria tratada;
- 11-) Ato questionado (no caso de ADI e ADI-MC).

O tópico 10 (matéria), foi subdividido, para facilitar a análise, em:

A-) Administração Pública: toda legislação ligada ao serviço público, a servidores públicos e seus respectivos vencimentos (desde que vinculados ao orçamento do Executivo), conflitos entre os Poderes quando referentes a procedimentos da Administração Pública (v.g. celebração de convênios), criação de órgãos da administração;

B-) Política social e ambiental: inclui normas que tratam dos sistemas de seguridade social não afetos ao funcionalismo público e legislação ligada a benefícios sociais. Política de reforma agrária e questões relativas ao meio ambiente;

C-) Regulação econômica e matérias orçamentárias: inclui normas afetas à política cambial, monetária, salarial e de preços, com exceção de matérias tributárias;

D-) Política tributária: matérias referentes à aplicação de tributos, incluindo impostos e incentivos fiscais;

E-) Regulação da Sociedade Civil: inclui as normas que regulam as relações entre particulares;

F-) Competição política: eleição e partidos políticos;

G-) Relações de trabalho: normas que regulam as relações de trabalho;

H-) Regras de organização institucional: as chamadas “regras do jogo”. Inclui todas as normas que influam diretamente na formatação dos poderes, tais como as atribuições de cada um dos poderes, regras sobre CPI, criação de Municípios, regras de nomeação de

⁸⁷ Para esta análise nos valem de alguns critérios trazidos em VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Pág. 63.

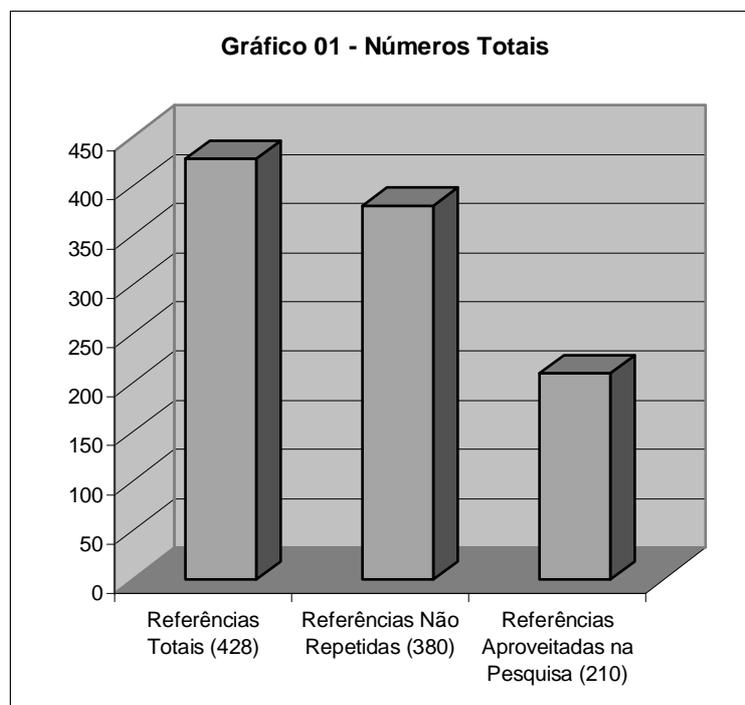
⁸⁸ Nas tabelas anexas, U = unânime e M = maioria.

procuradores⁸⁹, comparecimento do chefe do Executivo em Assembléias Legislativas, regras concernentes ao próprio processo legislativo, criação de órgão como CNJ (Conselho Nacional de Justiça), matérias administrativas do Judiciário e Legislativo.

I-) Outras.

6.3 Resultados da primeira etapa da pesquisa

A pesquisa no site do STF encontrou 428 referências às palavras buscadas, incluindo-se, aí, todo tipo de decisão – não somente ADINs, ADIN-MCs e REs – bem como as provenientes de datas anteriores à 1988, sendo que, destas, 380 foram referenciadas apenas uma vez na busca⁹⁰. Quando foram consideradas apenas ADINs, ADI-MCs e REs julgados posteriormente à Constituição de 1988 tendo como objeto esta Carta⁹¹, foram obtidas 210 referências (gráfico 01).

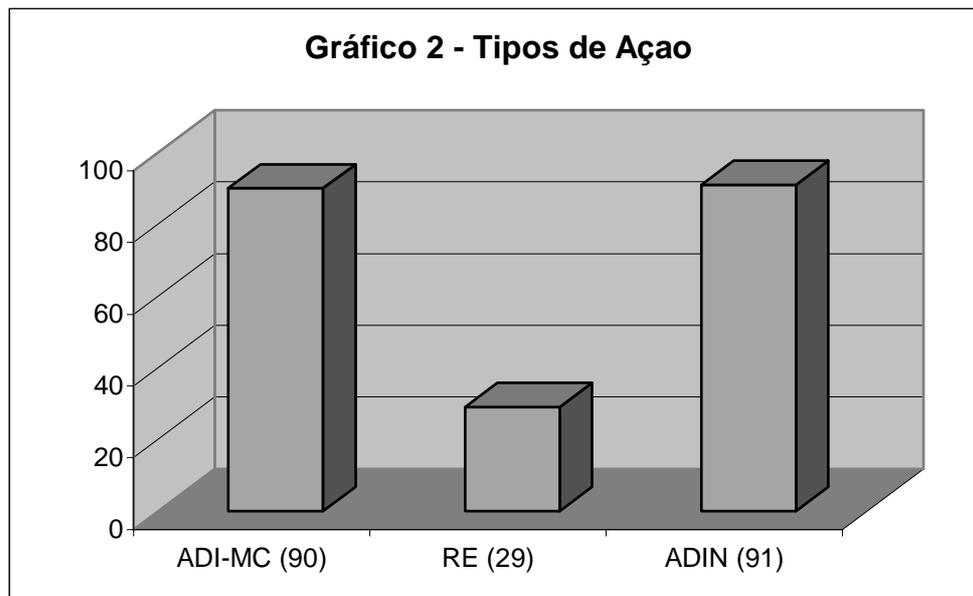


Destas 210 referências aproveitadas na pesquisa, segundo o corte inicial, 90 eram ADI-MCs, 91 ADINs e 29 REs (gráfico 02):

⁸⁹ Quando a questão é apenas nomeação de procuradores, a matéria se encaixaria no item A. Aqui tratamos das regras atinentes a este processo.

⁹⁰ Consideramos estas aproveitáveis, no sentido de que foram descartas uma das decisões quando estas apareciam na busca 1 e na busca 2, ou seja, eram repetidas.

⁹¹ Muitos acórdãos julgados após 1988 eram referentes à questões ocorridas sob a égide da Constituição anterior.



Nas ações aproveitadas pela pesquisa, 15,38% das ADINs foram propostas pelo Procurador Geral da República (PGR), enquanto nas ADI-MCs esta porcentagem cai para 10%. Em contrapartida, ADINs propostas por Governadores de Estados ou do Distrito Federal ocuparam 70,32% aproximadamente das ações, enquanto que no âmbito das ADI-MCs, esse percentual cai para 52,22%. Os partidos políticos foram responsáveis pela propositura de aproximadamente 7,69% das ADINs e 25,55% das ADI-MC⁹².

Conforme salientado neste trabalho, antes da Constituição de 1988, apenas o Procurador Geral da República (PGR) era legitimado para propor ações que controlassem a constitucionalidade de leis de maneira concentrada. A partir da referida Carta este rol foi ampliado, o que explica a diluição das ações propostas pelo PGR quando a questão trate da separação de poderes⁹³. Pela própria configuração institucional imaginávamos inicialmente que os partidos políticos fossem liderar as estatísticas de questionamentos sobre separação de poderes, pois, como visto, o STF é uma arma nas mãos das minorias representativas, as quais podem recorrer a este órgão para garantir seus direitos. Ocorre que os Governadores de Estado superam em larga margem os referidos partidos.

Das ações propostas pelos Governadores foi possível extrair algumas constatações importantes. Todas as ações propostas foram contra atos normativos Estaduais, sejam leis ordinárias, leis complementares, Constituições Estaduais ou Ato das Disposições Constitucionais Transitórias das respectivas Cartas estaduais. Constatou-se, portanto, que o

⁹² Analisando-se a tabela anexa, é possível perceber que o Partido dos Trabalhadores propôs 13 ADI-MC contra uma mesma MP e suas conseqüentes reedições.

⁹³ A afirmação da existência de uma diluição do número de ações propostas pelo PGR é uma constatação lógica, advinda da configuração institucional anteriormente vigente.

STF é constantemente chamado para decidir conflitos entre Governadores e as Assembléias Legislativas. Esta premissa é reforçada por uma constatação que pode parecer óbvia, porém necessita ser frisada: o requerido é sempre a Assembléia Legislativa do Estado que proferiu a lei. Este dado torna-se ainda mais interessante quando notamos que os Governadores foram requerentes em 70,32% das ADINs e as Assembléias Legislativas foram requeridas em 89,01% dos casos, enquanto que nas ADI-MC os Governadores foram requerentes em 52,22% dos casos e as Assembléias Legislativas foram requeridas em 72,22% dos casos, mostrando que a discussão acerca da separação de poderes se deu, substancialmente, na esfera estadual, mesmo quando os governadores não eram requerentes.

Nesta seara, 51,85% das ADINs propostas por governadores eram referentes às Constituições Estaduais⁹⁴, enquanto que nas ADI-MCs o percentual não é muito diferente, 46,8%. Este número denota que a discussão sobre separação dos poderes além de ter se focado no contexto estadual, se concentrou muito em questionamentos referentes às Constituições Estaduais.

Outro dado interessante é que 67,39% das ADINs eram referentes à matéria “A” exclusivamente, classificada como Administração Pública. Nas ADINs em que os requeridos eram as Assembléias Legislativas, 72,28% foram referentes a questões envolvendo Administração Pública. Na análise das ADI-MCs, 62,22% das ações se referiam-se à Administração Pública e dentre aquelas que questionavam atos das Assembléias Legislativas, 67,74% era relativas à Administração Pública.

Em síntese, diante de tais considerações conclui-se que: (i) o foco da discussão sobre separação de poderes no Brasil está no que chamamos de matéria relativa à Administração Pública (ii) a discussão central sobre separação de poderes no STF é relativa a matéria estadual.

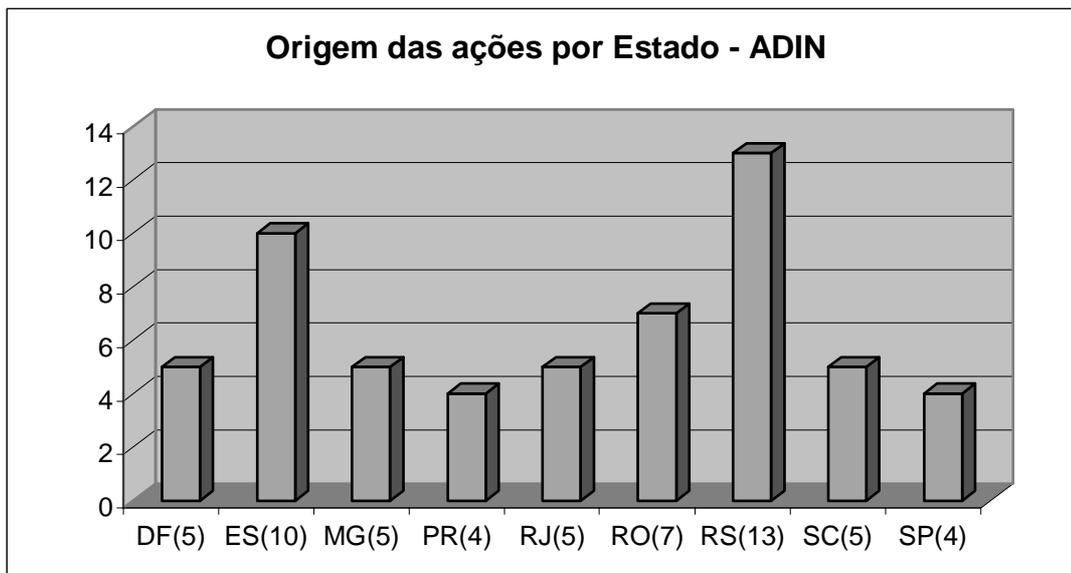
A origem das ações (por Estado) se resume nos gráficos abaixo (gráfico 04⁹⁵ e gráfico 05⁹⁶), referentes às ADINs e ADI-MC respectivamente⁹⁷:

⁹⁴ Referimos-nos ao ADCT, à emendas e à própria Constituição. No caso do Distrito Federal, foi considerada a Lei Orgânica.

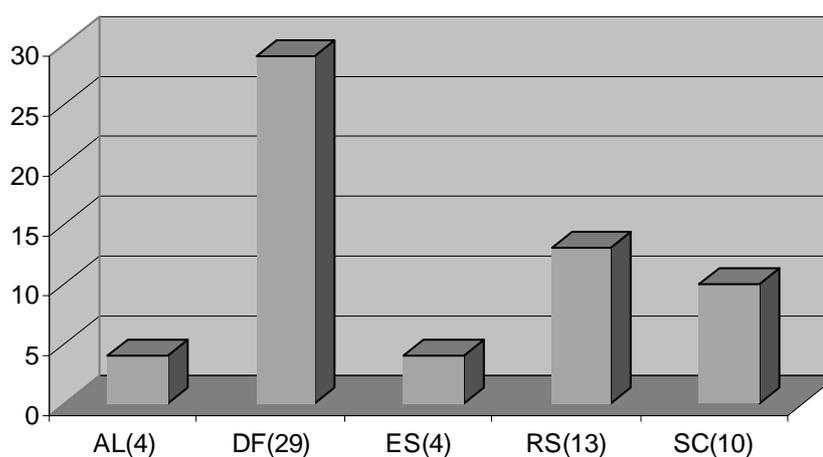
⁹⁵ Consideramos, para os efeitos deste gráfico, apenas os que tiveram mais que 3 incidências.

⁹⁶ Consideramos, para os efeitos deste gráfico, apenas os que tiveram mais que 3 incidências.

⁹⁷ É possível notar, no gráfico 5, uma grande disparidade das ações propostas no DF. Este episódio é decorrente do fato de as ações de cunho federal serem todas protocoladas como originárias do próprio DF.



Origem das ações por Estado - ADI-MC



Nas ADINs que trataram do tema separação de poderes, com embates envolvendo Governadores de Estado e as respectivas Assembléias Legislativas (totalizando 64 acórdãos), em 82,81% (53 julgados) os Governadores venceram a causa, sendo que em apenas 6,25% (4 julgados) estes perderam na totalidade a demanda, não tendo seu pedido julgado procedente nem mesmo em parte. Outrossim, quando olhamos o universo de ADI-MCs, o cenário não é muito diferente: diante de 47 acórdãos nos quais o Governador é requerente e a Assembléia Legislativa do respectivo Estado é requerida, em 78,72% (37 julgados) estes tiveram o pedido julgado totalmente procedente e em apenas 12,76% (6 julgados) o pedido foi julgado improcedente.

É importante ressaltar, o fato de, pela leitura das tabelas, termos constatado o que pode ser considerada uma inversão de paradigma por parte do STF, de acordo com a matéria. Quando o requerido é o Presidente ou o Congresso Nacional, matérias federais, a ADIN é indeferida totalmente (acórdão a favor do requerido) em todos os casos (5 casos). Quando o requerido é a Assembléia Legislativa, matérias estaduais, a ADIN é deferida totalmente (contra o requerido) em 80,24% dos casos (65 casos), sendo deferida ao menos em parte em 95,06% dos casos (65 totalmente e 12 em parte). A tendência é mantida na análise das ADI-MC. Quando o Presidente ou o Congresso é requerido, em 71,42% dos casos a medida cautelar é indeferida (a favor do requerido), enquanto que em 75,80% (47 casos) dos casos nos quais a Assembléia Legislativa é requerida, a medida cautelar é deferida (contra o requerido) na totalidade e em 88,70% (55 casos), é deferida ao menos em parte. Diante destes dados, é possível afirmar que, tratando-se de separação de poderes, parece haver uma tendência do STF em se posicionar muito mais incisivamente na declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais, do que de leis federais, ou seja, atua mais diretamente no ordenamento jurídico estadual e mais timidamente em matérias federais.

O número final de Recursos Extraordinários (29) não foi tão significativo quando comparado aos outros tipos de ação em análise. Em todos os casos nos quais se discutia a separação de poderes, ao menos uma das partes (recorrente ou recorrido) é um ente público⁹⁸. Nestes recursos, os Estados e o Distrito Federal lideram as aparições: em 18 recursos (62,06%) os Estados e o Distrito Federal são parte. Os órgãos julgadores variam de maneira equilibrada entre pleno e turmas.

⁹⁸ Não haveria motivo plausível para se questionar a separação de poderes se nenhum dos litigantes fosse um ente público. Não há racionalidade em imaginar que um ato realizado por um ente privado em relação a outro da mesma natureza, possa violar a separação de poderes.

7. A ANÁLISE DE MÉRITO DOS ACÓRDÃOS – ADINs - SELECIONADOS

Para atingir os objetivos deste trabalho, quais sejam, buscar, através das decisões do STF, um panorama das decisões do Tribunal que envolvam separação dos poderes e uma possível forma/maneira pela qual o STF entende o princípio da separação dos poderes, relacionando com a doutrina estudada, conforme esclarecido no projeto inicial apresentado à FAPESP, é necessário passar pela análise de mérito das decisões selecionadas na primeira etapa do processo, ou seja, efetuar a leitura propriamente dita de todos acórdãos levantados. Cientes da dificuldade desta etapa, optamos, **ainda no projeto inicial**, por apenas analisar as ADINs e os REs.

Destarte, os tópicos seguintes, com as análises, seguirão a divisão apresentada no capítulo 6, mais especificamente no item 6.2.

7.1 Matérias Relativas à Administração Pública: item “A”

Este subtítulo engloba o tópico “A”, ou seja, matéria relativa à Administração Pública, incluindo, os conflitos entre os Poderes quando referentes a procedimentos da Administração (ex. celebração de convênios), a criação de órgãos e toda legislação ligada aos servidores públicos e seus respectivos vencimentos (desde que vinculadas ao orçamento do Executivo).

7.1.1 Os Casos de Submissão de Convênios, Acordo e Contratos à Aprovação da Assembléia Legislativa

Trata-se de uma série de ADINs (ADINs nºs 676 – RJ; 770 – MG; 342 – PR; 165 – MG; 1166-9 – DF e 177 – RS) que questionavam a constitucionalidade de dispositivos das respectivas Constituições Estaduais responsáveis por submeter atos tipicamente administrativos, mais precisamente convênios, acordos e contratos, à aprovação da Assembléia Legislativa dos Estados. Todos os acórdãos foram decididos de maneira unânime e sempre com ampla referência a precedentes.

O que embasava fundamentalmente os votos dos Relatores⁹⁹ eram duas representações de inconstitucionalidade - RI, julgadas antes da Constituição vigente (RI nº 1024 – GO e RI nº 1210 – RJ), com a seguinte ementa:

Poder Legislativo. Ato do Poder Executivo. Celebração de convênios. Aprovação da Assembléia. Independência dos Poderes. Lei Constitucional nº 30/79/GO. A regra que subordina a celebração de convênios em geral,

⁹⁹ O voto do relator foi seguido em todas as ADINs.

por órgão do Executivo, à autorização prévia da Assembléia Legislativa, em cada caso, fere o princípio da independência dos Poderes, extravasando das pautas de controle externo constante da Carta Federal e de observância pelos Estados. Inconstitucionalidade. Representação julgada procedente. (Ementa RI 1024/GO)

A questão era sempre decidida de maneira simples. Os Ministros faziam um amplo relatório e ao votarem, afirmavam já ser uma questão pacífica dentro do Tribunal, entendendo que uma vez submetidos os atos tipicamente administrativos à casa legislativa respectiva para aprovação, implicaria necessariamente em violação à separação dos poderes.

Merece ser destacada a ADIN 165 - MG, que fugiu um pouco ao padrão acima relatado. Nesta decisão, o Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), fez referência à idéia defendida na ADIN 98 – MT (que será analisada mais a frente neste trabalho), na qual ficou claro o entendimento de que separação dos poderes é um princípio que *“se reveste, no tempo e no espaço, de formulações distintas nos múltiplos ordenamentos positivos que, não obstante a diversidade, são fieis aos seus pontos essenciais”* (Min. Sepúlveda Pertence)¹⁰⁰.

Assim, continuou, afirmando que uma vez considerada a compulsoriedade da observância pelos Estados-membros do princípio da separação dos poderes:

[...] o que há de se impor como padrão não são as 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.

À identificação dos signos característicos de um sistema de posituação do princípio menos importará talvez a divisão tripartite das funções jurídicas do Estado – vale dizer a separação dos poderes, cujas linhas básicas são mais constantes – do que o mecanismo dos freios e contrapesos – que, delimitando as interferências permitidas a um na área da função própria de outro, permitem, em contraposição, apurar a dimensão real da independência de cada um dos Poderes, no modelo considerado. (Min. Sepúlveda Pertence)¹⁰¹

Por este motivo, para o Ministro Sepúlveda Pertence, apenas seria admissível dispositivo contido na Constituição do Estado se uma solução semelhante fosse prevista na Constituição Federal, preservando-se assim a estrutura de separação dos poderes definida para o Brasil. Ainda desta passagem, é possível depreender que para entender a fórmula adotada por determinado país é preciso que se examinem principalmente os freios e contrapesos, pois eles dariam a configuração de cada modelo. Para o Ministro Sepúlveda Pertence, delimitar a separação dos poderes é entender como eles se relacionam e não

¹⁰⁰ ADIN 165 - MG, p. 13 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

¹⁰¹ ADIN 165 - MG, p. 13 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

apenas se os Poderes estão ou não “separados”. O Ministro Sepúlveda Pertence parece se valer adequadamente dos aspectos teóricos trazidos no início do trabalho.

Ainda no seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que a fiscalização e o controle não envolvem o direito de um Poder participar do exercício direto da competência de outro. Ao citar o Ministro Rafael Mayer, na RI 1024, afirmou que uma instância de supervisão administrativa, neste caso a Assembléia Legislativa estadual, não pode “*integrar como uma segunda vontade a feitura dos atos administrativos, o que somente a própria Constituição poderia prever no delineamento das relações entre os Poderes*” (Min. Sepúlveda Pertence)¹⁰². Assim, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, para saber se determinado ato normativo viola a separação dos poderes, é necessário que se examine a Constituição da República e o modelo de separação definido por ela. Mais adiante no seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence assegurou que apesar da Constituição ter ampliado as modalidades de fiscalização pelo Congresso da ação do Poder Executivo, tal qual afirmamos no capítulo 3 deste trabalho – *Quadro Institucional da Separação dos Poderes no Brasil* – a Constituição Federal de 1988 optou por não exigir prévia autorização legislativa para nenhum contrato ou convênio da Administração, mostrando que de alguma maneira, o Executivo ainda é bastante fortalecido no Brasil.

7.1.2 O Caso da Procuradoria Paraibana

Na ADIN 217 – PB questionava-se dispositivos da Constituição do Estado da Paraíba que atribuíam autonomia funcional, administrativa e financeira à Procuradoria do Estado e estabeleciam requisitos para a nomeação dos cargos de Chefe da Procuradoria-Geral do Estado. Quanto ao primeiro ponto, não havia nenhuma relação com a separação do poderes, quanto ao segundo, a análise do princípio efetuada pelo Ministro Ilmar Galvão (Relator) no seu voto foi bastante simples. O Ministro Ilmar Galvão, acompanhado por todos os outros membros da Corte, afirmou que a atividade de Procurador do Estado em muito se assemelha com a atividade de Advogado da União e, portanto, possuía a qualidade de auxiliar importante do Chefe do Poder Executivo. Em seu voto, se limitou a afirmar que ao dispor sobre requisitos para o preenchimento da função de chefia da Procuradoria do Estado, a norma estaria invadindo competência privativa do chefe do Poder Executivo, violando o postulado básico da separação dos poderes, que é de observância compulsória nos Estados.

¹⁰² ADIN 165 - MG, p. 14 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

7.1.3 O Caso da Sustação de Ato Normativo do Poder Executivo Exorbitante do Poder Regulamentar

O Governador do Distrito Federal propôs a ADIN 1553 – DF, atacando um decreto legislativo da respectiva Câmara Legislativa, que havia sustado um decreto executivo, o qual regulamentava o teto de remuneração dos servidores civis no âmbito do Distrito Federal. Estava em questão saber se o decreto legislativo que resultou a sustação do decreto regulamentar implicou em intromissão, por parte do Poder Legislativo, em âmbito de atuação reservado ao Poder Executivo do Distrito Federal, violando assim o princípio da separação dos poderes¹⁰³. No caso em tela a decisão foi unânime e a ADIN julgada procedente em parte.

Segundo o Ministro Marco Aurélio (Relator), não havia que se discutir o cabimento ou não da sustação, pois esta competência do Poder Legislativo vinha prevista na Lei Orgânica do Distrito Federal, tal qual o fez a Constituição da República quanto ao Congresso Nacional, como um mecanismo de freios e contrapesos na relação entre os Poderes. Para o Ministro Marco Aurélio, a questão principal se reduzia à indagação da existência ou não, no regulamento sustado, de contrariedade à lei regulamentada e conseqüente exorbitância do poder regulamentar por parte do Executivo, pois só aí seria permitido a existência do decreto legislativo¹⁰⁴. Haveria quanto a esse ponto, segundo o relator, aparente contradição em face de firmada jurisprudência da Corte de que não se pode aferir, na via de controle abstrato de constitucionalidade, a invalidez de regulamento por contrariedade à lei regulamentada e conseqüente invasão dos limites constitucionais do dever de regulamentar. Para tanto afirmou:

[...] ao contrário do que a primeira vista possa parecer, a equação do problema é controversa e o Supremo Tribunal já não se pode furtar à verificação, posto que incidente, da conformidade ou não entre o regulamento e a lei regulamentada: é que já não mais se tratará de controlar o eventual excesso, abuso ou desvio de um poder originário do Executivo – o de regulamentar leis -, mas sim da própria existência do poder de o Legislativo sustar o regulamento, competência que é

¹⁰³ Para a adequada compreensão deste tópico, é necessário fixar uma premissa jurisprudencial. O STF tem entendimento segundo o qual só é admitido o controle de constitucionalidade quando a violação à Constituição é direta e não reflexa. Assim, meros problemas de legalidade (regulamento em descompasso com a lei) não estariam abrangidos pelo controle concentrado. Esta discussão será retomada com maior amplitude mais a frente, porém, era necessária uma breve explanação.

¹⁰⁴ A condição exigida para que um decreto legislativo possa sustar um decreto executivo é a exorbitância por parte do Poder Executivo na edição dos decretos regulamentares:

CF 1988 “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

(...).

excepcional e só existe na medida mesma da legalidade do ato regulamentar considerado. (Min. Marco Aurélio)¹⁰⁵

Em suma, para o Ministro Marco Aurélio, há um condicionante para que tal competência surja para o Legislativo, qual seja, a existência de excesso por parte do Executivo, que só será aferível quando avaliada sua compatibilidade com a lei. Não se discutia a legitimidade da interferência do Parlamento no exercício de uma típica função do Executivo, pois assim é a formatação de poderes no Brasil, porém, esta atribuição do Legislativo é marcada pela excepcionalidade, que para tanto se sujeita ao controle jurisdicional. Segundo o Ministro Marco Aurélio, para que se exerça este controle era necessário caracterizar tal excepcionalidade, através do confronto entre regulamento executivo, que não está sendo controlado diretamente pelo judiciário, e lei que levou à sua edição. Não houve um confronto direto entre o decreto legislativo atacado e a lei regulamentada – problema de legalidade - mas sim entre ele e a Constituição Federal – problema de constitucionalidade.

Assim, para o Ministro Marco Aurélio, só se chegaria a uma conclusão de violação ou não da separação dos poderes se fosse analisada a legalidade do ato regulamentar do Poder Executivo. Uma vez considerado exorbitante tal regulamento executivo, o decreto Legislativo teria respeitado a separação dos poderes, atendendo a competência prevista na Constituição Federal. No caso contrário, considerando o regulamento compatível com a lei, o decreto legislativo teria exorbitado competência constitucionalmente prevista, violando o princípio da separação dos poderes.

7.1.4 O Caso da Medida Provisória Estadual e os Bens Públicos

Trata-se da ADIN nº 425 – TO, que questionava, dentre outras, a Medida Provisória – MP – estadual nº 64, convertida na Lei nº 215/90 do Estado do Tocantins. Totalizavam quatro MPs analisadas¹⁰⁶. Em relação a todas, os requerentes indagavam se teria o Governador estadual, tal qual o Presidente da República, competência para editar MPs e especificamente com relação a Lei 215/90, indagavam se feriria a separação dos poderes uma norma que atribui ao Governador autorização para dispor, segundo sua conveniência, sobre bens públicos do Estado, sem especificá-los, nos seguintes termos:

Art. 1º - Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a doar a Municípios do Estado ou a entidades filantrópicas, sem fins lucrativos;
I – veículos automotores, ambulâncias e outros;

¹⁰⁵ ADIN 1553 - DF, p. 144 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

¹⁰⁶ Em apenas uma delas foi levantada a hipótese de violação a separação dos poderes (MP nº 64, convertida na Lei nº 215/90). Versavam sobre outros temas as MPs nº 62, nº 63 e nº 65.

- II – máquinas e equipamentos de terraplanagem, tratores, motoniveladores, peças e motores;
 - III – veículos para transporte de passageiros ou de cargas;
 - IV – áreas de terras rurais e urbanas, edificações diversas, especialmente Centros de Saúde, - Hospitais e Maternidades, Centros Comunitários e Armazéns Gerais, inclusive os seus respectivos equipamentos.
- Parágrafo único – O Chefe do Poder Executivo baixará Decreto específico para cada doação, com as respectivas descrições dos bens.

Por maioria de votos entenderam os Ministros do STF pela constitucionalidade da adoção de medida provisória pelo Estado-membro (o único que votou em sentido contrário foi o Ministro Carlos Velloso) e por unanimidade de votos entenderam improcedentes os pedidos quanto a duas MPs (MP nº 63 e MP nº 63), prejudicado o pedido quanto a uma delas (MP nº 65) e procedente quanto a MP convertida na Lei 215/90 (MP nº 64), por violar a separação dos poderes.

O Ministro Maurício Corrêa (Relator) iniciou seu voto ressaltando a importância do STF se manifestar definitivamente quanto à competência dos Governadores dos Estados-membros para editar Medidas Provisórias, tal qual é permitido para o Presidente da República por força do artigo 62 da Constituição Federal¹⁰⁷. Para ele as MPs eram uma

¹⁰⁷ CF 1988, redação anterior à Emenda Constitucional nº 32, que vigia à época do ajuizamento da ADIN:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

CF 1988, redação dada pela Emenda Constitucional nº 32:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando

forma de deslocamento da atividade legislativa para o Executivo, através de uma legitimação específica, “um estado de necessidade que faculta ao Poder Executivo valer-se dessa excepcionalidade” (Min. Maurício Corrêa)¹⁰⁸. Continua seu voto:

Embora os mecanismos de exceção para satisfazer crises emergenciais sejam essenciais ao Estado moderno, a prática revelou-se distorcida, valendo-se o Presidente da República desse instrumento de atuação legislativa imediata muitas vezes para resolver situações triviais, algumas até prosaicas, que não guardam relação alguma com a cláusula de relevância e urgência [...](Min. Maurício Corrêa)¹⁰⁹

Indagou-se, portanto, a possibilidade de estender-se a competência excepcional do Presidente da República, prevista no artigo 62 da Constituição Federal, aos Governadores dos Estados. O Ministro Maurício Corrêa entendeu ser compatível tal modelo com os Estados, pois até então o Tribunal vinha considerando as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais, principalmente com relação à tripartição de poderes, ou seja, as Constituições Estaduais poderiam prever suas regras tendo como parâmetro a Carta Federal, nada impedindo a previsão de MPs para os Estados-membros, desde que fossem previstos os dois requisitos contidos na Constituição da República, a relevância e a urgência.

Com relação especificamente a Medida Provisória nº 64/90, afirmou o Ministro Maurício Corrêa que ela ofende o princípio constitucional da separação dos poderes. Para ele, a delegação contida no diploma “traduz-se em anômalo instrumento para dispor da coisa pública, de maneira permanente e segundo a vontade pessoal e exclusiva do Governador” (Min. Maurício Corrêa)¹¹⁰. Tratar-se-ia, para Maurício Corrêa, na realidade, de delegação legislativa conforme previsto no artigo 68¹¹¹ da Constituição Federal e como tal,

sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. (Incluído pela Emenda

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto”.

¹⁰⁸ ADIN 425 - TO, p. 22 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

¹⁰⁹ ADIN 425 - TO, p. 22 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

¹¹⁰ ADIN 425 - TO, p. 32 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

¹¹¹ CF 1988, “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

deveria obedecer ao disposto no referido preceito.

Prosseguiu votando o Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o relator e faz a seguinte observação:

[...] é possível eventualmente verificar-se, aqui ou acolá, uma discussão sobre a utilização abusiva da media provisória. Não podemos esquecer, todavia, que temos, no Brasil, talvez um dos mais amplos controles de constitucionalidade conhecidos no Direito Comparado. Portanto, haverá sempre a possibilidade de se examinar a questão, seja no âmbito estadual, seja no âmbito desta Corte. (Min. Gilmar Mendes)¹¹²

O Ministro Carlos Velloso divergiu da tese até então apresentada¹¹³, afirmando que a delegação legislativa, por ser excepcional, somente é legítima se expressamente autorizada na Constituição, que no tocante ao Executivo federal, autoriza a edição de MP, observadas as condições do artigo 62, porém em nenhum momento autoriza o Executivo estadual a fazer o mesmo. Perguntado, pelo Ministro Nelson Jobim, se o mesmo raciocínio aplicar-se-ia às leis delegadas, respondeu Carlos Velloso:

[...] **cum grano salis**, porque quanto à lei delegada haverá autorização expressa do Poder Legislativo. É dizer, a delegação é feita pelo Poder Legislativo: C.F., art. 68.

[...]

[...] A posição ortodoxa que adoto relativamente à medida provisória, relativamente aos governos estaduais, há de ser encarada **com grano salis** ao se tratar de leis delegadas. Nestas, repito, há a participação do Poder Legislativo, que faz a delegação ao Executivo. (Min. Carlos Velloso)¹¹⁴

Esta afirmação parece contrária ao que de fato ocorre na prática, demonstrado na primeira etapa deste trabalho. Quanto às MPs, espécie de delegação diferente daquela prevista no artigo 68 da Carta Federal, também existe uma autorização legislativa, seja aprovando e conseqüentemente convertendo a MP em lei, seja rejeitando-a.

O Ministro Sepúlveda Pertence se dirigiu ao Ministro Carlos Velloso lembrando-o que quanto à reserva de iniciativa das leis estaduais, também não há previsão na Constituição Federal e o STF vem entendendo, inclusive com votos do Ministro Carlos Velloso, pela

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda”.

¹¹² ADIN 425 - TO, p. 35 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹¹³ Não admite a existência de MPs no âmbito estadual e por isso, nem analisa o mérito da questão.

¹¹⁴ ADIN 425 - TO, p. 38/39 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

aplicação simétrica nos Estados, do disposto na Carta Federal relativamente à iniciativa das leis. Na visão dos Ministros existiria uma incongruência no voto de Carlos Velloso.

O próximo a votar foi o Ministro Celso de Mello, que demonstrou em seu voto incompatibilidade com a teoria aqui apresentada, principalmente no concernente a teoria da delegação legislativa no âmbito das MPs¹¹⁵:

É sempre importante lembrar – e advertir – que a crescente **apropriação institucional** do poder de legislar, **por parte** dos **sucessivos** Presidentes da República, **tem despertado graves preocupações** de ordem jurídica, **notadamente** pelo fato de a **utilização excessiva** das medidas provisórias **causar** profundas **distorções** que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. **Tenho assinalado**, por isso mesmo, Senhor Presidente, que **nada pode justificar** a utilização **abusiva** de medidas provisórias, **sob pena** de o Executivo – **quando ausentes razões constitucionais** de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, **ilegitimamente**, na mais relevante função institucional **que pertence** ao Congresso Nacional, **vindo a converter-se**, no âmbito da comunidade estatal, **em instância hegemônica de poder**, afetando, desse modo, **com grave prejuízo** para o regime das liberdades públicas **e sérios reflexos** sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que **necessariamente** deve existir entre os Poderes da República. (Min. Celso de Mello)¹¹⁶

Duas observações devem ser feitas quanto ao trecho transcrito. Conforme o que ensina a teoria apresentada na primeira etapa do trabalho, eventual utilização excessiva das MPs por parte do Executivo, contém a aquiescência do Legislativo, que participa do processo de elaboração, mesmo quando silencia. Não há qualquer tipo de apropriação institucional, há apenas o uso de uma prerrogativa por parte do Executivo, da maneira como foi prevista na Constituição Federal. Disto depreendemos a segunda observação, editar MPs não causa prejuízo à harmonia dos poderes, não prejudica o sistema de freios e contrapesos. Pelo contrário, trata-se da expressão maior do sistema de separação de poderes previsto na Constituição Federal, trata-se da máxima efetividade da inter-relação entre os Poderes constituídos.

O Ministro Celso de Mello ainda asseverou que a Corte firmou jurisprudência no sentido de ter ela o dever-poder de intervir em casos nos quais fique configurado o que o Ministro chama de “*cesarismo governamental*”, ou exercício compulsivo, através do controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, evitando assim prejuízos à separação dos poderes. No restante, o Ministro Celso de Mello segue os mesmos argumentos do Ministro Maurício Corrêa.

O Ministro Sepúlveda Pertence, voltou a afirmar em seu voto que não existe um modelo do qual se extraia conceitos universais de separação dos poderes, nem mesmo da

¹¹⁵ Item 3.1.2.1 – *Medidas Provisórias, delegação ou abdicação?*

¹¹⁶ ADIN 425 - TO, p. 41/42 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

leitura de Montesquieu seria possível tal extração (a separação dos poderes seria aquela fixada no texto constitucional, não aquela abstratamente considerada). A partir desta afirmação, reconhece que o processo legislativo é um dos marcos mais significativos na identificação do modelo positivo de separação os poderes de cada país, que se impõe à observância dos Estados-membros, podendo, portanto, o Governador se valer da competência de editar MPs.

7.1.5 O Caso da Prerrogativa de Foro do Presidente do Banco Central do Brasil

No ano de 2004, no auge de uma série de denúncias contra o Presidente do Banco Central do Brasil - BC, Henrique Meirelles (de que ele teria feito remessa de recursos para o exterior não declarados à Receita Federal), foi editada uma Medida Provisória - MP, convertida em Lei, que dava status de Ministro ao Presidente do BC, garantindo assim foro privilegiado em eventuais ações criminais. Este fato teve grande repercussão na mídia, gerando inúmeras críticas ao Presidente da República, o qual teria editado uma MP casuística, para salvar um integrante de seu governo da justiça comum. Dois partidos de oposição à época, PFL e PSDB, ingressaram com uma ação direta de inconstitucionalidade contra a referida MP – ADIN 3289 - DF, constante da nossa pesquisa inicial (dentre inúmeros argumentos, um deles era a violação a separação dos poderes por parte da MP).

Com relação ao princípio objeto deste trabalho, alegavam, em síntese, ofensa ao disposto no artigo 52, III, “d” e artigo 84, I e XIV¹¹⁷, ambos da Constituição Federal. Os requerentes enfatizavam potencial ofensa ao princípio da separação dos poderes, isto porque a MP estaria permitindo a nomeação do Presidente do BC sem a prévia aprovação do Senado Federal, contrariando o expressamente exigido no pelo artigo 52, III, “d”.

O tribunal, por maioria de votos, julgou improcedente a ADIN 3289, vencidos totalmente os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence e

¹¹⁷ CF, 1988, art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal:*

(...)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

(...)

d) Presidente e diretores do banco central;

(...)

f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

(...).

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

(...)

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

(...).

vencido em parte o Ministro Celso de Mello. Votaram pela improcedência os Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

O argumento de violação ao princípio da separação dos poderes foi considerado muito fraco pelos Ministros, mesmo por aqueles que votaram pela procedência do pedido, que o fizeram por outros argumentos. Para eles, a MP apenas conferiu ao cargo de Presidente do BC o status de Ministro de Estado, principalmente para efeitos de foro privilegiado, o que não afastaria a exigência de prévia aprovação do Senado federal quando da indicação pelo Presidente da República. Neste caso específico de nomeação, haveria um procedimento constitucional próprio, que teria como pressuposto a aprovação prévia de uma casa legislativa, espécie de necessidade adicional à função a ser exercida na presidência do BC, ou seja, além de todo o procedimento relacionado a um cargo de Ministro de Estado, seria necessário o procedimento de apresentação do nome ao Senado para a devida chancela no caso de Presidente do BC.

A fragilidade do argumento, para os Ministros, residia no fato de que a atribuição pura e simples de status de Ministro de Estado ao Presidente do BC, não implicava na modificação do disposto na Constituição Federal. Ora, se a Carta Maior erigiu determinado procedimento, qual seja a submissão ao Congresso de determinada nomeação, a MP deve ser lida de modo a conservá-lo e não a afastá-lo.

Apesar de ter sido tratado diretamente apenas neste aspecto, outras passagens dos votos são relevantes no entendimento do que venha a ser a separação dos poderes.

Ao tratar do foro privilegiado, o Ministro Gilmar Mendes (Relator) afirmou que órgãos colegiados dentro do judiciário possuem maior independência e inequívoca seriedade, quando comparados com a jurisdição de primeira instância¹¹⁸.

Um Presidente do Banco Central passa a responder a quatro ações de improbidade, pela simples razão de ter supostamente afetado, com alguma decisão administrativa de sua competência, a rica poupança da Dra. Walquíria e seus ilustres colegas.

E é justamente por isso que está consagrada, em nosso sistema constitucional, a instituição da prerrogativa de foro. Além de evitar o que poderia ser definido como um (sic) tática de guerrilha – nada republicana, diga-se – perante os vários juízos de primeiro grau, a prerrogativa de foro serve para que os chefes das principais instituições públicas sejam julgados perante um órgão colegiado dotado de maior independência e de inequívoca seriedade. (Min. Gilmar Mendes)¹¹⁹

A discussão mais importante que aparece nesta ADIN sobre medida provisória, revela o enfoque do STF sobre separação de poderes.

¹¹⁸ Apenas não ficou clara a fundamentação desta afirmação, ou seja, porque um magistrado de primeiro grau seria menos independente.

¹¹⁹ ADIN 3289 – DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

Quero dizer que não sou antipático à medida provisória. As técnicas de delegação legislativa representam a tônica do constitucionalismo contemporâneo. Num Estado de Direito, tudo se faz de conformidade com a lei. Os parlamentos, entretanto, são lentos e isso ocorre no mundo inteiro. Por isso, os constitucionalistas e os cientistas políticos criaram técnicas de delegação legislativa conferindo ao Executivo a faculdade de legislar.

[...]

Agora, Senhor Presidente, é preciso ficar bem claro que a legitimidade da delegação legislativa está no controle exercido sobre essa mesma delegação legislativa. Primeiro, o controle político, por parte do parlamento; segundo, nos sistema como o nosso, o controle judicial. (Min. Carlos Velloso)¹²⁰

Senhor Presidente, no julgamento da ADI 1.397/DF, de que fui relator, proferi voto para afirmar que os requisitos de relevância e urgência possuem natureza política, ficando a sua apreciação, em princípio, por conta dos poderes políticos, Executivo e Legislativo. Acrescentei: todavia, quando a alegação de urgência e relevância, por parte do chefe do Executivo, evidenciar-se impropriedade, pode ela sujeitar-se ao controle judicial (Min. Carlos Velloso)¹²¹.

O Ministro Carlos Velloso, nesta passagem, traduziu o significado da separação de poderes na doutrina constitucional vigente. Conforme depreendemos dos aspectos trazidos na primeira etapa do trabalho, o Executivo se valendo de uma capacidade legislativa extraordinária, diante da baixa capacidade de produção normativa do Congresso Nacional, pode editar ato normativo, sujeito, no entanto, ao controle político por parte do Legislativo e ao controle jurídico, por parte do Judiciário. Trata-se de típico intercâmbio entre funções, que corresponde à existência dos três poderes, sem sobreposição de um a outro. Complementando esta visão, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou:

Na oportunidade, Vossa Excelência, Senhor Presidente, trouxe um argumento, a meu ver, irresponsável: se acaso o Congresso rejeitar uma medida provisória por lhe faltarem os requisitos de relevância e urgência, poderia o Presidente da República provocar o Supremo Tribunal Federal a declarar que, pelo contrário, a medida provisória era não só urgente, como também relevante? (Min. Sepúlveda Pertence)¹²²

Neste acórdão, parece não ficar muito clara a resposta para a questão de saber se cabe ou não controle do Judiciário em atos de natureza política de outros Poderes¹²³.

¹²⁰ ADIN 3289 – DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

¹²¹ ADIN 3289 – DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

¹²² ADIN 3289 – DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

¹²³ Com relação às MPs, o STF vem assumindo, conforme outras análises efetuadas neste trabalho e em trabalho já citado, apresentado à Sociedade Brasileira de Direito Público, a possibilidade de controle do judiciário em caracteres tipicamente políticos contidos nas MPs, como relevância e urgência.

Por fim, cumpre assinalar um temor do Ministro Sepúlveda Pertence, concebendo uma espécie de limite ao poder jurisdicional, travestido no medo de que um princípio passe a justificar qualquer tipo de ação por parte do Judiciário:

A alegação de ofensa ao princípio da moralidade, quero deixar claro também que não acolho no caso. Confesso meu temor do uso, sem muita discricção, desse princípio constitucional, porque, por meio dele, podemos estabelecer o governo dos juízes, que não é, por ser de juízes, menos arbitrário que outros arbitrários. (Min. Sepúlveda Pertence)¹²⁴

Dentre os muitos aspectos da separação dos poderes no Brasil, o contido neste voto é um que merece destaque. Uma regra típica da organização de um Poder, o Executivo, editada por ele mesmo, através de uma MP, convertida em lei pelo Legislativo é chancelada pelo Judiciário, por meio do STF. Este é um caminho muito comum que a disposição das regras institucionais do Brasil vem permitindo ao longo dos anos em que a Constituição de 1988 vige. Por este caminho inúmeras políticas públicas são implementadas e regras do jogo instituídas, com a participação ativa dos três Poderes no processo todo. Neste processo, cabe ao judiciário, por derradeiro, aplicar o direito e dizer se tal ato é ou não válido. Daí o possível motivo da existência do temor por parte do Ministro Sepúlveda Pertence, de que se instaure a ditadura do judiciário e todo o caminho de integração entre os poderes, construído pela Constituição Federal, fique atado, estabelecendo-se a supremacia de um poder em relação aos demais.

7.1.6 O Caso da Nomeação do Chefe do Ministério Público Estadual

O caso em tela foi abordado em duas ADINs, mais precisamente a ADIN nº 1962 – RO e a ADIN nº 1506 – SE, julgadas procedentes por unanimidade. Em ambas as ações, o Procurador Geral da República indagava se era compatível com o modelo Constitucional brasileiro, norma editada no âmbito estadual, seja na respectiva Constituição ou em uma lei estadual qualquer, que condicionava a nomeação do Chefe do Ministério Público do Estado à aprovação do seu nome pelo Poder Legislativo. Em ambos os acórdãos, os Relatores, ao proferirem seus votos, transcreveram um bom trecho do voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence quando do julgamento da Medida Cautelar na ADIN 1228 – AP, o que serviu de fundamento aos seus votos nas ADINs aqui analisadas.

O fundamento principal do Ministro Sepúlveda Pertence é o mesmo utilizado em outros acórdãos, cujas análises já foram efetuadas. Conforme ele argumentou, a separação dos poderes é um princípio fundamental da República e como tal deve ser um limite à reforma da Constituição. Porém, não haveria um conceito de significação inequívoca *a priori*,

¹²⁴ ADIN 3289 – DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

pois para a ordem jurídica brasileira, o conteúdo deste princípio se extrairia do regime de poderes positivado na Constituição. Para se chegar à idéia de violação ou não-violação deste preceito era necessário olhar para outros dispositivos que dessem embasamento para a delimitação do que vem a ser a separação de poderes pátria. Neste caso específico, de preenchimento do cargo de Chefe do Ministério Público do Estado, a Constituição Federal teria especialmente delimitado-o, disciplinado o processo de nomeação, sem previsão de intervenção do Poder Legislativo¹²⁵. Deste modo, normas estaduais não poderiam deturpar tal procedimento, sob pena de violarem a separação dos poderes concebida no Brasil.

7.1.7 Os Casos Sobre Vício de Iniciativa e Aumento de Despesa

Este tópico irá analisar os casos atinentes à Administração Pública, selecionados na primeira etapa do trabalho, que tenham como principal discussão o vício de iniciativa de leis e a conseqüente relação com a separação dos poderes.

A Constituição Federal, ao moldar a configuração institucional da separação dos poderes no Brasil, previu, dentre outros, dois instrumentos que caracterizam o sistema de freios e contrapesos, previsto nos artigos 61 e 63, conforme transcrição abaixo:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

¹²⁵ *CF, 1988, Art. 128. O Ministério Público abrange:*

(...)

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

(...)

§ 3º - Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

(...).

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública, observado o disposto no art. 84, VI (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

[...]

Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;

II - nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.

Como é possível depreender da leitura, ambos os artigos se complementam e por isso serão analisados no mesmo tópico. Com relação a estes dois artigos, foram encontradas inúmeras decisões (38 acórdãos). Diante deste elevado número, optamos por fazer uma divisão meramente didática, para facilitar a compreensão destes casos. Levamos em consideração para tanto o grau de repetição de algumas decisões, pois muitas delas simplesmente faziam referência aos artigos da Constituição Federal ou a acórdãos passados e possuíam votos bastante curtos proferidos pelos Ministros. Destarte, dividimos este grupo de ADINs em dois: comuns e diferenciadas. Nas comuns, ficaram todas aquelas que seguiram o mesmo padrão decisório, mudando pouquíssimos pontos (maior número). Nas diferenciadas, ficaram todas aquelas que saíam daquele padrão decisório e por este motivo são passíveis de uma análise mais cuidadosa.

7.1.7.1 Os Casos Considerados Comuns

Trata-se das seguintes ADINs: 1434 – SP; 276 – AL; 2804 – RS; 391 – CE; 1124 – RN; 2420 – ES; 152 – MG; 89 – MG; 1731 – ES; 2577 – RO; 2748 – ES; 2115 – RS; 843 – MS; 250 – RJ; 2719 – ES; 2576 – RO; 1255 – RO; 2705 – DF; 56 – PB; 430 – PR; 766 – RS; 774 – RS; 822 – RS; 2806 – RS; 1165 – DF; 248 – RJ; 152 – MG; 805 – RS; 637 – MA; 2710 – ES; 2393 – AL, 2336 – SC, 645 – DF, 2079 - SC e 2170 - SP. Destas, a exceção das ADINs 152 – MG e 483 - PR, que foram julgadas procedentes por maioria, todas as outras foram julgadas procedentes por unanimidade. Os vícios de iniciativa apontados eram sempre de duas ordens, ou provenientes de leis estaduais ou de dispositivos constitucionais estaduais.

Quanto ao vício de iniciativa aplicado aos dispositivos constitucionais estaduais, os Ministros discutiam em seus votos o poder constituinte estadual e seus limites em razão da Constituição Federal:

O constituinte estadual, portanto, não dispõe da plenitude originária do criador da Constituição Federal. Enfrenta ele, ao revés, a limitação que lhe impõe, genericamente, a observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal. E a limitação específica dos princípios constitucionais enumerados vai servir para apurar, posteriormente, sua fidelidade ao modelo federal. (Min. Ilmar Galvão)¹²⁶

Dentre estes limites, encontrava-se as regras básicas do processo legislativo da União, em particular aquelas que dizem respeito à reserva de iniciativa das leis, que “por sua imbricação com o princípio de separação e independência dos Poderes são de absorção compulsória pelos Estados-membros” (Min. Sepúlveda Pertence)¹²⁷. Assim, para os Ministros, se a Constituição Federal elegeu a separação dos poderes como um princípio fundamental, as linhas básicas do processo legislativo federal tinham de ser entendidas como componentes deste princípio, pois é no processo legislativo que se encontra um dos caracteres mais marcantes da separação dos poderes¹²⁸.

A Constituição da República, ao conferir aos Estados a capacidade de auto-organização e autogoverno, impôs, enquanto padrão normativo, ser compulsória a observância do modelo federal estruturador da elaboração das leis, de modo que o legislador estadual não pode validamente dispor sobre as matérias reservadas à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, sob pena de incorrer em ofensa a separação, independência e harmonia entre os Poderes – princípio fundamental da República (CF, art. 2º), erigido em limitação à reforma da Constituição (CF, art. 60, §4º, inciso III).

[...]

Assim, por exemplo, a iniciativa reservada das leis [...] revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação dos poderes. (Min. Carlos Velloso)¹²⁹

Assim, os Ministros entendiam que uma Lei ou dispositivo constitucional estadual que não respeitasse os artigos 61 e 63 da Constituição Federal, estaria ao mesmo tempo violando a separação entre os poderes e incorrendo em vício formal, sendo, portanto, inconstitucional¹³⁰. Todas as ADINs questionavam atos normativos estaduais e como tal deveriam ser aplicados os respectivos artigos simetricamente ao Governador do Estado. Para os Ministros, o artigo 63 se ligava à idéia de limitação material das emendas parlamentares aos projetos de iniciativa do Executivo, ou seja, objetivava restringir eventuais

¹²⁶ ADIN 89 - MG, RTJ 150, p. 352.

¹²⁷ ADIN 276 – AL, RTJ 170, p. 385.

¹²⁸ As normas do processo legislativo constantes da Constituição Federal seriam aplicáveis aos Estados inclusive na elaboração e modificação de suas Constituições.

¹²⁹ ADIN 2719 – ES, p. 185 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹³⁰ Na esteira do argumento trazido anteriormente, mesmo a Constituição Estadual, fruto de poder constituinte estadual, estaria adstrita à iniciativa do Executivo.

alterações daqueles projetos impedindo aumento de despesa, por estar diretamente relacionado à atividade administrativa.

A Lei estadual 10.430/99, embora nascida de iniciativa do chefe do Executivo, foi aprovada na forma de emenda parlamentar que alterou significativamente o projeto original: trata-se de emenda parlamentar que acarretou aumento da despesa, nos projetos de iniciativa reservada ao Poder Executivo, com violação do disposto no art. 63, I, da Constituição Federal.

A vedação – porque inserida no modelo positivo de separação e independência dos Poderes – é de observância compulsória pelos Estados [...]. (Min. Sepúlveda Pertence)¹³¹

Ainda com relação às alterações promovidas pelo Legislativo, é importante ressaltar que as emendas parlamentares aos projetos de iniciativa do Chefe do Executivo eram aceitas, desde que não extrapolassem os limites objetivos do projeto (além de não aumentarem as despesas previstas), assim, o Legislativo não poderia se valer de um projeto sobre determinado assunto para legislar sobre outro tema completamente distinto.

Assinale-se ainda que os dispositivos em apreço retiraram do legislador tão-somente o poder de deflagrar o processo legislativo, mas não o poder de deliberar acerca do projeto de lei recebido do Chefe do Poder Executivo, dando-lhe ou negando-lhe aprovação, total ou parcial, e também aperfeiçoando-o mediante modificações introduzidas por via de emendas. O que resta saber é se, a propósito de introduzir-lhe emendas, pode o Poder Legislativo extrapolar dos limites objetivos do projeto, para cuidar de aspectos materiais neles não compreendidos, ampliando, por este modo, o campo de incidência da futura lei (Min. Ilmar Galvão)¹³².

É interessante frisar, que nas ADINs estudadas neste tópico, os Ministros se valeram da própria Constituição Federal para definir a separação dos poderes, pois para eles, os artigos 61 e 63 estavam diretamente ligados à formatação definida na Carta, ou seja, não partiram de um modelo previamente estabelecido de análise, partiram do modelo brasileiro, conforme se depreende, por exemplo, da citação abaixo:

Com efeito, Sr. Presidente, é evidente que o processo legislativo é um dos cenários em que se põe o problema, em que se resolve o problema do jogo dos poderes na estrutura do Estado. E não há um modelo **a priori** de independência e harmonia dos Poderes. O regime brasileiro de independência e harmonia dos Poderes há de ser extraído daquele desenhado no texto positivo da Constituição, no qual, repito, o processo legislativo é um dos momentos mais relevantes de identificação. (Min. Sepúlveda Pertence)¹³³

¹³¹ ADIN 2170 – SP, RTJ 194, p. 841.

¹³² ADIN 645 – DF, p. 64 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹³³ ADIN 89 – MG, RTJ 150, p. 354.

A peculiaridade destas ADINs encontra-se nas duas que foram julgadas procedentes por maioria, ADIN 152 – MG e ADIN 483 – PR. Em ambas as ações, nas quais se questionavam dispositivos das respectivas Constituições Estaduais, apenas o Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ação, em sentido contrário à maioria dos Ministros, que julgaram as ADINs procedentes sob o argumento de que os dispositivos atacados eram formalmente inconstitucionais por não respeitarem a reserva de iniciativa contida na Constituição Federal. Até ai nenhum problema, se não fosse pelo fato do Ministro Marco Aurélio ter votado com a maioria em todas as outras ADINs levantadas neste tópico e apenas nestas duas ter divergido. Nestas ações o fundamento do Ministro Marco Aurélio é que *“há de se distinguir a atuação do legislador ordinário daquela do legislador constituinte”* (Min. Marco Aurélio)¹³⁴, dando a entender que a reserva de iniciativa só deveria ser respeitada quando se tratasse de lei ordinária¹³⁵.

7.1.7.2.1 Casos Diferenciados: A Representação em Juízo do Poder Legislativo

Na ADIN 1557 – DF o requerente (Associação Nacional de Procuradores de Estado – ANAPE) questionava se a estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo do Distrito Federal, responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da respectiva Câmara Legislativa, feita por emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal, violaria o princípio da separação dos poderes, principalmente porque esta regulamentação seria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. A ADIN foi julgada procedente em parte, por maioria, para declarar a constitucionalidade da existência da representação jurídica do Poder Legislativo apenas em casos excepcionais, quando a Câmara Distrital compareça em juízo em nome próprio (votou minoritariamente o Ministro Marco Aurélio).

Em síntese, a questão neste acórdão era averiguar se a existência de um órgão de assessoramento jurídico pertencente à estrutura administrativa da Assembléia Legislativa que respondesse judicialmente por ela, compatibilizava-se com o princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do DF, previsto no artigo 132¹³⁶ da Carta Federal e o

¹³⁴ ADIN 483 – PR, p. 127 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹³⁵ O ponto contraditório da fundamentação do Ministro encontra-se no fato de que em outras ADINs, nas quais o que se questionava era determinado dispositivo da Constituição Estadual, ele acompanhou a maioria no sentido de dizer que inclusive aquelas Constituições deveriam respeitar a reserva de iniciativa. A título exemplificativo citamos: ADIN 843 – MS, ADIN 276 – AL, ADIN 2393 – AL, ADIN 430 – MS, ADIN 637 – MA, ADIN 2710 – ES e 89 – MG.

¹³⁶ CF 1988, Redação Anterior à Emenda Constitucional nº 19:

“Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135”

princípio da separação dos poderes, relacionado ao vício de iniciativa. No desenrolar da discussão, inúmeros aspectos relevantes para a compreensão da separação dos poderes foram levantados.

A Ministra Ellen Gracie (Relatora) iniciou seu voto afirmando que a jurisprudência do STF já havia firmado entendimento que o “mandato judicial” outorgado pela Constituição Federal às Procuradorias envolve, a princípio, o patrocínio dos três Poderes estaduais, uma vez que órgãos como Tribunais de Justiça e Assembléias Legislativas não possuem personalidade jurídica própria, ao mesmo tempo em que integram a entidade da Federação a que pertencem, esta sim dotada de tal atributo.

No entanto, para a Ministra Ellen Gracie, algumas situações podem ocorrer em que um determinado Poder necessite estar em juízo praticando, por si mesmo e validamente, uma série de atos processuais na defesa de interesses peculiares, objetivando assegurar sua autonomia e independência diante dos demais Poderes.

[...] no tocante à representação judicial da Casa requerida, os limites traçados pela jurisprudência desta Corte apontam para a legitimidade desta função, a ser exercida por uma Procuradoria Legislativa, apenas naqueles casos em que a Câmara apresente-se em juízo em nome próprio, na proteção da autonomia e da independência do Poder Legislativo distrital e, nunca, na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público do Distrito Federal. (Min. Ellen Gracie)¹³⁷

Destarte, para a Ministra Ellen Gracie, haveria vício formal se a iniciativa da lei tivesse partido do Chefe do Poder Executivo, pois esta regra organizacional é típica da esfera de atuação de outro Poder, o Poder Legislativo.

O Ministro Marco Aurélio, em sentido contrário à Ministra Ellen Gracie, afirmou que as procuradorias atendem a Unidade Federada, ou seja, ao Executivo, Legislativo e Judiciário conjuntamente. O Ministro Marco Aurélio entende não haver distinção quanto ao objeto, quanto à atividade a ser desenvolvida, pois a representação é exercida por procuradores do Estado. Nesta linha argumentativa, o Ministro Marco Aurélio ignora uma das características mais marcantes da separação dos poderes pátria, o constante conflito entre Legislativo e Executivo.

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19: “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias”.

¹³⁷ ADIN 1557 – DF, RTJ 192, p. 479.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Tenho dúvidas, sim, e Vossa Excelência, comumente, as resolve.

E, se houver conflito entre o Executivo e o Legislativo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, é princípio básico da Administração Pública a impessoalidade. Não posso raciocinar com a exceção, com o extravagante, com o excepcional, com a crise, em um Estado Democrático. O que surge para mim, claramente, é que o artigo 132 da Constituição Federal é linear: a representação, quer se trate do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, está a cargo da Procuradoria do Estado. Sabemos Senhor Presidente, o que ocorre quando numa interpretação ativista, construtiva, estabelece-se a exceção. A tendência é generalizá-la.

A meu ver, a Carta de 1988 encerra a racionalização dos trabalhos, a concentração da defesa do Estado como um todo. (Min. Cezar Peluso e Min. Marco Aurélio)¹³⁸

Aparentemente o Ministro Marco Aurélio ignorou o fato de que o conflito entre Poderes Legislativo e Executivo não é uma exceção, é uma constante no sistema institucional de controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Para tanto, basta olharmos os números trazidos na primeira etapa da pesquisa, quando se constatou o embate constante entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Na continuação da discussão acima transcrita, prosseguiram os Ministros:

O Sr. Ministro Gilmar Mandes: Pelo que depreendi do voto da Ministra Ellen Gracie, a ressalva restringe-se à atuação dessa chamada Procuradoria – que poderia ser chamada consultoria ou assessoria jurídica –, naqueles feitos em que a Assembléia atuará, excepcionalmente, em nome próprio. Consegue-se até vislumbrar esses conflitos entre órgãos, aos mandados de segurança “especiais”. São casos de prestação de informações.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O mandado de segurança, que tem sido utilizado no Brasil como sucedâneo do conflito de atribuições entre Poderes. E, aí, crio que o princípio fundamental da independência dos Poderes se sobrepõe à interpretação literal, *a contrario sensu*, do artigo 132. (Min. Gilmar Mandes e Min. Sepúlveda Pertence)¹³⁹

Tal diálogo, demonstra que outros os Ministros, que não o Ministro Marco Aurélio, reconhecem o conflito constante existente entre Poderes, até por outros mecanismos processuais que não as ADINs (mandado de segurança) e consideram este fato ao interpretar a Constituição Federal, ou seja, consideram o modelo institucional de separação dos poderes vigente no Brasil ao interpretar o artigo 132.

7.1.7.2.2 Casos Diferenciados: A Exceção à Regra da Reserva de Iniciativa

¹³⁸ ADIN 1557 – DF, RTJ 192, p. 481.

¹³⁹ ADIN 1557 – DF, RTJ 192, p. 482.

Neste tópico foi selecionado um caso, ADIN 243 – RJ, que fixa um parâmetro para atuação do Legislativo nas Constituições Estaduais em temas de iniciativa reservada ao Executivo. A questão central é: podem as Assembléias Legislativas tratar de matérias de iniciativa exclusiva do Executivo?

Nesta ADIN era questionado se a Constituição Estadual poderia prever os requisitos para ingresso no serviço público. O tribunal por maioria declarou a inconstitucionalidade de tal dispositivo, sendo vencidos os Ministros Octavio Gallotti, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. Apesar da decisão final ter sido no sentido daquelas proferidas no que chamamos de *casos comuns*, neste acórdão a controvérsia foi maior, fato este que refletiu no número de membros que votaram em sentido contrário à maioria. O Ministro Sepúlveda Pertence resume bem o motivo da discordância:

[...] esta matéria foi muito discutida nos primeiros anos de prática da Constituição de 1988, e, ao final, esboçou-se, no Tribunal, uma distinção: incidia o vício formal, da falta de iniciativa reservada ao Poder Executivo – ainda se tratando de norma inserta na Constituição Estadual – quando se cuidasse, lembrou o eminente Relator, de minúcias, de miudezas do regime jurídico dos servidores públicos, mas, não naquilo que dissesse respeito a princípios fundamentais da Administração, de tratamento adequado à Constituição Local (v.g., ADIn 231, Moreira, *LEX* 174/7; ADIn 97, Moreira, *RTJ* 157/664). Creio que não se pode reduzir a essas miudezas essa norma inspirada no princípio fundamental da isonomia, que cuida do acesso dos cidadãos aos concursos e, conseqüentemente, ao serviço público do Estado. (Min. Sepúlveda Pertence)¹⁴⁰

A importância deste trecho, mesmo tendo sido retirado de um voto vencido, reside no fato de que o Ministro Sepúlveda Pertence, citando dois precedentes (não encontrados em nossas pesquisas iniciais), fixou um critério de aceitação de textos constitucionais estaduais que aparentemente versem sobre matérias de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, ou seja, estabeleceu uma exceção à regra da reserva de iniciativa das leis. Assim, para o Ministro Sepúlveda Pertence, quando a Constituição Estadual cuidar de aspectos gerais e/ou principiológicos da Administração pública, não haveria nenhum vício, pois apenas existiria violação da separação dos poderes quando a Carta Estadual tratasse das questões reservadas à iniciativa do Chefe do Executivo de maneira pormenorizada.

É importante ressaltar que pela leitura do voto do Ministro Sepúlveda Pertence percebemos que esta tese é recorrente dentro do STF, mesmo não tendo sido encontrados outros acórdãos sobre o tema. No caso concreto a fixação da premissa não é discutida, em outras palavras, os Ministros não discutem se esta interpretação do Ministro Sepúlveda Pertence está ou não correta. Na realidade, os votos vencedores interpretam a norma

¹⁴⁰ ADIN 243 – RJ, RTJ 184, p. 386.

atacada de maneira diferenciada, pois entendem que ela está tratando de uma “miudeza” (tema muito específico) não compatível com uma Constituição Estadual.

7.1.8 Caso dos Crimes de Responsabilidade

Trata-se da ADIN 132 – RO, que, dentre outras coisas¹⁴¹, questionava a constitucionalidade da tipificação de crimes de responsabilidade na Constituição do Estado de Rondônia. O STF, por unanimidade, julgou procedente a ação neste ponto.

Além do fundamento da reserva de competência legislativa à União (ponto este que não guarda pertinência com a separação dos poderes), argumento mais relevante para a construção dos votos dos Ministros, o Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) enalteceu outro aspecto para fortalecer a tese de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados (responsáveis por tipificar crimes de responsabilidade), a violação da separação dos poderes.

Ora, na Constituição Federal, o art. 85 adstringe-se a enumerar os bens jurídicos a proteger na definição dos crimes de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, cuja tipificação, no entanto, ficou expressamente reservada à lei ordinária.

Donde resulta a necessária participação do Poder Executivo no processo de elaboração da lei de definição dos crimes de responsabilidade, que compreende o poder de veto de eventuais demasias do Legislativo.

Desse modelo – compulsório para os Estados porque de óbvias imbricações com o regime de poderes -, diverge a antecipação, por norma constitucional, da criação de tipos completos de crimes de responsabilidade, assim definidos de modo a subtrair ao Governador a possibilidade de influir no correspondente processo legislativo. (Min. Sepúlveda Pertence)¹⁴²

Assim, para o Ministro Sepúlveda Pertence, uma vez consolidada a jurisprudência do STF da necessária observação pelos Estados das normas referentes ao processo legislativo federal, “dada a sua derivação do modelo positivo do regime de separação e independência dos poderes da Constituição da República” (Min. Sepúlveda Pertence)¹⁴³, seria forçoso que se respeitasse a atribuição de tal competência à lei ordinária, evidenciando clara relação entre o princípio da reserva legal e o princípio da separação dos poderes.

7.1.9 O Caso Sobre Provimento dos Cargos de Diretores de Unidades de Ensino

¹⁴¹ Os outros pontos questionados não são relevantes para a compreensão da separação dos poderes.

¹⁴² ADIN 132 – RO, RTJ 185, p. 78/79.

¹⁴³ ADIN 132 – RO, RTJ 185, p. 78.

No caso presente, ADIN 578 – RS, o STF, por maioria dos votos, julgou procedente a ADIN para declarar a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal que previa a eleição para provimento de cargos de diretores de unidades de ensino. O Governador do Estado insurgiu-se contra as leis que traziam essa exigência, sob o argumento de violação do princípio da separação e independência entre os poderes. A violação ocorreria porque tal princípio era de observância obrigatória por parte dos estados membros e tinha, como uma de suas características, a competência exclusiva do Chefe do Executivo de nomear e exonerar livremente os ocupantes de cargos em comissão, entendidos como aqueles de direção, chefia e assessoramento. Neste sentido, não poderia o Poder Legislativo, através de lei, mudar a mecânica desta prerrogativa inerente ao Poder Executivo. Este caminho argumentativo é aquele tecido pelos votos vencedores.

Em sentido contrário, votaram os Ministro Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. O Ministro Marco Aurélio fundamentou seu voto substancialmente no princípio federativo. Para ele, pelo fato da Constituição Federal ter atribuído autonomia governamental, competência legislativa e competência concorrente para a União, Estados e Municípios legislarem sobre educação, era compatível com o ordenamento jurídico vigente que tais prerrogativas assinaladas fossem exercidas de forma plena. Além disso, para o Ministro Marco Aurélio, se a regulamentação dos cargos em comissão exigia lei, nada obstava que a própria Constituição tivesse previsto a seleção competitiva interna para o cargo comissionado de Diretor de escola pública. Em nenhum momento o Ministro Marco Aurélio fez menção à separação dos poderes, apenas afirmou que os princípios da Constituição Federal estavam sendo respeitados, principalmente o princípio federativo. Já para o Ministro Sepúlveda Pertence, ao garantir a gestão democrática do ensino público na forma da lei, o artigo 206¹⁴⁴ da Constituição Federal abriu uma exceção ao sistema dos cargos em comissão em geral. Por este motivo considerou os dispositivos questionados constitucionais, também sem fazer nenhuma referência ao princípio da separação dos poderes.

7.2 Política Social e Ambiental: O Caso RIMA

Dentro da subdivisão “B”, política social e ambiental, apenas uma decisão foi encontrada, relativa à política ambiental. Trata-se da ADIN 1.505 do Espírito Santo, que questionava um artigo da Constituição Estadual que submetia o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) ao crivo de uma comissão permanente e específica da Assembléia

¹⁴⁴ CF 1988, “Art. 206. *O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:*

(...)

VI - *gestão democrática do ensino público, na forma da lei;*

(...)”

Legislativa. A questão fundamental da demanda era a transferência do Poder de Polícia, Poder da Administração, de conceder autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente, para o Poder Legislativo estadual.

No voto do Ministro Eros Grau (Relator), o cerne da argumentação, era o fato de que as autorizações são atividades do Poder Executivo, ou seja, ao atribuir tal competência ao Legislativo, a Constituição Estadual estaria transferindo atividade inerente ao Poder Executivo, ao legislador. Além disto, para o Ministro Eros Grau, ainda que se configurasse a possibilidade de as atividades potencialmente nocivas ao meio ambiente serem controladas pelas Comissões Parlamentares estaduais, não havia no texto constitucional federal preceito que servisse de suporte.

Dotar a Assembléia Legislativa capixaba de poderes para decidir sobre a viabilidade de atividade ou obra importa afronta ao princípio da independência e harmonia dos Poderes.

[...]

Conferir à Assembléia Legislativa atribuição de caráter nitidamente administrativo – ato administrativo e não ato normativo – importa invasão de competência do Poder Executivo. Cumpre ao Poder Legislativo do Estado–membro definir os procedimentos a serem observados pelos interessados junto ao órgão da Administração. O processamento das autorizações é prerrogativa do Poder Executivo, específica exteriorização do Poder de Polícia. (Min. Eros Grau)¹⁴⁵

Neste acórdão, fica evidente que a distinção entre violação/não-violação da separação dos poderes é observada na diferenciação entre ato normativo (proferido pelo Poder Legislativo) e ato administrativo (proferido pela Administração, Poder Executivo). Segundo os Ministros do STF a Constituição Estadual violou o princípio da separação de poderes porque atribuiu à Assembléia Legislativa competência para editar ato administrativo fora da suas atribuições constitucionais (atos administrativos que extrapolam o âmbito do próprio poder). Afora esta observação, não há no acórdão qualquer outro tipo de discussão sobre o princípio indicado. A ADIN, por unanimidade, foi julgada procedente em parte para declarar a inconstitucionalidade da expressão "e submetida à apreciação da comissão permanente e específica da Assembléia Legislativa, devendo ser custeada pelo interessado, proibida a participação de pessoas físicas ou jurídicas que atuaram na sua elaboração", contida no § 3º do artigo 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo.

7.3 Matérias Atinentes à Regulação Econômica e Matérias Orçamentárias: O Caso das Audiências Públicas

¹⁴⁵ADIN 1.505 – ES, RTJ 193, p. 62.

Este ponto concentra-se na análise de apenas uma decisão, a única levantada na primeira fase da pesquisa cujo objeto era uma questão atinente à regulação da sociedade civil, mais especificamente matéria orçamentária. A primeira observação, relevante para o enquadramento do acórdão, é que este mescla aspectos do grupo “H”, regras de organização institucional, com aspectos do grupo “C”, regulação econômica e matérias orçamentárias, porém, pela peculiaridade da questão orçamentária tratada, optamos por enquadrar neste tópico.

Nesta ação, ADIN 1747-SC, que por unanimidade foi considerada improcedente, o Governador de Santa Catarina questionou determinada Lei Complementar de seu Estado, responsável por instituir audiências regionais, realizadas pela Assembléia Legislativa do Estado, para colher propostas de investimentos públicos prioritários a incluir no orçamento do Estado. Estas reuniões teriam representantes do Executivo e do Judiciário.

Os pontos controversos, relativos à separação dos poderes, presentes na decisão, se resumiam, segundo a análise dos Ministros, a saber, se a presença dos membros de outros poderes era compulsória ou meramente sugestiva e o grau da interferência do Legislativo na Lei orçamentária anual de iniciativa exclusiva do chefe do Executivo local.

Na apreciação, o Ministro Sepúlveda Pertence (Relator)¹⁴⁶ fez um diálogo constante com um precedente evocado pelo requerente, tentando afastá-lo. Trata-se da ADI-MC 1606 - SC¹⁴⁷, na qual se questionava a Emenda Constitucional Estadual nº 12/96, que acrescentou três parágrafos ao art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina. O objeto da ação era especificamente o parágrafo 7º adicionado, o qual teve sua eficácia suspensa por afronta ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o dispositivo impugnado subordinava a realização das audiências públicas regionais por parte dos Poderes Executivo e Judiciário aos municípios designados e nas datas marcadas pela Assembléia Legislativa para essas audiências. A Lei Complementar impugnada na ADIN 1747-SC foi editada justamente para regulamentar os parágrafos aglutinados à Constituição Estadual. Destarte, os dispositivos desta Lei seriam inconstitucionais em face da suspensão cautelar da norma que a materializava.

Ocorre que para o Ministro Sepúlveda Pertence havia uma grande diferença entre os dois julgados, mesmo sendo ambos fundados no postulado da separação dos poderes. Na medida cautelar apreciada, o simples evento não ensejaria inconstitucionalidade, o problema repousava na fixação de data e local para a realização das assembleias por parte do Legislativo. Na ADIN 1747-SC, questiona-se a obrigatoriedade da presença de membros do Executivo e Judiciário, não a fixação de data e local.

¹⁴⁶ O único a proferir voto foi o Ministro Relator.

¹⁴⁷ Esta ADI-MC consta da nossa pesquisa inicial, no anexo II.

Para o Ministro Sepúlveda Pertence, o convite da Assembléia Legislativa para que o Executivo e o Judiciário participem de tais eventos, se e quando entenderem conveniente, não possui nenhum óbice constitucional, pelo contrário, seria a expressão da harmonia entre os poderes. O que não poderia haver é a compulsão da presença dos outros poderes.

O Ministro Sepúlveda Pertence entendia ser apenas aparente a afronta à iniciativa reservada ao Executivo pelo artigo 165¹⁴⁸ da Constituição para as leis orçamentárias, pois as propostas resultantes das audiências não compelem o Poder Executivo ao seu aproveitamento.

No acórdão avaliado, a discussão sobre a separação dos poderes foi superficial, mesmo sendo o principal fundamento. Simplesmente afirmou-se que a obrigatoriedade da participação dos membros de poderes alheios ao Legislativo fere o princípio, mas em nenhum momento é possível inferir o porquê desta assertiva. Por que, por exemplo, obrigar o Executivo a prestar contas e participar de uma assembléia ofende a separação dos poderes? Esta indagação não é respondida, o que daria margem à conclusão contrária, ou seja, pelo mesmo argumento podemos defender a tese oposta: a obrigatoriedade da participação dos membros de poderes alheios ao Legislativo não fere o princípio da separação dos poderes, pois seria a expressão do intercâmbio entre os Poderes estatais¹⁴⁹. O que desejamos demonstrar é que a pura utilização de um princípio, de nada serve se não for respaldada por uma sólida fundamentação, se não forem explanados os “porquês” de determinada posição. O leitor não pode saber qual o modelo de separação dos poderes utilizado pelo intérprete do direito, neste caso o Ministro do STF, se este não explicar qual modelo está utilizando.

7.4 Os Casos de Política Tributária

Este tópico (“D”) engloba matéria atinente a tributos, incluindo normas que disciplinam a aplicação de tributos, além de impostos, incentivos fiscais e tarifas. Na primeira etapa da pesquisa, foram encontradas três ADINs. Uma delas, a ADIN 2040 – PR, que tratava da tabela de custas dos atos judiciais do estado do Paraná, não possuía seu

¹⁴⁸ CF 1988, “Art. 165. *Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

(...)”.

¹⁴⁹ Conforme os argumentos apresentados em outras ADINs, seria coerente que a tese fosse fundada na seguinte premissa: como não é permitido na Constituição Federal, não poderia vir previsto na Constituição Estadual tal dispositivo, pois o modelo de separação dos poderes da Carta Federal deve ser seguido pelos Estados. Ocorre que os Ministros não fazem esta inferência.

inteiro teor disponível no *site* do STF e na Revista Trimestral de Jurisprudência, o que impediu a análise do mérito¹⁵⁰.

Na ADIN 2733 – ES, cujo relator é o Ministro Eros Grau, o Governador do Estado do Espírito Santo objetivava a declaração de inconstitucionalidade de Lei estadual responsável por excluir as motocicletas da relação de veículos sujeitos ao pagamento de pedágio e por conceder desconto de 50% sobre o valor do pedágio para estudantes.

O primeiro aspecto importante, com reflexos na separação dos poderes, foi o afastamento, desde logo, de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, já que, no entendimento dos Ministros, não é verdadeiro que qualquer projeto de lei que produza reflexos no orçamento só possa ser proposto pelo Chefe do Executivo estadual, pois os casos de limitação da iniciativa parlamentar estão previstos, em *numerus clausus*, no §1º do artigo 61 da Constituição do Brasil¹⁵¹, nos quais não se enquadra este caso¹⁵².

A discussão desta ADIN se deu a partir da possibilidade de caracterização de ingerência do Poder Legislativo na Administração Pública por meio da criação de uma lei que produz efeitos diretos no contrato de concessão celebrado entre o Poder Executivo estadual e pessoa jurídica de direito privado (concessionário de serviço público).

Há, no caso, alteração dessa relação, do que decorre descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários, pois a lei avançou sobre política tarifária estabelecida contratualmente e sob o controle do poder concedente, introduzindo elemento novo na

¹⁵⁰ O acórdão do julgamento de sua medida cautelar encontra-se disponível, porém, pela abordagem metodológica assumida, não era possível utilizá-lo na análise.

¹⁵¹ CF 1988 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

¹⁵² É importante ressaltar que o artigo 165 da Constituição Federal também prevê lei de iniciativa privativa do Presidente da República.

relação contratual entre o poder concedente e o concessionário [...]. (Min. Eros Grau)¹⁵³

Corroborando sua tese, o Ministro Eros Grau afirmou que o STF vinha decidindo liminarmente por suspender dispositivos que submetem os convênios celebrados pelo Governador à autorização ou ratificação das Assembléias Legislativas Estaduais. Neste sentido cita a ADI-MC 770¹⁵⁴. Acontece que tais decisões já possuíam análise do mérito, tendo sido, portanto, decididas de forma definitiva. O STF não só vem decidindo liminarmente, como afirmou o Ministro Eros Grau, como já possuía jurisprudência assentada sobre o tema, fato não afirmado por ele.

O que chama mais atenção no acórdão é sua ementa. Nela consta a seguinte frase: “Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação [...]” (Ementa)¹⁵⁵, evidenciando que o princípio, para ser compreendido na sua acepção correta, não deve ser entendido com o sentido absoluto da palavra “separação”, mas em uma leitura mais ampla, que compreenda a harmonia institucional entre os Poderes do Estado. No voto, o Ministro Eros Grau explica tal assertiva, fazendo referência ao seu voto proferido na ADI 3367 – DF, caso do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (na linha do que afirmou naquele acórdão e que será melhor analisado em tópico mais a frente).

Na ADIN 155 – SC questionava-se a constitucionalidade de anistia tributária concedida pelo artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT - da Constituição do Estado de Santa Catarina. A discussão girava em torno da questão de poder a Constituição Estadual, mais especificamente o ADTC, prever algo reservado originalmente pela Constituição Federal, para a lei ordinária e a implicação para com a separação dos poderes.

Segundo a argumentação do Ministro Octavio Gallotti (Relator), quando a Constituição previu que lei ordinária trataria da anistia, estava implícito todo o processo legislativo a ser observado. Caso desejasse um processo diferenciado, exigiria Lei Complementar ou Emenda Constitucional. Ora, da elaboração à promulgação da Lei Ordinária, o Chefe do Poder Executivo tem uma participação muito importante, pois é ele quem sanciona, promulga e publica, tendo o poder também do veto. Ao exigir esta lei, a Constituição Federal desejou a participação do Poder Executivo no seu processo de elaboração. A proibição da participação do Poder Executivo no processo de elaboração da lei significa, nesta linha de argumentação, afronta à separação de poderes.

¹⁵³ ADIN 2733 - ES, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁵⁴ Tal decisão aparece em nosso compêndio já com a decisão de final, inclusive juntamente com outras assemelhadas.

¹⁵⁵ ADIN 2733 - ES, ementa, Disponível em www.stf.gov.br.

Dito de outro modo, o Governador do Estado, o Prefeito do Município ou o Governador do Distrito Federal estariam despidos do **status** de senhores das conveniências e possibilidades do Erário e da Administração, que a Constituição da República lhes outorgou.

[...]

Em suma, nada pode ser legislado, que envolva tributação (**lato sensu**), sem a co-participação do Chefe do Executivo [...]. Tal matéria está fora do poder constituinte dos Estados, dos municípios e do Distrito federal, e, assim, não pode ser regulada de modo diverso pela Carta local (Min. Otávio Gallotti).¹⁵⁶

7.5 Os Casos Sobre Competição Política: Eleições e Partidos Políticos

Neste tópico foram selecionadas duas decisões que tratam de uma mesma questão. Trata-se das ADINs nº 2626 - DF e 2628 - DF que questionavam uma Instrução do Tribunal Superior Eleitoral - TSE¹⁵⁷, editada para atender consulta efetuada por parlamentares sobre as eleições 2002, mais especificamente sobre o artigo 6º da Lei 9.504/97¹⁵⁸. Os requerentes argüiam a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 4º do referido ato normativo responsável pela interpretação da citada lei, o qual dispunha:

Art. 4º. É facultado aos Partidos Políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Lei 9.504/97, art. 6º, *caput*).

¹⁵⁶ ADIN 155 – SC, RTJ 155, p. 399.

¹⁵⁷ Instrução nº 55, aprovada pela Resolução nº 20.993/2002 do Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁵⁸ Lei 9.504/97: “Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

§ 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

§ 2º Na propaganda para eleição majoritária, a coligação usará, obrigatoriamente, sob sua denominação, as legendas de todos os partidos que a integram; na propaganda para eleição proporcional, cada partido usará apenas sua legenda sob o nome da coligação.

§ 3º Na formação de coligações, devem ser observadas, ainda, as seguintes normas:

I - na chapa da coligação, podem inscrever-se candidatos filiados a qualquer partido político dela integrante;

II - o pedido de registro dos candidatos deve ser subscrito pelos presidentes dos partidos coligados, por seus delegados, pela maioria dos membros dos respectivos órgãos executivos de direção ou por representante da coligação, na forma do inciso III;

III - os partidos integrantes da coligação devem designar um representante, que terá atribuições equivalentes às de presidente de partido político, no trato dos interesses e na representação da coligação, no que se refere ao processo eleitoral;

IV - a coligação será representada perante a Justiça Eleitoral pela pessoa designada na forma do inciso III ou por delegados indicados pelos partidos que a compõem, podendo nomear até:

a) três delegados perante o Juízo Eleitoral;

b) quatro delegados perante o Tribunal Regional Eleitoral;

c) cinco delegados perante o Tribunal Superior Eleitoral”.

§ 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de Presidente da República não poderão formar coligações para eleições de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º, Consulta nº 715, de 26.2.02).

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, não conheceu a ação. Foram vencidos os Ministros Sydney Sanches, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Votaram com a maioria os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Ellen Gracie, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Com relação à separação dos poderes, os requerentes alegaram que a norma impugnada representava usurpação da competência legislativa privativa do Congresso Nacional, prevista no art. 22, inciso I¹⁵⁹, e no art. 48, *caput*¹⁶⁰, da Constituição Federal, pois o Tribunal Superior Eleitoral foi além do seu poder de expedir instruções para o fiel cumprimento da lei, criando nova norma de Direito Eleitoral. O argumento de violação da separação dos poderes é levantado de maneira muito próxima ao princípio da legalidade, expressado pela máxima de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, inciso II). Neste sentido, a regra estabelecida pelo TSE compreenderia clara inovação e como não cumpriu os procedimentos de elaboração legislativa, não poderia impor uma obrigação a ninguém. Se um Tribunal criasse algum mandamento não previsto em lei, não se limitando a interpretar determinada norma, estaria se excedendo no uso das suas atribuições e conseqüentemente violando uma prescrição constitucional que representa a harmonia entre os poderes.

A primeira afirmação relevante para a compreensão destes acórdãos, aconteceu no voto do Ministro Sydney Sanches, ainda quando da discussão do cabimento ou não das ADINs, afirmando que o STF já havia fixado entendimento segundo o qual não caberia ação direta quando o ato normativo de hierarquia inferior à lei violasse diretamente esta e apenas reflexamente a Constituição Federal. Neste sentido, caberia o controle concentrado, por via de ação direta, apenas quando este ato inferior à lei, violasse diretamente a Constituição Federal e em nada contrariasse a norma que legitima sua expedição/criação. Assim, para defender o cabimento das ADINs, na contramão da jurisprudência da Corte, o Ministro Sydney Sanches afirmava que o TSE não estava limitado apenas a interpretar norma legal

¹⁵⁹ CF 1988: “Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
(...)”

¹⁶⁰ CF 1988: “Art.48. *Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:*
(...)”

ou constitucional, em decorrência do disposto no artigo 23, inciso IX¹⁶¹, do Código Eleitoral, Lei 4.737/65.

Debatia-se, no Acórdão, o cabimento do controle concentrado no caso concreto, o que indiretamente tem fortes implicações na compreensão da separação dos poderes. Defender a tese do não cabimento do controle concentrado poderia significar que o TSE tem legitimidade para editar Instruções, de caráter geral e abstrato, eventualmente até a capacidade de inovar na ordem jurídica, sem ao menos ser controlado pelo STF por via de ADIN. Já na hipótese da tese contrária, do cabimento do controle concentrado por meio de ADIN, no caso concreto, o TSE estaria sujeito ao controle do STF quando excedesse as suas funções.

Na visão dos Ministros que votaram minoritariamente, pelo conhecimento das ADINs, o ato normativo impugnado introduzia no cenário normativo das eleições de 2002, uma vedação jurídica que o Poder Legislativo sequer havia cogitado. No momento da decisão, conforme ressaltado, já estava sedimentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não cabia ação direta de inconstitucionalidade quando o ato normativo de hierarquia inferior à lei, violasse diretamente esta e apenas reflexamente a Constituição Federal. Porém, para estes Ministros, na edição da instrução do Superior Tribunal Eleitoral, ocorreu autêntica atividade legislativa realizada por outro Poder - a Justiça Eleitoral - ao “editar norma em tudo dissociada da expressão volitiva do legislador” (Min. Sydney Sanches)¹⁶². Nesta linha, seria inegável a natureza normativa do ato impugnado (impessoalidade, generalidade e abstração), sendo passível, portanto, de controle abstrato de constitucionalidade por meio de ADIN.

Além destas considerações de ordem estritamente jurídica, há outras que não devem ser desprezadas.

Se o Supremo Tribunal Federal, mesmo depois da celeuma que se formou no País, não conhecer da presente ADI e, dessa forma, deixar de concluir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a questão só lhe chegará ao exame no controle difuso de constitucionalidade após as três instâncias precedentes, às vésperas do pleito eleitoral, na melhor das hipóteses, e até depois de apurado, com as notórias inconveniências e prováveis transtornos que disso poderão resultar e podem ser evitados agora. (Min. Sydney Sanches)¹⁶³

O trecho transcrito acima nos mostra outros aspectos que permeiam a decisão de um Ministro do STF, além daqueles jurídicos. Ao afastar argumentos jurídicos, talvez o

¹⁶¹ Lei 4.737/65 “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,

(...)

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

(...).

¹⁶² ADIN 2626 – DF, RTJ 189, p. 106.

¹⁶³ ADIN 2626 – DF, RTJ 189, p. 109.

Ministro Sydney Sanches esteja assumindo uma postura política no STF.

O Ministro Sydney Sanches chegou a entrar no mérito das ADINs, pois na qualidade de Relator inicial designado para as ações e já tendo votado pelo conhecimento delas (preliminarmente), era necessário naquele momento que ele continuasse seu voto. Algumas linhas relacionadas à separação dos poderes podem ser destacadas. Inicialmente, haveria, segundo o Ministro Sydney Sanches, uma agressão à reserva constitucional de competência legislativa, pois o artigo 48 da Constituição Federal estabeleceu caber ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre matérias de competência da União, competência esta que por sua vez vem prevista no artigo 22, inciso I, o qual elenca, dentre outras, a competência da União para legislar sobre matéria eleitoral. A despeito do princípio da reserva legal ser rotineiramente relacionado com o a questão federativa, definindo a competência de cada ente federativo para legislar, o Ministro Sydney Sanches relacionou com a idéia de separação de poderes. Para o Ministro Sydney Sanches, por um caminho lógico, se caberia à União legislar sobre matéria eleitoral e ao Congresso (Poder Legislativo) dispor sobre as matérias de competência da União, é evidente o fato de que o Poder Judiciário estaria impedido de criar normas sobre as eleições¹⁶⁴.

Daí decorre o segundo argumento relevante para o Ministro Sydney Sanches, a violação ao princípio da legalidade. Segundo o Ministro Sydney Sanches, mesmo quando provocado, não cabe ao TSE a modificação de lei ou a inovação no ordenamento jurídico, mediante ato normativo infralegal, sob pena de exorbitar suas atribuições, pois além de agredir a Constituição no tocante ao processo legislativo (reserva legal), também a infringiria ao violar o princípio da legalidade, uma vez que estaria obrigando os Partidos Políticos a determinadas condutas não previstas em uma lei em sentido estrito, conforme prescreve a Constituição no entendimento do Ministro.

Para o Ministro Sydney Sanches, pautado em uma visão restritiva do princípio da legalidade, o termo *lei* é entendido estritamente e não em um sentido mais amplo, como qualquer ato normativo capaz de criar direitos, independentemente do processo de elaboração pelo qual tenha passado. Nesta linha, o Ministro Sydney Sanches entendia que editar qualquer ato diferente de lei, que nela não esteja pautado, não a reproduzindo e ao mesmo tempo inovando na ordem jurídica, significaria, além de violação ao princípio da legalidade, a conseqüente transgressão do princípio da separação dos poderes, por usurpação de competências (só ao Legislativo cabe criar atos normativos gerais e

¹⁶⁴ Como bem sabemos, da leitura efetuada na pesquisa inicial do trabalho, não é este o motivo pelo qual o Judiciário está impedido de criar leis, pois em qualquer democracia fundada sobre as bases da separação dos poderes, o Judiciário nunca será quem criará normas. Esta função é inerente ao Poder Legislativo, em qualquer modalidade de separação de poderes.

abstratos)¹⁶⁵.

A norma impugnada, pois, veiculada por instrumento inidôneo – resolução – afronta, a um só tempo, os princípios constitucionais da separação dos poderes, da legalidade e da anuidade no processo eleitoral e usurpa a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Eleitoral[...]. (Min. Sydney Sanches)¹⁶⁶

A discussão central do acórdão - saber se ao interpretar uma lei o TSE na realidade cria uma lei - ficou reduzida, no voto do Ministro Sydney Sanches, a argumentos sobre legalidade e processo legislativo, sem nenhuma relação direta com a separação dos poderes, mostrando que os ministros não encararam a questão suscitada pelas ADINs, sobre os limites de interpretação da lei e esta como fonte do direito, questões inseridas no contexto maior da separação dos poderes.

Ainda segundo o Ministro Sydney Sanches tanto a instrução do TSE inovou que o próprio Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso, quando questionado sobre o ato, afirmou ter começado a reforma política no Brasil. “Reforma que, tão esperada e desejada, deveria, obviamente, ter tido curso no Congresso Nacional – e não no TSE – [...]” (Min. Sydney Sanches)¹⁶⁷.

Antes de analisar os outros votos, nos parece interessante fazer a seguinte observação. A argumentação do Ministro Sydney Sanches contraria a própria premissa colocada por ele no começo de seu voto, quando afirmou que ao TSE não cabia apenas interpretar normas, mas também expedir as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, nos termos do artigo 23, inciso IX¹⁶⁸, daquele diploma. Ao expedir tais instruções, o TSE estaria inovando de alguma maneira o ordenamento jurídico. Porém, pela linha argumentativa trazida no voto do Ministro Sydney Sanches, ao contrário da afirmação inicial, seria necessário algum limite a este poder do TSE, sob pena das instruções normativas deste Tribunal inovarem no ordenamento jurídico e conseqüentemente, na concepção do Ministro Sydney Sanches, violar a Constituição (em nenhum momento o Ministro expõe quais seriam estes limites). Em síntese, a contradição existente, reside no ponto em que o Ministro Sydney Sanches admitiu o fato do TSE não estar limitado apenas a interpretar as normas eleitorais (o que de alguma forma significa dizer que ele inova) e

¹⁶⁵ O Ministro desconsiderou o fato de que é impossível a lei prescrever tudo, deixando praticamente esgotado o campo de atuação dos regulamentos. Impossível imaginar, em qualquer sistema de separação de poderes, um regulamento que não crie ou regule direitos, evidentemente que dentro dos parâmetros estabelecidos na lei.

¹⁶⁶ ADIN 2626 – DF, RTJ 189, p. 128.

¹⁶⁷ ADIN 2626 – DF, RTJ 189, p.132.

¹⁶⁸ Código Eleitoral, Lei 4.737/65: “art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior;

(...)

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

(...)”.

posteriormente, no desenvolver de sua argumentação, afirmou que o mesmo Tribunal extrapolou ao inovar no ordenamento jurídico, não se limitando apenas a interpretar.

Para a Ministra Ellen Gracie, Relatora para o acórdão, os Ministros não estavam diante de um ato normativo, como defendido pelo Ministro Sydney Sanches, mas sim diante de um ato interpretativo do artigo 6º da Lei 9.504/97.

Tentando se eximir de qualquer acusação de estar fugindo da questão em si e esbarrando em aspectos procedimentais para não julgar o mérito, afirmou a Ministra Ellen Gracie:

Eu não teria qualquer dificuldade em enfrentar desde logo o mérito da controvérsia. Todos conhecem a posição que adotei quando da apreciação desta questão pelo Tribunal Superior Eleitoral. No entanto, em atenção ao que tantas e reiteradas vezes tem sido decidido por este Plenário, eu não tenho como fugir à posição que ora adoto. (Min. Ellen Gracie)¹⁶⁹

A Ministra Ellen Gracie afirmou que o dispositivo questionado foi resultado de resposta a uma consulta, formulada regularmente por parlamentares, nos termos do artigo 23, inciso XII do Código Eleitoral¹⁷⁰, objetivando conseguir esclarecimentos sobre o disciplinamento das coligações eleitorais, tal como referido na Lei 9.504/97. Citou em seu voto um precedente do STF, ADIN 2.243 - DF (Relator Ministro Marco Aurélio), no qual se questionava Instrução normativa do próprio TSE, interpretando a mesma lei. Naquele momento, o STF não conheceu da ação, uma vez que os alegados excessos do poder regulamentar da resolução em face da Lei nº 9.504/97 não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente à lei ordinária regulamentada, sendo indireta ou reflexa a alegada ofensa à Constituição Federal. Em síntese, para a Ministra Ellen Gracie a Instrução do TSE não inovou ao ser criada, vez que apenas interpretou determinado artigo de lei e isto afasta o controle concentrado de constitucionalidade. Assim, a instrução do TSE não representou qualquer ofensa direta à Constituição Federal (nem a legalidade, nem a reserva legal).

Comparando o voto do Ministro Sydney Sanches com o voto da Ministra Ellen Gracie nota-se uma guinada no posicionamento. A Ministra Ellen Gracie assumiu que um ato normativo infralegal de interpretação de determinada lei não atinge diretamente a Constituição Federal. Já para o Ministro Sydney Sanches, um ato normativo infralegal de caráter interpretativo não deve ampliar o que vem prescrito na lei, pois neste caso estaria se

¹⁶⁹ ADIN 2626 – DF, RTJ 189 , p. 140.

¹⁷⁰ Código Eleitoral, “art. 23 - *Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,*

(...)

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;

(...)”.

valendo de um instrumento para fim diverso daquele pelo qual foi criado, utilizando uma Instrução Normativa de Tribunal para editar uma lei e conseqüentemente usurpar a função legislativa do Poder Legislativo. Assim, para o Ministro Sydney Sanches haveria uma ofensa direta à Constituição, pois é ela quem define todo o processo legislativo. Se a Instrução nº 55 do TSE interpreta ou inova, não cabe a este trabalho avaliar, mas entendemos que este aspecto deveria ser tratado na decisão, em qualquer um dos posicionamentos adotados, por ser capaz de revelar a postura dos ministros do STF com relação à separação de poderes.

O Ministro Nelson Jobim, na mesma linha da Ministra Ellen Gracie, cita o voto do Ministro Celso de Mello, na ADIN 561, para a fundamentação de seu voto:

A **jurisprudência** desta Corte, [...], tem-se orientado no sentido de **repelir** a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade, **por via de ação**, nas situações em que a impugnação *in abstracto* incide sobre atos que, não obstante veiculadores de conteúdo normativo, ostentam caráter meramente ancilar ou secundário em função das leis a que aderem e cujo texto pretendem regulamentar.

Desse modo, **crises de legalidade**, que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo, caracterizadas pela inobservância, por parte da autoridade administrativa, do seu dever jurídico de subordinação normativa à lei, **revelam-se**, por sua natureza mesma, **insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado**, cuja finalidade exclusiva restringe-se, **tão somente**, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal (**ADIn 311/DF**, Rel. Min. **Carlos Velloso – ADIn 365 (AgRg)/DF**, Rel. Min. **Celso de Mello – ADIn 531 (AgRg)/DF**, Rel. Min. **Celso de Mello – ADIn 536/DF**, Rel. Min. **Carlos Velloso**). (Ministro Nelson Jobim)¹⁷¹ (grifo do original)

A questão que colocamos é como aferir se uma situação, nas palavras acima transcritas, é configuradora de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal se não se questionam as minúcias do tema? Em outras palavras, como saber se aquele ato normativo atacado não violou diretamente a Constituição se os Ministros não enfrentam este fato? O Ministro Sydney Sanches entendeu que a Instrução do TSE violava diretamente princípios constitucionais, dentre eles o da separação dos poderes, posição esta que não foi seguida pela maioria dos ministros do STF. É necessário frisar que não se indaga aqui qual é a melhor postura do STF diante de tais ADINs, na realidade questiona-se o porquê dos votos vencedores não enfrentarem o problema de frente, de modo a construir, talvez, até a mesma conclusão, porém de maneira melhor fundamentada. Os Ministros vencedores em nenhum momento mostraram porque o ato questionado violava apenas reflexamente, e não diretamente, a Constituição. Mais uma vez, o que nos parece é que ao votarem como votaram, os Ministros vencedores desejaram se abster do pronunciamento em uma questão

¹⁷¹ADIN 2626 – DF, RTJ 189, pág. 160.

muito polêmica¹⁷².

O Ministro Celso de Mello afirmou que a função de interpretar as leis, cuja prática não faz instaurar situação de normatividade, é uma prerrogativa essencial daqueles que aplicam as leis, ou seja, o Poder Judiciário, por efeito das próprias funções institucionais que lhe competem. “**A norma jurídica [...] nada mais é, na expressão do seu sentido e na revelação do seu conteúdo, do que a sua própria interpretação**” (Min. Celso de Mello)¹⁷³ **(grifo do original)**. O Ministro Celso de Mello afirmou que o Judiciário, ao interpretar, não se reduz à condição de mero órgão de reprodução literal e de transcrição material do ato legislativo.

O fato é que o STF não define objetivamente quando cabe ou não controle concentrado. Não restam dúvidas quanto ao controle concentrado relativo às leis, porém, o controle de constitucionalidade sobre os atos normativos infralegais se mantém em uma penumbra para se enquadrarem em uma ou outra posição, aspectos estes definidos pelos próprios Ministros (não cabe controle quando a inconstitucionalidade for reflexa, apenas quando for direta, imediata e frontal). O que se entende por estas características, os julgadores não dizem e talvez nem queiram dizer, mantendo seus votos conforme as conveniências e o contexto político nacional da época em que proferem suas decisões.

Concluindo esta análise, cabe citar passagem do Ministro Sepúlveda Pertence, na qual denota o papel que o Ministro imagina exercer na Corte, o de errar por último:

Juiz, pelo sistema brasileiro, simultaneamente do TSE e do Supremo, cabe-me, hoje, vestir a capa de Juiz do Supremo Tribunal Federal e assumir responsabilidade, que ela traz, de errar por último, embora, a essa altura, sem conseqüências. (Min. Sepúlveda Pertence)¹⁷⁴

7.6 Os Casos Sobre Relações de Trabalho

Apenas duas decisões foram levantadas com relação ao tema “G”, ADINs que indagavam normas reguladoras das relações de trabalho. Trata-se da ADIN 1662 – SP e ADIN 407 – MS. A primeira questionava Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho (TST), enquanto a segunda, questionava Lei estadual dispendo sobre jornada de trabalho, dentro da Administração Pública, de profissionais diplomados em engenharia, arquitetura, agronomia e veterinária.

¹⁷² Este afastamento constante das questões realmente relevantes dentro de um acórdão pode ser considerado também um traço característico da nossa separação dos poderes, pois os Ministros se eximem de entrar em debates polêmicos, que envolvam, invariavelmente a sua relação com os demais poderes.

¹⁷³ ADIN 2626 – DF, RTJ 189, p. 174.

¹⁷⁴ ADIN 2626 – DF, RTJ 189, p. 179.

A discussão da ADIN 407 sobre separação dos poderes se resolveu na constatação de vício de iniciativa da norma impugnada, pois a iniciativa de projetos que abordam a organização do serviço público é do Chefe do Executivo estadual, não da Assembléia Legislativa, como se procedeu no caso. Uma constatação interessante foi a relação efetuada pelo Ministro Relator da violação da separação dos poderes com um critério objetivo, o vício de iniciativa. O princípio foi lesado, pois, quem deveria começar o processo legislativo daquela matéria não o fez, tendo sido iniciado por outro Poder.

Na ADIN 1662 – SP as indagações eram concernentes a uma Instrução Normativa do TST, que uniformizava procedimentos para a expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitadas em julgado. O requerente, Governador do Estado de São Paulo, sustentava que o TST, ao editar tal ato normativo, substituiu-se ao legislador, afastando a aplicação das normas processuais em vigor, o que violaria a separação dos poderes. No mérito, cada item (inciso) da instrução foi examinado especificamente, a despeito da separação dos poderes ter sido colocada de maneira geral, referente ao ato como um todo. O único inciso no qual o princípio foi abordado, foi o de número IV¹⁷⁵, considerado inconstitucional, pois impunha aos Estados e Municípios uma obrigação tipicamente administrativa. Por esta razão, “ultrapassa os lindes de atuação do Judiciário e invade área da competência do Executivo, o que implica ingerência de um Poder nas atribuições do outro” (Min. Maurício Corrêa)¹⁷⁶, violando a separação dos poderes.

Na análise da decisão, a polêmica em torno da separação dos poderes ficou mais evidente exatamente quando ela não era o alvo da discussão, nas discussões preliminares. O debate entre os Ministros tinha como objeto a possibilidade de a ADIN 1662 – SP ter sido prejudicada, tendo em vista a edição da Emenda Constitucional nº 30, a qual modificou a redação do artigo 100, §2º, da Constituição Federal, um dos dispositivos que fundamentavam a pretensão do requerente.

Em determinado momento, o então Presidente do Tribunal, Ministro Marco Aurélio, fez uma pergunta, que ensejou um comentário bastante interessante do Ministro Nelson Jobim, sobre as atribuições do STF:

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A pergunta que se faz é esta: precisaria o constituinte que emendou o artigo 100 dizer que, também em relação aos créditos de natureza alimentícia, cabe o seqüestro?

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Precisaria sim, claro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Então, ficamos com um sistema um tanto quanto capenga.

¹⁷⁵ IN nº11 – TST – [...] IV – A pessoa jurídica de direito público informará ao Tribunal, até 31 de dezembro, se fez incluir no orçamento os precatórios apresentados até 1º de julho.

¹⁷⁶ ADIN 1662 – SP, RTJ 189, p. 492.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Pode ser que a decisão não seria salutar, mas a discussão dessa decisão não é aqui, é lá. Aqui não se legisla. Aqui não se reforma a Constituição. (Min. Marco Aurélio e Min. Nelson Jobim)¹⁷⁷

Com relação ao item IV da Instrução Normativa do TST, já citado, ainda preliminarmente, é possível apontar outra passagem:

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Tenho dúvidas se é anódina a recusa de uma informação sobre o cumprimento de uma obrigação. Tenho desdito que outras serão as sanções. Se, no caso concreto, o Executivo negar essa informação, então há outros problemas.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Aí é outra história.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sim, mas se negar a informação solicitada. Não é dizer que ele está se omitindo num dever criado por um ato do Tribunal, porque o tribunal, obviamente, não pode impor dever nenhum a um outro Poder.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O dever está aqui. Se este não for cumprido, realmente basta o Tratado Geral do Código Penal em que a agravante...

O Sr. Ministro Moreira Alves: A minha proposta é no sentido de se declarar que essa norma há de ser entendida dessa forma. Não se dirige ao Poder Público, mas apenas, se houver a informação, o Presidente tem o dever de comunicar ao Juiz da execução que, quando ele encaminha a cópia do ofício requisitório, ele tem o dever de também encaminhar essa informação. De modo que o dever é do Tribunal, não do Poder Executivo. (Min. Sepúlveda Pertence, Min. Nelson Jobim e Min. Moreira Alves)¹⁷⁸

A transcrição dos fragmentos do acórdão é importante para afirmarmos que ao menos nesta decisão, houve uma espécie de “autolimitação”, ou seja, o Judiciário balizando o Judiciário. Os Ministros discutiram e se preocuparam com a separação dos poderes de maneira peculiar, debatendo sobre as limitações do seu próprio poder. Este fato soa, a primeira vista, contraditório, em face da teoria até aqui exposta, uma vez que um Poder não deve instituir as restrições de seu próprio Poder (em relação a outro), um Poder não pode ser responsável por constituir seus próprios limites de atuação institucional, caso contrário, estaríamos diante de um verdadeiro poder moderador. Esta postura do judiciário, talvez evidencie sua hesitação no sentido de entrar ou não entrar em um embate político com os demais poderes do Estado, pois o Judiciário, sendo controlado por ele mesmo, tenta atenuar a influência de fatores inerentes à política e alheios à jurisdição na sua esfera de atuação.

7.7 Matérias Relativas à Organização Institucional: item “H”

Este subtítulo engloba o tópico “H”, ou seja, matérias relativas às regras de organização institucional: as chamadas “regras do jogo”. Inclui todas as normas que influam

¹⁷⁷ ADIN 1662 – SP, RTJ 189, p. 482.

¹⁷⁸ ADIN 1662 – SP, RTJ 189, p. 490.

diretamente na formatação dos poderes, tais como as atribuições de cada um dos poderes, regras sobre CPI, criação de Municípios, regras de nomeação de procuradores¹⁷⁹, comparecimento do chefe do Executivo em Assembléias Legislativas, regras concernentes ao próprio processo legislativo, criação de órgão como CNJs, matérias administrativas do Judiciário e Legislativo.

7.7.1 Os Casos sobre a Ausência dos Governadores

Algumas Constituições estaduais previam que os respectivos Governadores e Vices não poderiam ausentar-se do país por qualquer tempo e ausentar-se dos Estados por mais de 15 dias. Em ambos os casos a ausência só era permitida uma vez autorizada pelas respectivas Assembléias Legislativas. Tais disposições foram questionadas por Governadores em três ADINs relacionadas na pesquisa inicial, ADIN 703 – AC, ADIN 743 – RO e ADIN 738 – GO, todas julgadas procedentes por unanimidade. O STF foi incisivo em todas estas ADINS, reiterando sua própria jurisprudência e firmando o entendimento segundo o qual as normas que subordinam a ausência do chefe do Executivo dos Estados, por qualquer período, à prévia licença do Legislativo, ferem o princípio da harmonia e independência entre os poderes. O ponto mais relevante para os Ministros do STF era a proibição absoluta da ausência do Estado sem permissão do Poder Legislativo, geralmente para viagens ao exterior. Para concluírem pela inconstitucionalidade do dispositivo, os Ministros faziam analogia com a Constituição Federal, que quando condicionava a ausência à determinada autorização legislativa, só o fazia depois de transcorrido um prazo razoável. Em síntese, a fundamentação dos votos era basicamente a incompatibilidade dos modelos questionados com o modelo de separação dos poderes previsto na Constituição Federal, sem nenhuma discussão mais “teórica” sobre o tema.

7.7.2. O Caso da Iniciativa de Leis nos Municípios de Minas Gerais

A Constituição Estadual de Minas Gerais previa, em um de seus dispositivos, que cabia ao Chefe do Poder Executivo municipal, como regra, iniciar o processo legislativo, e, apenas, como exceção, essa atribuição era reservada à Câmara Municipal. Contra esta previsão, insurgiu o Procurador Geral da República (PGR), através da ADIN 322 – MG, que por unanimidade foi julgada procedente. O Ministro Carlos Velloso (Relator), único que possui o voto transcrito no acórdão, fez referência direta à medida cautelar da ação, julgada

¹⁷⁹ Quando a questão é apenas nomeação de procuradores, a matéria se encaixaria no item A. Aqui tratamos das regras atinentes a este processo.

procedente, entendendo que ela deveria ser mantida. Sua fundamentação é breve, se resumindo à afirmação de que Constituição Federal prevê o contrário, ou seja, a regra é a iniciativa do Legislativo, não do Executivo. É interessante notar que a inconstitucionalidade é concebida apenas com base na comparação com a Constituição Federal, sem nenhuma discussão direta sobre o princípio da separação dos poderes.

7.7.3 O Caso das Normas Estaduais Interpretativas

Trata-se da ADIN 246 – RJ, promovida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, contra previsão constitucional estadual, a qual versava sobre aplicação, interpretação e integração de textos normativos estaduais, julgada improcedente por maioria¹⁸⁰. Para o Ministro Eros Grau (Relator), a norma estadual que dispusesse sobre a aplicação, interpretação e integração de textos normativos estaduais, desde que em conformidade com o Código Civil, não ofenderia a Constituição Federal. A relação do objeto da ação com a separação dos poderes aconteceu de maneira muito superficial, tratada em apenas uma linha. Nem mesmo o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Carlos Britto, que votaram pelo deferimento da ação, fizeram referência ao princípio. No relatório consta apenas que o requerente questionou a constitucionalidade com base na separação dos poderes, pois o Poder Legislativo estaria determinando regras de interpretação aos Poderes Executivo e Judiciário. O Ministro Eros Grau, ao proferir seu voto, apenas afirmou que pelo fato da Constituição Estadual tratar do assunto de maneira semelhante à Lei de Introdução ao Código Civil, ela não afrontava o princípio da separação dos poderes. O Ministro Marco Aurélio votou pela inconstitucionalidade do dispositivo atacado, fundado, sobretudo, no princípio federativo. O Ministro Carlos Britto por sua vez, se resumiu à seguinte assertiva (íntegra de seu voto):

Senhor Presidente, voto pela inconstitucionalidade, mas com outro fundamento.

Entendo que não cabe ao legislador estadual, nem mesmo no exercício da função constituinte, direcionar, monitorar o processo de aplicação das leis, porque isso usurpa função tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário. (Min. Ministro Carlos Britto)¹⁸¹

Mesmo sem utilizar o termo “separação dos poderes”, o Ministro Carlos Britto vota claramente com base neste princípio, mas não dá qualquer embasamento ao seu voto. Simplesmente afirmou sua posição, como se o modelo entendido por ele como adequado fosse parte do senso comum e não necessitasse de nenhum tipo de maiores elucidações,

¹⁸⁰ Votou em sentido contrário à maioria o Ministro Marco Aurélio e Carlos Britto.

¹⁸¹ ADIN 246 - RJ, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

denotando que os Ministros muitas vezes optam por não entrar em uma discussão mais séria sobre o princípio.

7.7.4 O Caso da Limitação do Número das Comissões Parlamentares de Inquérito

Trata-se de ação proposta pelo Partido dos Trabalhadores¹⁸², ADIN 1635 -1 - DF, questionando um dispositivo do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que fixava em cinco o número limite de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) em funcionamento simultâneo. Os Ministros votaram em sua maioria pela improcedência da ação direta¹⁸³. A menção direta e incisiva ao princípio da separação dos poderes não chama a atenção nos votos analisados, porém outras discussões trazidas, mesmo sem alusão explícita ao princípio, influem diretamente na sua formatação.

A separação dos poderes foi invocada apenas na fundamentação dos votos vencidos, para justificar a intervenção do STF no âmbito regimental de uma casa legislativa:

Neste contexto, o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para estabelecer, em torno de um dos órgãos da soberania nacional, um indevassável círculo de imunidade, que torne insuscetíveis de revisão judicial os atos abusivos ou opressivos que emanem dos órgãos e agentes investidos de poder estatal.

Não desconheço, Senhor Presidente, que temas associados à interpretação estritamente regimental, que não guardem qualquer vinculação com situações de potencial ofensa ao regime constitucional das liberdades públicas, não se expõem à tutela jurisdicional. (Min. Celso de Mello)¹⁸⁴

Este foi o único momento de reflexão direta sobre o assunto. Porém, dois outros momentos devem ser considerados.

O primeiro tema apareceu na argumentação do Ministro Nelson Jobim. Fica evidente, que em alguns momentos ele se afastou de qualquer fundamentação jurídica (a Constituição propriamente dita), pautando-se muito mais, para motivar sua posição, na própria experiência parlamentar obtida quando do cumprimento de mandato eletivo¹⁸⁵, levando em consideração aspectos funcionais das casas legislativas, como demonstramos nos trechos selecionados:

¹⁸² O Partido dos Trabalhadores era oposição à época da propositura da ADIN, que foi julgada em 19 de outubro de 2000.

¹⁸³ Votaram pela improcedência os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

¹⁸⁴ ADIN 1635-1 - DF, p.205-206 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁸⁵ Nelson Azevedo Jobim, nomeado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) para o STF em 1997, foi Deputado Federal por duas vezes pelo PMDB e Ministro da Justiça do Governo de FHC.

Ora, se fizermos um cálculo matemático, verificaremos que a pretensa liberalidade na instalação de comissões inviabiliza, por absoluto, a existência do funcionamento da Câmara.

É de se ressaltar que cada comissão permanente é composta por vinte parlamentares, em média. Se existem cento e dezesseis (sic) comissões permanentes, levando-se em conta os números totais, torna-se absolutamente razoável a manutenção do máximo de cinco comissões parlamentares, viabilizando, portanto, o funcionamento das comissões permanentes, das comissões parlamentares de inquéritos, das comissões especiais e das comissões mistas do Congresso Nacional, que demandam a presença dos deputados.

[...]

Essa organização é absolutamente razoável em termos de funcionamento interno, cuja regra foi supostamente criada com a finalidade de se evitar que as minorias instalassem comissões de inquérito.

Tratava-se, na verdade, evitar a inviabilidade do funcionamento parlamentar, que já era extraordinariamente difícil. (Min. Nelson Jobim)¹⁸⁶

O Ministro Maurício Corrêa (Relator)¹⁸⁷, também deixou transparecer aspectos de sua experiência legislativa:

[...] mas fico pensando, com a experiência que nutri no Congresso Nacional, o que seria daquela Casa se houve possibilidade de uma maior extensão para o funcionamento da CPI. Lembro que fui vice-presidente da CPI do Presidente Collor. O Congresso parou, ou digamos, quase que a nação toda parou. Imagine V. Exa. Se tivermos de, oito CPI's funcionando. Do ponto de vista da realidade, embora sejam bonitas essas lições, torna impraticável o funcionamento parlamentar. O problema é este: é uma questão de razoabilidade da interpretação da norma. (Min. Maurício Corrêa)¹⁸⁸

O outro aspecto que deve ser ressaltado nos votos, importante para a definição e entendimento do quadro da separação dos poderes brasileira, surge no decorrer de uma discussão entre os Ministros. No debate, os Ministros dialogavam sobre o excesso de processos em tramitação no STF, e as possíveis maneiras de solucionar tal problema, dentre elas pela adoção da súmula vinculante.

Na verdade, precisamos encontrar uma forma de acabar com essa massa inútil de processos que chega aqui e estamos todos empenhados pela adoção da súmula vinculante, da arguição de relevância, enfim, pela adoção de mecanismos que acelerem a tramitação dos processos.

[...]

Vamos lutar para a adoção de mecanismos que possam trazer solução para o Poder Judiciário. (Min. Carlos Velloso)¹⁸⁹

¹⁸⁶ ADIN 1635-1 - DF, p.181-182 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁸⁷ Maurício José Corrêa, nomeado pelo Presidente Itamar Franco para o STF em 1994, foi Senador e Ministro da Justiça do Governo de Itamar Franco.

¹⁸⁸ ADIN 1635-1 - DF, p.203 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁸⁹ ADIN 1635-1 - DF, p.188-189 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

Estes aspectos trazidos no decorrer dos votos dos Ministros denotam algumas características da separação dos poderes brasileira. Em primeiro lugar a existência do intercâmbio dos atores institucionais entre os Poderes e a influência deste fato na formatação de seus votos. Ministros que transitaram nos Poderes Executivo e Legislativo tenderam a trazer suas experiências como sustentação argumentativa. Outro ponto interessante foi a utilização de uma plataforma jurídica (um acórdão) para a apresentação de desejos eminentemente políticos (de reforma no sistema processual), que devem, em regra, serem decididos pelo Legislador¹⁹⁰.

7.7.5 O Caso da Fiscalização e Controle do Poder Executivo no Estado de São Paulo

A Lei Estadual nº 10869/01, de São Paulo, permitia o livre acesso dos Deputados Estaduais aos órgãos públicos da administração direta e indireta, sob a justificativa de que se tratava do exercício do poder de fiscalização e controle do Executivo. O Governador do Estado, com base no argumento de violação do princípio da separação dos poderes, ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADIN 3046 - SP. Por unanimidade dos votos, os Ministros declararam a inconstitucionalidade da lei. O ponto fundamental da tese de inconstitucionalidade era o fato do poder de fiscalização legislativa ser outorgado aos órgãos coletivos¹⁹¹, nunca aos membros individualmente concebidos, salvo quando atuassem em representação de sua Casa ou comissão.

A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo, não há dúvida, é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar.

[...]

É poder outorgado, em qualquer hipótese, aos órgãos colegiados, totais ou parciais, da Câmara respectiva, nunca aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou apresentação) de sua Casa ou comissão.

[...]

A fórmula, contudo, não parece adequada ao caso: a evidência de que a lei questionada visou a converter cada integrante da Assembléia Legislativa em fiscal solitário e independente da Administração Pública embarga a <<interpretação conforme>>, que encontra o limite de sua utilização no raio

¹⁹⁰ É importante deixar a seguinte pergunta: é possível, um Ministro do STF, afirmar que determinados processos são inúteis? Uma vez que um processo atenda aos requisitos processuais necessários para sua existência, validade e progressão, ele é útil para dirimir conflito entre partes. Falar em utilidade é completamente diferente de falar em relevância e talvez por isso o Ministro Carlos Velloso tenha desejado dar este sentido à palavra “*inútil*” (contida no trecho transcrito de seu voto). Um processo inútil é um processo desnecessário, sem préstimo. Um processo relevante, na acepção usada pela Constituição, é um processo de grande valor para a sociedade, de grande conveniência ou de grande interesse para a coletividade.

¹⁹¹ No caso dos Estados estes órgãos são as Assembléias Legislativas.

das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição. (Min. Sepúlveda Pertence)¹⁹²

Em resumo, as casas colegiadas atuam por seus representantes, não pelos indivíduos que as compõe, especialmente perante os outros poderes, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

7.7.6 Os Casos Sobre Alterações de Caráter Interno no Poder Judiciário

Na ADIN 157-4 – AM questionava-se se seria constitucional o aumento no número de desembargadores por parte da Assembléia Constituinte Estadual independentemente da iniciativa do Judiciário. Na ação, julgada procedente por maioria dos votos (votaram pela improcedência os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Célio Borja e Octavio Galloti), os Ministros do STF fixaram entendimento de que seria necessária a obediência à reserva de iniciativa por parte das Constituições Estaduais.

Se é certo que entre as regras consagradas pela Constituição Federal, aliás, na linha do nosso direito republicano, está a que, em homenagem à independência do Poder Judiciário, confere ao Tribunal de Justiça a iniciativa para propor ao Legislativo a fixação do número de seus juízes, não vejo como o constituinte estadual pudesse ignorá-la.

[...]

Se cabe aos Tribunais de Justiça propor a criação e a extinção de cargos e a fixação do número de seus membros, a criação dos cargos que compõe essas Cortes de Justiça está sujeita a proposta desses Tribunais. Não teria sentido estabelecer que depende da proposta dos Tribunais de Justiça a criação de cargos componentes dos tribunais inferiores e negar essa competência no tocante à criação dos cargos que integram os Tribunais de Justiça. Não se compreenderia, na verdade, que se exigisse proposta do Tribunal de Justiça para a criação de juízes de tribunais inferiores e se dispensasse essa exigência em relação à criação e aumento do número de integrantes do próprio Tribunal de Justiça. Mormente quando é certo que o objetivo da exigência da iniciativa é assegurar a independência do Poder Judiciário e com ela garantir a prestação jurisdicional livre de influência de discutível inspiração. (Min. Paulo Brossard)¹⁹³

Pela análise do voto do Ministro Paulo Brossard (Relator), especificamente do fragmento trazido, a fundamentação principal não foi baseada no sentido teórico do princípio da separação dos poderes, mas, sim, na interpretação simples do texto da Constituição Federal. Para o Ministro Paulo Brossard, se a Carta Maior previa que a iniciativa de lei organizacional de tribunais inferiores competia aos desembargadores do Tribunal de Justiça (TJ) de cada Estado, a lógica levava ao entendimento de que também cabia aos TJs a iniciativa de lei propondo aumento no número de desembargadores, caso contrário, a

¹⁹² ADIN 3046 – SP, RTJ 191, p. 517-518.

¹⁹³ ADIN 157-4 – AM, p.37-38 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

essência¹⁹⁴ do preceito que atribuía esta competência aos desembargadores, perdia o sentido. Nas palavras do Ministro Carlos Velloso:

Essa forma de interpretar o texto constitucional, bem demonstrou o Sr. Ministro Paulo Brossard, deflui de uma visão sistemática da Constituição. A Constituição visualizada no seu sistema deseja, na verdade, a independência do Judiciário, estabelece a autonomia dos tribunais, em termos de autogoverno e auto-administração. (Min. Carlos Velloso)¹⁹⁵

O Ministro Carlos Velloso também afastou o argumento pelo qual se afirma que a limitação Constitucional de reserva de iniciativa ao Judiciário não alcançaria o Poder Constituinte estadual (originário¹⁹⁶). Para ele, como a própria Constituição Federal previu, os Estados-membros deveriam observar os princípios estabelecidos na Carta Maior (art. 125 da CF e art. 11 do ADCT¹⁹⁷), sendo um deles a separação dos poderes, dentro do qual está inserida a independência dos Tribunais. Neste sentido caminham os votos vencedores, tratando basicamente do limite do poder constituinte estadual de inovar (inserindo no cerne desta limitação a separação dos poderes), traduzida na seguinte passagem: os “Estados-membros submetem-se, neste contexto, a padrões jurídicos heterônomos, que lhes restringem, de modo sensível, a capacidade de auto-organização” (Min. Celso de Mello)¹⁹⁸.

Ainda sobre esta questão, citamos passagem do Ministro Celso de Mello:

Um dos postulados fundamentais de nossa organização político-institucional é o da divisão funcional do poder. A separação de poderes, de que o autogoverno da Magistratura constitui uma de suas mais importantes projeções concretizadoras – e que hoje constitui núcleo temático intangível pela ação do Legislativo no exercício de seu poder reformador -, delineia-se como elemento subordinante dos Estados-membros no desempenho do

¹⁹⁴ Tal essência é função maior da norma, é a própria interação entre os poderes, nada mais do que um mecanismo de freios e contrapesos.

¹⁹⁵ Idem. Voto Ministro Carlos Velloso, pág. 48 (numeração superior).

¹⁹⁶ O termo originário aqui, não é o mais adequado, pois o Poder Constituinte estadual decorre da própria Carta Federal. O sentido aqui utilizado é uma referência ao primeiro texto constitucional estadual editado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas não possui nenhuma conotação científica. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, bem define: “A Assembléia Legislativa, uma vez investida da função constituinte decorrente, exerce um poder de caráter inicial, na medida em que instaura, de modo inaugural, a ordem normativa fundamental do Estado-membro” (ADIN 157-4 – AM, p. 51).

¹⁹⁷ CF 1988, “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...)”.

CF 1988, ADCT, “Art. Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual”.

¹⁹⁸ ADIN 157-4 – AM, p. 52 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

poder constituinte decorrente que lhes deferiu a Lei Fundamental da República. (Min. Celso de Mello)¹⁹⁹

O raciocínio contrário, da minoria, era o da autonomia constitucional dos Estados-membros, que foram obrigados pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a editarem uma nova Constituição Estadual. Afirmavam que pelo fato de se tratar de um Poder Legislativo constituinte e não um Poder Legislativo ordinário, não haveria óbice ao aumento do número de desembargadores.

Sr. Presidente, sempre me ensinaram, e acredito nisso, que o regime federativo é, fundamentalmente, um sistema de organização de ordens normativas que se coordenam, e cada uma delas é criada por um poder constituinte autônomo. Assim como a ordem internacional limita a ordem jurídica nacional, a ordem jurídica da União limita a ordem jurídica dos Estados. Mas a União se o seu poder constituinte não se substituem ao poder constituinte dos Estados. Quem cria – e falo como normativista que sou, abstraindo aspectos históricos, sociológicos, etc – as instituições locais é o constituinte local, é o constituinte estadual. Quem cria o poder executivo exercido pelo Governador, quem cria o poder legislativo exercido pelas Assembléias, quem cria a Justiça Estadual, encarnada no Tribunal de justiça e nos Tribunais e Juízes a eles subordinados, é o constituinte estadual. (Min. Célio Borja)²⁰⁰

O debate deste acórdão se concentrou na discussão da separação dos poderes como limite a uma das expressões fundamentais do Federalismo: a edição das Constituições Estaduais. Assim buscou-se saber até que ponto o constituinte estadual poderia inovar e não apenas reproduzir a Constituição Federal, isto é, qual era o limiar que separava a máxima efetividade da Federação e a inviolabilidade da separação dos poderes no caso concreto. Na interpretação dos Ministros do STF, o princípio federativo impulsionou a produção das Cartas Estaduais, enquanto a separação dos poderes freou tal atividade.

Em outro acórdão, semelhante, porém não idêntico, a ADIN 857 – MT, o Procurador Geral da República impugnou duas resoluções do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que tratavam, uma de organização judiciária e a outra da extinção da função de Juiz Auxiliar de Entrância Especial. Quanto ao primeiro ponto, a ADIN restou prejudicada, em face da perda do objeto da ação (foi editada uma nova resolução quanto à matéria).

Por unanimidade, entenderam os Ministros do STF, que somente o Poder Legislativo, desde que com a devida iniciativa de órgão do Poder Judiciário, tem competência para legislar sobre a criação de cargos, bem assim sobre a organização judiciária, conforme o artigo 96, II, b²⁰¹, da Constituição Federal. Para os Ministros, a função

¹⁹⁹ ADIN 157-4 – AM, p. 52 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

²⁰⁰ ADIN 157-4 – AM, p. 61 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

²⁰¹ CF 1988: “Art. 96. *Compete privativamente:*
(...)

de editar normas compete ao Poder Legislativo. Sendo assim, a atribuição de iniciativa ao Judiciário transpõe o intercâmbio de funções estatais, porém, não permite que este exceda suas atribuições sobre um campo constitucionalmente direcionado àquele Poder. O ponto principal para os Ministros era que transferir iniciativa de lei não implicava em delegar a capacidade legislativa, pois a edição de norma em si, compete a quem originalmente deve legislar, o Legislativo, motivo pelo qual haveria violação à separação dos poderes quando da edição de tais resoluções (esta é a única teorização existente na ADIN sobre o princípio).

Em um terceiro caso nesta mesma linha, a ADIN 1051 – SC, questionava-se a constitucionalidade de determinada Lei Complementar Estadual de iniciativa privativa do Judiciário cujo teor havia sido modificado por emenda parlamentar. A referida lei dispunha, no projeto original encaminhado pelo Judiciário, apenas sobre plano de carreira, cargos e vencimentos de pessoal dos serviços auxiliares da Justiça de Santa Catarina. Ocorre que o Legislativo emendou o projeto de lei, estendendo algumas prerrogativas da lei também aos juízes de paz. O STF, por unanimidade dos votos entendeu que tal mudança ofendia a separação dos poderes, uma vez que a Constituição Federal previa competência privativa ao Judiciário de propositura ao Poder Legislativo de projetos de lei prevendo a fixação de vencimentos dos seus membros, incluindo aí os Juízes de Paz.

7.7.7 O Caso do Ato de Provimento de Desembargadores do Tribunal de Justiça de Pernambuco

O Procurador-Geral da República (PGR), atendendo a solicitação do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, propôs a ADIN 314 – PE, contra o artigo 58 da Constituição do referido Estado, que dizia caber ao Governador o ato de provimento no cargo de desembargador, mediante promoção de juiz de carreira, depois de apresentada lista tríplice pelo Tribunal. O principal argumento trazido pelo PGR era a violação ao princípio da separação dos poderes. O STF, por maioria dos votos julgou a ação procedente, tendo votado neste sentido os Ministros Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso (Relator), Ilmar Galvão e Sydney Sanches, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Célio Borja e Moreira Alves. O artigo questionado pela ADIN possuía a seguinte redação:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

(...)

b) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados;

(...)” (redação que vigia a época da edição das Resoluções).

Art. 58. O Tribunal de Justiça do Estado, com sede na Capital e jurisdição em todo território do Estado, compõe-se de vinte e cinco Desembargadores.

[...]

§2º O acesso ao Tribunal de Justiça e outros Tribunais far-se-á alternadamente, por Antigüidade e merecimento, apurados na última entrância, sendo a promoção por merecimento mediante lista triplíce elaborada pelo Tribunal de Justiça, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 66, e encaminhada ao Governador a quem caberá, em ambos os casos, o ato de provimento.

O Ministro Carlos Velloso (Relator), defensor da tese de inconstitucionalidade, iniciou seu voto apontando o caráter de subordinação do Poder Constituinte Decorrente (estadual) à obra do Poder Constituinte Originário (federal), devendo o primeiro sujeitar-se aos princípios estabelecidos pelo segundo. Citando José Afonso da Silva, diferenciou tais princípios em *constitucionais sensíveis* e *constitucionais estabelecidos*²⁰², concluindo que as limitações concernentes à organização da Justiça estadual, contidas na Constituição Federal, são classificadas como limitações expressas de natureza mandatária, ou seja, aquelas limitações explícitas e diretamente determinantes para as Constituições Estaduais. Assim, o artigo 96, I, c, da Constituição Federal, ao determinar que “*compete privativamente aos tribunais prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição*”, impediria a redação dada ao artigo 58 da Constituição Estadual atacada.

Cabe fazer referência ao único trecho em que o Ministro Carlos Velloso fez referência ao princípio da separação dos poderes:

No caso, a disposição constitucional federal que importa, efetivamente, na solução da questão, é mesmo a que consta do art. 96, I, c. As demais indicadas – art. 2º - << São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário>> - art. 96, II, b e d – ou simplesmente ajudam na interpretação, porque podem indicar roteiro (art. 2º), ou não tem importância na solução da questão aqui posta (art. 96, II, b e d, e art. 99). (Min. Carlos Velloso)²⁰³

Não há dúvida que saber se o ato de provimento de um juiz de carreira será expedido pelo Chefe do Executivo ou pelo Chefe do Judiciário, tem implicações na disposição entre os poderes, mesmo no âmbito estadual, mas não parece que o Ministro Carlos Velloso tenha desejado adentrar em uma discussão mais teórica (significado da separação dos poderes) sobre o assunto, esbarrando em aspectos técnicos (comparar os dispositivos das Constituições). Talvez o que ele queira ter dito é que as Constituições Estaduais devam ser um espelho da Constituição Federal, sem no entanto discutir qual o

²⁰² Discussão esta que não adentraremos em razão de não serem o objeto deste trabalho.

²⁰³ ADIN 314 – PE, RTJ 177, p. 1024.

significado de poderes "*independentes e harmônicos*".

Dando continuidade a votação, depois de pedido de vista, o Ministro Celso de Mello iniciou sua exposição fazendo um retrato do princípio federativo na Constituição Federal, frisando principalmente as limitações que o Poder Constituinte estadual estava sujeito. Segundo o Ministro Celso de Mello, a autonomia dos entes federados detém-se na vontade do constituinte republicano originário. Uma das barreiras do poder constituinte estadual seria o autogoverno da magistratura, ponto que para o Ministro Celso de Mello constitui um dos aspectos mais delicados no tema da separação dos poderes, sendo suporte imprescindível à garantia da independência político-administrativa dos Juízes e dos Tribunais.

O novo perfil constitucional do federalismo, muito embora obsequioso para com o postulado fundamental da autonomia dos Estados-membros, não autoriza, contudo, que as unidades federadas se afastem, no ponto, do modelo federal, que privilegiou, de modo essencial, no plano da organização judiciária local, o princípio do autogoverno da Magistratura. (Min. Celso de Mello)²⁰⁴

Neste sentido, para o Ministro Celso de Mello, a possibilidade de indicação ou nomeação de desembargadores pelo chefe do Executivo, feria a separação de poderes e a autonomia político-administrativa do Poder Judiciário. Para os Ministros que votaram pela procedência do pedido, inclusive o Ministro Celso de Mello, a competência político-administrativa dos Tribunais de Justiça, que deriva da regra inscrita no art. 96, I, c da Constituição Federal, alcança as hipóteses de provimento dos cargos de Desembargador, não apenas os de juiz.

A tese contrária, da minoria, pode ser resumida a duas posturas, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Paulo Brossard. O primeiro afirmou que o artigo 96 da Constituição Federal define competência privativa dos Tribunais para prover cargos de Juiz de carreira da respectiva jurisdição, não lhe constando que o cargo de Desembargador seja cargo de Juiz de carreira. Para ele, a limitação da Constituição Federal não alcançaria o ato de provimento de desembargadores do Tribunal de Justiça. Além disso, para o Ministro Marco Aurélio, a possibilidade de escolha dos desembargadores que compõem o Tribunal pelo seu presidente, não seria uma idéia interessante exatamente pelo risco de ser uma escolha política.

Não posso compreender que se atribua à Corte, como um Colegiado, a confecção da lista, dando-se, posteriormente, ao Presidente, a atribuição de escolher este ou aquele juiz cujo nome integra a lista.
[...]

²⁰⁴ ADIN 314 – PE, RTJ 177, p. 1040.

Por isso, [...], concluo que o dispositivo é constitucional e, para mim, até aqui pelo menos, é interessante que se proceda a essas nomeações, tendo-se presente a participação do Executivo, especialmente, quanto às vagas destinadas à escolha por merecimento. É salutar que a atuação política última se faça fora do Tribunal, e, portanto, mediante atividade a ser desenvolvida pelo Chefe do Poder Executivo. (Min. Marco Aurélio)²⁰⁵

O Ministro distinguiu claramente o Tribunal, entendido como um colegiado, da figura de seu Presidente. Um ato de escolha, portanto discricionário, do Presidente do Tribunal, seria um ato político, nesta linha argumentativa, e como tal, deveria ser incumbido a quem de origem tem essa função, no caso o Governador do Estado.

Já o Ministro Paulo Brossard, iniciou seu voto indicando os vários métodos para escolha de magistrados que a história registrava e afirmando que a escolha de um ou de outro processo de seleção é inspirada por critérios de natureza política²⁰⁶. O que se deveria discutir no caso, era saber se a solução defendida pelo Tribunal pernambucano isentava-se de defeitos e não possuía inconvenientes. Citando o Ministro Aliomar Baleeiro, no RE 67.839:

A lista tríplice organizada pelo Tribunal para que o Chefe do Executivo escolha um dos nomes... atenua, dum lado, o discricionarismo do Presidente da República, ou do Governador, e de outro, o favoritismo e o **sprit de corps** da magistratura. É via de mão dupla na profilaxia do nepotismo e do patronato. (Min. Paulo Brossard)²⁰⁷

Mais adiante, afirmou o Ministro Paulo Brossard:

Isto importa em reconhecer que, se o sistema mantido na Constituição de Pernambuco quanto à nomeação dos desembargadores tem ou pode ter inconvenientes, não deixa de tê-los, em igual grau, ou superior, o preconizado pelo Tribunal. [...]. Quer dizer, os tribunais são compostos de homens e estes, com capa preta ou sem ela, se parecem e, por vezes, não são imunes a sentimentos que não são os melhores. Nem os tribunais estão isentos da formação de grupos em seu seio, que, uma vez constituídos, estão acima de qualquer correção ou sanção. Digo isto, apenas para mostrar que a fórmula defendida pelo Tribunal pernambucano, se tem méritos, não é uma panacéia. (Min. Paulo Brossard)²⁰⁸

Após suas considerações iniciais, o Ministro Paulo Brossard passou a olhar o problema por “*critérios estritamente jurídicos*”, como ele mesmo denominou. O Primeiro ponto que abordou foi a separação dos poderes. Afirmou que, desde de 1891, os poderes

²⁰⁵ ADIN 314 – PE, RTJ 177, p. 1027-1029.

²⁰⁶ Neste critério, segundo o Ministro Paulo Brossard, busca-se saber qual o processo mais conveniente, mais aconselhável ou mais útil, termos, que como facilmente notamos, são altamente abertos e sujeitos as mais variadas percepções.

²⁰⁷ ADIN 314 – PE, RTJ 177, p. 1028.

²⁰⁸ ADIN 314 – PE, RTJ 177, p. 1029.

da União, são harmônicos e independentes entre si e durante 100 anos coube aos Governadores nomear os membros dos Tribunais de Justiça, sem que ninguém jamais alegasse violação ao princípio, até porque, o Presidente da República possuía e possui competência igual, em relação aos tribunais federais (indicando os membros do STF, por exemplo)²⁰⁹. Prosseguindo, profere em seu voto:

Cada um dos poderes participa de alguma maneira na atividade dos demais. É o princípio sabido e consabido. [...]. De resto, não há quem não saiba que a expressão consagrada <<independência e harmonia dos poderes>> não é cientificamente correta se interpretada literalmente, pois se os poderes não (sic) independentes não podem ser harmônicos e se dever ser harmônicos hão de ser interdependentes. **Mas a fórmula correu o mundo e ninguém questiona seu significado real. Aliás, segundo lição que vem do Federalista, a separação absoluta dos poderes conduz ao conflito e não à harmonia entre os poderes do Estado.** (Min. Paulo Brossard) (grifo nosso)²¹⁰

Cabe ressaltar, na passagem citada acima, a referência efetuada pelo Ministro Paulo Brossard aos textos Federalistas, de maneira bastante pertinente, principalmente ao afirmar que a fórmula por eles preconizada correu o mundo, sem no entanto refletir seu significado real.

O Ministro Paulo Brossard encerrou a discussão sobre a separação de poderes concluindo que a alegação segundo a qual a participação do Poder Executivo na composição dos tribunais tira deles independência, não teria fundamento, pois se assim fosse o STF seria dependente do Executivo. Não haveria necessidade de excluir o Poder Executivo de qualquer interferência no Poder Judiciário para assegurar a independência deste.

Em sentido semelhante trazemos a seguinte passagem:

[...] investidura de agentes de um Poder não é parte da autonomia administrativa do Tribunal. É um assunto tipicamente político da composição de um dos Poderes do Estado. (Min. Sepúlveda Pertence)²¹¹

Com relação aos aspectos mais técnicos, o Ministro Paulo Brossard seguiu a mesma linha do Ministro Marco Aurélio Melo, afirmando que da leitura do artigo 96, I, c, da Constituição Federal não se depreenderia nenhuma obrigatoriedade de que a nomeação dos desembargadores fosse feita pelo Tribunal de Justiça ou pelo seu Presidente. Segundo

²⁰⁹ Uma ressalva deve ser efetuada. Trata-se de argumento histórico, ocorre que o conceito de separação de poderes pode mudar de acordo com as Constituições que foram se sucedendo no Brasil. Fato é, que o modelo de separação vigente em 1891 não é o mesmo de 1988.

²¹⁰ ADIN 314 – PE, RTJ 177, p. 1030.

²¹¹ ADIN 314 – PE, RTJ 177, p. 1054.

o Ministro Paulo Brossard, da leitura deste artigo da Constituição Federal, competia aos tribunais prover o cargo de juiz, não o de desembargador. A Constituição teria distinguido nitidamente a competência dos tribunais em relação aos juízes da respectiva jurisdição e em relação aos desembargadores, como integrantes dos Tribunais.

É importante destacar ainda o trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, vencido, no qual buscou legitimar o intercâmbio de funções, no princípio republicano:

O Poder Judiciário é sabidamente, em nosso sistema, o único dos Poderes do Estado sem participação popular direta na escolha de seus membros, de tal modo que as diversas formas de ingerência dos outros Poderes políticos, de origem democrática, na composição dos Tribunais, representa, na estrutura constitucional do Poder Judiciário, uma abertura à sua própria legitimidade republicana.

[...]

Creio que não serve à República nem fortalece a democracia obstruir-se, em termos compulsórios, esse canal de aeração do Poder Judiciário. (Min. Sepúlveda Pertence)²¹²

Um olhar crítico e comparativo sobre os argumentos aqui trazidos, denota que os Ministros vencedores desejaram manter a maior autonomia possível ao Poder Judiciário, em prol de uma separação dos poderes considerada por eles como ideal²¹³. Os Ministros vencedores buscaram, na análise da Constituição Federal, demonstrar determinada tendência a uma supervalorização da independência, em prejuízo de um maior intercâmbio entre os poderes. Os votos vencidos, por sua vez, mantiveram um diálogo mais constante com a teoria sobre separação dos poderes indicando sobre a importância da existência de freios e contrapesos na relação entre os poderes. A dúvida que surge é se esta argumentação é possível, quando, ao que parece, o artigo da Constituição Estadual de Pernambuco ao tornar possível a indicação ou nomeação pelo Governador dos desembargadores, não estaria ferindo a autonomia administrativa dos tribunais²¹⁴ e por este motivo não necessariamente se encaixaria no debate sobre separação de poderes.

7.7.8 Os Casos Sobre o Controle do Judiciário²¹⁵

Com a reformulação constitucional nos Estados, fruto da necessidade de adequação à nova Carta Federal (Constituição de 1988), o Supremo Tribunal Federal passou a

²¹² ADIN 314 – PE, RTJ 177, p. 1046.

²¹³ Como visualizamos na primeira etapa do trabalho, não existe uma separação dos poderes ideal. O que existe é uma separação dos poderes própria de cada modelo constitucional.

²¹⁴ Pois os Tribunais continuariam sendo autônomos na sua administração, mesmo com a escolha por parte do Governador.

²¹⁵ Não se pode afirmar que o rol das ADINs sobre o tema seja todo tratado aqui. As ADINs citadas foram colhidas de acordo com o método utilizado na primeira etapa do trabalho.

confrontar um ponto até então nunca tratado pela Corte: o controle do Poder Judiciário estadual por órgão alheio à sua estrutura²¹⁶. O problema emergia nos mais variados Estados do país, sempre seguindo a mesma fórmula: um órgão investido de poder sobre o Judiciário, formado, na sua maioria, por membros de outros Poderes. O assunto passou a ter jurisprudência pacífica no STF, no sentido da inconstitucionalidade dos Conselhos de Justiça, até a emenda constitucional nº 45, a qual trouxe à tona, novamente, o referido controle²¹⁷, desta vez em âmbito nacional. Um tema muito delicado no que concerne à delimitação do núcleo básico da separação de poderes e bastante relevante para o objetivo desta pesquisa. A questão passou a ter contornos interessantes, diante de uma aparente guinada no entendimento do STF: algo sempre rechaçado que passou, aparentemente²¹⁸, a ser aceito com a ADIN 3367 - DF, que julgou a emenda 45. O que mudou na análise dos Conselhos Estaduais de Justiça para a análise do Conselho Nacional de Justiça?

7.7.8.1 Análise sobre Ministros votantes e presentes em cada ADIN

Para um exame mais profundo e crítico dos acórdãos é fundamental a análise de quem esteve presente em cada sessão de julgamento e mais, como votou cada Ministro. Eventual discrepância de entendimento²¹⁹ pode ser um grande sintoma para se chegar a uma conclusão sobre o posicionamento do STF, acerca do tema.

ADIN	Resultado da decisão	Votaram pela inconstitucionalidade	Votaram pela constitucionalidade
135 – PB - CEJ	Inconstitucional, por unanimidade	Unânime – Octavio Galloti (relator); Sepúlveda Pertence (Presidente); Moreira Alves; Néri da Silveira; Sydney Sanches; Celso de Mello, Ilmar Galvão; Francisco Resek e Maurício Corrêa. Ausentes: Carlos Velloso e Marco Aurélio.	
137 – PA - CEJ	Inconstitucional, por unanimidade	Unânime – Moreira Alves (relator); Carlos Velloso (vice-Presidente); Sepúlveda Pertence; Néri da Silveira; Sydney Sanches; Octavio	

²¹⁶ Pacificou-se como nome, Conselhos de Justiça, sejam os estaduais, seja o nacional.

²¹⁷ Este ponto será melhor explicado adiante, porém, o grande diferencial foi o fato de que o controle Nacional deixou de ser “externo” ao poder judiciário, com a maioria dos membros sendo dos próprios quadros da magistratura (isto na visão do STF).

²¹⁸ O uso do termo “aparentemente” é resultado da análise dos acórdãos sobre o tema, pois o que era rechaçado em termos de controle externo, continuou sendo negado. Ocorre, que com a Em. nº 45 há uma mudança no paradigma do controle, pois este passa a ser interno, e não mais externo, na visão dos Ministros.

²¹⁹ Ainda desconsiderando o mérito de cada voto, apenas, em linhas gerais, como cada Ministro votou.

		Galloti; Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausentes: Celso de Mello (Presidente) e Nelson Jobim.	
98 – MT - CEJ	Inconstitucional, por unanimidade	Unânime – Sepúlveda Pertence (relator); Celso de Mello (Presidente); Néri da Silveira; Sydney Sanches; Octavio Gallotti; Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão; Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente: Moreira Alves.	
3367 – CNJ	Constitucional, por unanimidade	Pela procedência integral: Marco Aurélio; Parcialmente procedente: Carlos Velloso e Ellen Gracie; Procedente em menor extensão: Sepúlveda Pertence.	Maioria – Cezar Peluso (relator); Nelson Jobim (Presidente); Celso de Mello; Gilmar Mendes; Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

A simples leitura do quadro acima é suficiente para a inferência de alguns traços relevantes. Nota-se, que os acórdãos proferidos sobre o controle do Judiciário nos Estados foram sempre unânimes, no sentido de considerá-lo inconstitucional. O fato interessante ocorre na análise do controle nacional, do Conselho Nacional de Justiça, criado por meio da Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004: por maioria, os Ministros o consideraram constitucional. Uma explicação inicial, poderia ser a eventual mudança na composição do STF. Porém, uma análise mais atenta evidencia um fato interessante, muitos dos antigos Ministros permaneceram na Corte. Dois magistrados (Ministro Nelson Jobim e Ministro Celso de Mello), que votaram sempre pela inconstitucionalidade dos Conselhos Estaduais de Justiça (CEJ), consideraram o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constitucional, enquanto outros quatro (Ministro Marco Aurélio, Ministro Carlos Velloso, Ministra Ellen Gracie e Ministro Sepúlveda Pertence), os quais sempre consideraram os CEJs inconstitucionais, mantiveram sua posição, ao menos em parte, com relação ao CNJ. O motivo que gerou esta mudança, saber se os Ministros foram coerentes e buscar um entendimento para separação de poderes, relativa aos Conselhos de Justiça, é o objetivo do próximo ponto.

7.7.8.2 Os Conselhos Estaduais de Justiça

Levando em consideração que a discussão sobre os Conselhos Estaduais de Justiça sempre foi pautada pelos mesmos argumentos, sempre foi julgada no mesmo sentido (fato

que culminou com a edição de uma súmula por parte do STF²²⁰) e de maneira unânime, as decisões serão apresentadas em conjunto.

Vivia-se no Brasil, dentro de alguns Estados, um movimento para a instituição do chamado controle externo do Judiciário. Via de regra, este controle era dirigido à justiça estadual, por meio das novas Constituições. A fórmula era simples: um conselho responsável pela fiscalização da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário. A composição era, sempre, na sua maioria, de integrantes de outras esferas, que não o Poder fiscalizado²²¹. O resultado desta iniciativa das Assembléias Constituintes Estaduais foi uma enxurrada de ADINs questionando a constitucionalidade destes dispositivos em face da violação do princípio da separação dos poderes, garantido na Constituição Federal como cláusula pétreia.

A discussão sobre o tema, controle estadual, nunca gerou muitas laudas. Usualmente, apenas os relatores partiam para uma digressão mais acentuada, sendo seguidos, nas suas posições, pelos demais Ministros, sem acréscimos por parte destes. Este fato explica o motivo pelo qual os argumentos destas ADINs podem ser transmitidos de maneira concisa.

O Ministro Octavio Gallotti, resumindo o fundamento básico no qual pautavam-se os Ministros do STF para defender a inconstitucionalidade dos CEJs, iniciou seu voto na ADI 135 - PB, nos seguintes termos:

Penso que repousa, a essência da presente controvérsia, sobre a aplicação do próprio princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição), do qual é simples corolário o da autonomia administrativa e financeira do Judiciário (art. 99) [...].
Ilusória se revela, em meu entendimento, a pretensão de distinguir entre funções judicantes (ou atividades-fim) e funções administrativas (ou atividade-meio), dos Juízos e Tribunais, com o fito de procurar estabelecer limites de permissibilidade à ingerência de outros órgãos na atuação do Poder Judiciário, como condição indispensável ao exercício da democracia.
(Min. Octavio Gallotti)²²²

Prosseguiu o Ministro Octavio Gallotti:

[...] a independência de um Poder é inseparável da autonomia administrativa e da segurança proporcionada pela conquista da gestão autônoma dos meios postos pelo Estado à sua disposição, para garantir a administração e a distribuição de Justiça, papel destinado pela Constituição à responsabilidade de um Poder Judiciário nacional. Não à de outros órgãos e entidades, que a ele não pertençam, como se estabelece no

²²⁰ Súmula 649 (“*é inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades*”).

²²¹ Os membros do Judiciário possuíam assento, porém eram a minoria dentro do Conselho.

²²² ADIN 135 - PB, RTJ 166, p. 368.

dispositivo impugnado. (Min. Octavio Gallotti)²²³

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator da ADIN 98 - MT, também proferiu voto na ADIN 135 - PB. Mantendo a mesma linha de argumentação que utilizou nos vários casos, o Ministro Sepúlveda Pertence, efetuou um estudo comparado sobre o tema, o qual serviu de alicerce para a conclusão de seu voto e o conseqüente posicionamento sobre a matéria. Para ele “essa pregação²²⁴, no contexto do regime brasileiro, decorre, quando de boa-fé, de uma leitura equivocada, e, quando de má-fé, de uma leitura distorcida da experiência européia” (Min. Sepúlveda Pertence)²²⁵. Nos Estados europeus, onde se instalaram os primeiros órgãos do gênero, jamais haviam sido atribuídas, ao Poder Judiciário, quaisquer prerrogativas de autogoverno e administração própria. A única independência atribuída ao Judiciário, que muitas vezes ao menos era considerado como Poder do Estado, era a judicial, no exercício da função jurisdicional. Todos os problemas relacionados à administração da Justiça eram tidos como problemas de Governo, com a atribuição de administração ao Ministro da Justiça, titular responsável perante o Parlamento.

E por que autogoverno? Por contraposição ao período anterior. Na verdade, a instituição desses Conselhos não subtraiu nenhum poder anterior de autogoverno da Magistratura simplesmente porque o Judiciário jamais os tivera. Tomaram-no, sim, os Conselhos, do Ministro da Justiça. E a história deles revela que, ainda hoje, o ponto de tensão – [...] – não está entre os Conselhos e os Tribunais, mas sim entre os Conselhos e o Ministro da Justiça, com quem ainda remanescem poderes de administração dos serviços de justiça. (Min. Sepúlveda Pertence)²²⁶

O Ministro Sepúlveda Pertence, ao relatar a ADIN 98 - MT, proferiu passagens interessantes referentes à separação dos poderes. Mantendo a mesma linha de inferências históricas, ele fez referência direta a vários regimes, como o Francês, o Italiano, o Português e o Espanhol²²⁷. Delimitou o que deveria ser a separação em cada país, levando em consideração os “*signos característicos*” (Min. Sepúlveda Pertence)²²⁸ de cada sistema de positivação do princípio. Partindo da premissa que existem tantos modelos de separação de poderes quanto países que o prevejam, por óbvio, os modelos Europeus não se enquadram no contexto nacional.

²²³ ADIN 135 - PB, RTJ 166, p. 368.

²²⁴ “Essa pregação” a que se refere o Ministro Sepúlveda Pertence é aquela do cabimento de controle externo no Brasil.

²²⁵ ADIN 135 – PB, RTJ 166, p. 369.

²²⁶ ADIN 135 – PB, RTJ 166, p. 369.

²²⁷ Cf. ADIN 98 - MT. Disponível em www.stf.gov.br.

²²⁸ ADIN 98 – MT, p. 17 (numeração inferior). Disponível em www.stf.gov.br.

O princípio da separação e independência dos Poderes, malgrado constitua um dos signos distintivos fundamentais do Estado de Direito, **não possui fórmula universal apriorística**: a tripartição das funções estatais, entre três órgãos ou conjuntos diferenciados de órgãos, de um lado, e, tão importante quanto essa divisão funcional básica, o equilíbrio entre poderes, mediante o jogo recíproco dos freios e contrapesos, presentes ambos em todas elas, **apresenta-se em cada formulação positiva do princípio com distintos caracteres e proporções**. (Min. Sepúlveda Pertence)²²⁹ (grifo nosso)

Em todos os casos analisados, quando o controle questionado era o Estadual, para o STF, as respectivas Constituições se valeram de formas ofensivas ao princípio da harmonia e independência dos poderes, pois conceberam um modelo de controle formado basicamente por membros alheios aos quadros do Judiciário, tentando importar uma fórmula estrangeira, a qual se pautava em conceitos e premissas completamente discrepantes das vigentes no Brasil. De fato, existem modelos diferentes para a separação dos poderes, mas aquele positivado no Brasil, segundo o qual o Judiciário possui autonomia financeira e de autogoverno, não permitia um controle externo nos moldes estabelecidos até então.

7.7.8.3 O Conselho Nacional de Justiça

A chegada do Partido dos Trabalhadores ao poder, em 2003, fez com que uma série de comprometimentos assumidos na campanha fossem transformados em reformas constitucionais. Dentre estas, um destaque especial para a Emenda 45, responsável pela reforma do Judiciário. Uma ADIN, 3367 - DF, logo veio, objetivando a declaração de inconstitucionalidade de parte da emenda, aquela responsável por instituir o Conselho Nacional de Justiça. Um órgão até então constituído em âmbito estadual, tomava feição nacional, com características um pouco diferentes, porém, pautado no mesmo alicerce: controlar a atividade disciplinar, financeira e administrativa dos juízes. Estava constituído, nacionalmente, o controle do Poder Judiciário, considerado, pelo STF, como constitucional.

Superada a preliminar²³⁰, o Ministro Cezar Peluso (Relator) iniciou seu voto assumindo sua, até então, oposição à criação de um órgão incumbido do controle nacional da magistratura, porém, em uma espécie de justificativa, afirmou que seus sentimentos e predileções pessoais não lhe impediram nunca, na qualidade de juiz, de ter seus ouvidos abertos aos argumentos de outras vozes, pois julgaria a causa perante a Constituição e não

²²⁹ ADIN 98 – MT, p. 14 (numeração inferior). Disponível em www.stf.gov.br.

²³⁰ A questão preliminar levantada foi afastada por unanimidade, além de não possuir relação com a separação dos poderes. Por este motivo, não será aqui analisada.

perante suas concepções²³¹.

Ao tratar especificamente do tema, o Ministro Cezar Peluso afirmou, como pressuposto de seus argumentos, o fato de que a independência externa ou interna (entre os magistrados) do Judiciário nunca pode ser ameaçada, pois constitui “a fonte, o substrato e o suporte de todas as condições indispensáveis a que a atividade judicante seja exercida com a imparcialidade” (Min. Cezar Peluso)²³². Uma das construções mais significativas do voto analisado diz respeito à invulnerabilidade relativa do princípio da separação dos poderes. Para o Ministro Cezar Peluso a independência, por si só, suporta diversos teores de autonomia financeira, administrativa e disciplinar. Apenas um núcleo essencial seria invulnerável quanto às modificações, como “*predicado essencial do sistema de separação*” (Min. Cezar Peluso)²³³, assim, só seria atingido este núcleo quando uma determinada modificação implicasse em danos ao equilíbrio e à estabilidade do jogo constitucional entre os Poderes. Destarte, para o Ministro Cezar Peluso, nada impedia que o constituinte redesenhasse a configuração vigente, até pela própria leitura do texto Constitucional, que proíbe emendas objetivando “abolir” a separação dos poderes, porém, não proíbe emendas tendentes à “modificar” o modelo de separação²³⁴.

Após estas idéias iniciais, o Ministro Cezar Peluso construiu uma evolução histórica do princípio. Iniciou com Aristóteles, passando a Montesquieu, Locke, chegando aos Federalistas. A idéia central era demonstrar o fato da separação dos poderes ter sido um método lucubrado para a consecução de um fim maior: limitar o poder político. Assim, antes de concebida como dogmática jurídica, a separação dos poderes foi concebida como teoria política, a qual visava conter o poder para garantir a liberdade civil²³⁵. Apesar da autonomia entre os poderes e dos mecanismos possíveis de controle recíproco variarem muito entre os vários sistemas jurídicos existentes (onde o postulado da separação dos poderes é tido como axioma básico), este princípio continuava sendo, nestes países, a afirmação cogente da estrutura dos Estados democráticos. Ainda para o Ministro Cezar Peluso, definir a teoria da separação no modelo jurídico-constitucional vigente, ou seja, o modelo brasileiro, era buscar o tratamento normativo dado ao princípio, através de todo o corpo de normas constitucionais, de maneira sistemática, considerando as funções e atribuições típicas e não-típicas de determinado Poder.

²³¹ É evidente que um magistrado, ao pronunciar-se sobre a constitucionalidade de determinado ato, o julga perante a constituição. Uma dúvida posta poderia ser a seguinte: as posições assumidas pelo Ministro, de repúdio ao Controle do Judiciário, anteriores à emenda 45, não eram pautadas pela Constituição?

²³² ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²³³ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²³⁴ Cf. Art. 60, da Constituição Federal de 1988.

²³⁵ O Ministro Cezar Peluso afirma que esta é uma das principais razões que levaram Montesquieu a elaborar sua teoria .

Após longa exposição teórica sobre o tema, o Ministro Cezar Peluso chegou no que podemos definir como *ratio decidendi*²³⁶ de seu voto:

Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê a priori como possa ofendê-la a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004, **trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário** (art. 92, I-A), **composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder** (art.103-B), **nomeados sem interferência direta dos outros Poderes**, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros. [...] mera representação simbólica da instância legislativa, não pode equiparar-se a nenhuma forma de intromissão incompatível com a idéia política e o perfil constitucional da separação e independência do Poderes. (Min. Cezar Peluso)²³⁷ (grifo nosso)

Com estes argumentos é possível depreender o essencial do voto do Ministro Cezar Peluso até aqui trabalhado. Por conta das regras de composição, escolha e nomeação dos membros do Conselho, além do fato deste órgão estar vinculado ao Judiciário, alcançamos o ponto distintivo mais relevante do CNJ: não se tratava de controle **externo** do Judiciário, mas, sim, de controle **interno**. Isto, conjugado com o apresentado anteriormente, ou seja, a impossibilidade de extinção da separação, porém a possibilidade de modificação (razoavelmente²³⁸), leva à conclusão de que não há ingerência de nenhum Poder sobre o Judiciário. Para o Ministro Cezar Peluso era absolutamente plausível criar um órgão dentro do Poder Judiciário, composto por seus próprios membros, para se autocontrolar. A indicação de componentes por parte do Legislativo não passaria de “mera representação simbólica”, não podendo ser equiparada “a nenhuma forma de intromissão incompatível com a idéia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes” (Min. César Peluso)²³⁹. O objetivo da separação, dentre outros, era a independência da função jurisdicional, garantindo assim a imparcialidade do juiz. O CNJ, nos argumentos do Ministro Cezar Peluso, não atingia essa garantia, pois tem suas atribuições circunscritas às atividades administrativas dos magistrados.

Complementando estes argumentos, ainda profere o Ministro Cezar Peluso:

Tem-se, portanto, de reconhecer, como imperativo do regime republicano e da própria inteireza e serventia da função, a necessidade de convívio permanente entre a independência jurisdicional e instrumentos de responsabilização dos juízes que não sejam apenas formais, mas que cumpram, com efetividade, o elevado papel que se lhes predica.

²³⁶ Termo em latim, que significa razão de decidir. Seria um dos principais, ou o principal, argumento do voto. Tal expressão se contrapõe ao *obiter dictum* ou argumento secundário.

²³⁷ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²³⁸ Desde que respeitado o núcleo básico do princípio.

²³⁹ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

[...]

Longe, pois, de conspirar contra a independência judicial, a criação de um órgão com poderes de controle nacional dos deveres funcionais dos magistrados responde a uma imperfeição contingente do Poder, no contexto do sistema republicano de governo. (Min. Cezar Peluso)²⁴⁰

Há ainda a necessidade de se ressaltar dois pontos. Em primeiro lugar, o fato de que na fundamentação da constitucionalidade da emenda, os Ministros levaram em consideração argumentos relativos ao “pacto federativo”, o que chama a atenção tendo em vista que na análise dos conselhos nos Estados todos eles foram considerados inconstitucionais²⁴¹. Além disso, é importante ressaltar em que medida as relações entre os poderes, sob a ótica do STF, podem estar ligadas também à forma do Estado²⁴². O segundo ponto, não menos importante, é a referência, efetuada pelo Ministro Cezar Peluso aos precedentes com relação ao caso. Para tanto, ele cita as ADINs referentes aos CEJs e a súmula 649, afirmando que uma análise cuidadosa mostra a não adequação dos casos passados com o do CNJ, pois em todos eles seria diversa a situação posta ao julgamento da Corte. Na realidade, segundo o Ministro Cezar Peluso, estes órgãos eram criados por Constituições Estaduais, de maneira não uniforme, ao contrário da emenda 45, federal. No entanto, a principal diferença era aquela, segundo a qual, seriam os CEJs autênticos órgãos de controle externo, uma vez que a composição dos conselhos tão pouco contava com a presença majoritária de membros pertencentes às magistraturas estaduais. Como frisamos acima, o CNJ, em sentido oposto, foi instituído como forma de controle interno, com composição maciça de integrantes do Poder Judiciário. Por esta razão, os precedentes tiveram sua aplicação afastada.

O Ministro Cezar Peluso ressaltou ainda, finalizando seu voto, a superioridade absoluta do STF sobre o CNJ, com preeminência hierárquica sobre o Conselho, cujos atos e decisões (de natureza administrativa) estariam sujeitos ao controle jurisdicional.

Em seguida, o Ministro Eros Grau proferiu seu voto. Em linhas gerais, manteve a mesma construção argumentativa do Ministro Cezar Peluso. Iniciou, dissertando sobre a máxima segundo a qual Montesquieu não cogitou uma efetiva separação de poderes, mas sim uma distinção entre eles. Chama a atenção, o fato do Min. Eros Grau ter identificado na teoria de Locke (de maneira implícita) e de Montesquieu (de maneira explícita) a necessidade de diferenciar *poderes* e *funções*, frisando a necessidade, para lograr o equilíbrio entre os poderes, do Executivo exercer parcela de funções não executivas, mas, na realidade, legislativas. Parafraseando Charles Eisenmann, afirmou que a separação dos

²⁴⁰ ADIN 3367 DF, 13/04/2005, Voto Ministro Cezar Peluso (sem numeração). Disponível em www.stf.gov.br

²⁴¹ Fica a dúvida: o “pacto federativo” implica em fortalecimento da autonomia dos Estados ou na centralização de qualquer tipo de controle?

²⁴² A inconstitucionalidade também foi afastada com base neste argumento.

poderes “*não passa de um mito*” (Min. Eros Grau)²⁴³, pois ela nunca seria efetiva e absoluta. Ao tratar de Montesquieu, frisou o aspecto da liberdade política como fim da teoria aqui analisada. Após longa digressão teórica, tal qual o primeiro voto, é possível delimitar a razão de decidir do Ministro Eros Grau:

O modelo brasileiro de harmonia e independência entre os poderes é desenhado pela Constituição do Brasil, a Emenda Constitucional nº 45 tendo a ele incorporado o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Este controle em verdade não é externo. (Min. Eros Grau)²⁴⁴ (grifo nosso)

Prosseguiu, na mesma linha:

[...] ao Conselho Nacional de Justiça não é atribuída competência nenhuma que permita a sua interferência na independência funcional do magistrado. [...] Embora órgão integrante do Poder Judiciário --- razão pela qual desempenha autêntico controle interno --- não exerce função jurisdicional. (Min. Eros Grau)²⁴⁵

Considerando ainda, outros fatores que transpassam a *ratio decidendi* de seu voto, argumentou o Ministro Eros Grau:

É que esta Corte é um tribunal político. Político, sim, no sentido de que provê a viabilidade da polis. Cumpre-nos compreender a singularidade de cada situação no âmbito da polis, isto é, do Estado. Por isso não estamos aqui para sacrificar a realidade em benefício de doutrinas. Não interpretamos apenas textos normativos, mas também a realidade, de modo que o significado da Constituição é produzido, pelo intérprete, contemporaneamente à realidade. [...] não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte. (Min. Eros Grau)²⁴⁶

O Ministro Eros Grau foi ainda mais longe, ao colocar em jogo a força normativa da Constituição²⁴⁷, pois a ordenação constitucional, ou seja, as normas constitucionais e a interpretação dada a estas normas, deveria se basear na natureza singular do presente, condicionada, desta maneira, pela realidade histórica na qual está inserida. Para o Ministro Eros Grau, interpretar uma Carta de maneira adversa às expectativas da sociedade e ao interesse geral, quando não houver razão constitucional para tanto, seria não apenas

²⁴³ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²⁴⁴ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²⁴⁵ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²⁴⁶ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²⁴⁷ Conceito criado por Konrad Hesse (*A Força Normativa da Constituição*), o qual, em linhas gerais, significaria a efetiva aplicação de determinada Constituição em determinado contexto social. Uma Constituição sem força normativa é aquela sem eficácia, apesar de vigente, muitas vezes por não comportar as expectativas sociais.

comprometer a força normativa da Constituição, mas também a efetividade da atuação do Poder Judiciário, o qual “*sairia deste episódio bastante machucado*” (Min. Eros Grau)²⁴⁸. Destarte, segundo as afirmações do Ministro Eros Grau, ao Judiciário não seria dado o poder de, ao interpretar a lei, fazê-lo levando em consideração os interesses particulares da magistratura²⁴⁹, em detrimento dos da sociedade como um todo.

Entre os ministros que votaram pela inconstitucionalidade da norma que criou o Conselho Nacional de Justiça, a Ministra Ellen Gracie não negou a possibilidade da existência de controle interno por parte do Judiciário, na linha dos Ministros analisados anteriormente. Porém, entendeu que:

Levando-se em conta a competência não somente gerencial, mas também invasiva do Conselho recém-criado e por se tratar de órgão do Judiciário que tem como campo de atuação, ainda que despojado de função jurisdicional, o funcionamento do próprio Judiciário, a participação daqueles que não são membros deste Poder choca-se frontalmente com a já referida independência qualificada do Poder Judiciário, que se desdobra nas garantias de independência no exercício da judicatura e na autonomia administrativa, financeira e orçamentária dos Tribunais, tudo para que, no sistema de freios e contrapesos existente, esta parcela do poder estatal (Estado-juiz) tenha a mais absoluta isenção na realização de atividade que representa a própria submissão do Estado Democrático de Direito às decisões judiciais contra si proferidas. (Min. Ellen Gracie)²⁵⁰

Sob estes argumentos a Min. Ellen Gracie entendia ser constitucional o órgão, porém sua composição deveria se restringir a membros do Poder Judiciário. Consoante este juízo, julgou procedente em parte a ADIN, considerando inconstitucionais todos os componentes estranhos ao Judiciário. No mesmo sentido foi a decisão do Ministro Carlos Velloso.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, efetuou um diálogo constante com os precedentes dos CEJs. De início, não afastou a aplicação das decisões anteriores apenas pelo fato dos Conselhos serem instituídos por Constituições Estaduais. Para ele, o núcleo essencial da separação dos poderes “não se altera, segundo funcione ele, conforme os precedentes, como limitação à autonomia constitucional dos Estados-membros” (Min. Sepúlveda Pertence)²⁵¹. Segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, a diferença se dava por

²⁴⁸ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²⁴⁹ Esta afirmação do Ministro pode ser um tanto quanto perigosa, se não for examinada minuciosamente. O Judiciário nem sempre é chamado para responder as expectativas da sociedade. Muitas vezes a sociedade deseja determinada decisão, mas o ordenamento constitucional vigente prima, como já ressaltado neste trabalho, pela defesa da minoria (e nem por isso a Constituição se vê ameaçada de perder sua força normativa). Por este motivo, o próprio Ministro argumentou que a interpretação conforme os anseios sociais só deve ser proferida quando não houver razão constitucional contrária, evitando assim um colapso no sistema de garantias estabelecido no Brasil.

²⁵⁰ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²⁵¹ ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

outro fator, uma discrepância sutil da Emenda Constitucional nº 45 quando comparada com as Constituições Estaduais, qual seja, a maioria dos componentes no CNJ pertencia ao Poder Judiciário, ao contrário dos CEJs.

Para o Ministro Sepúlveda Pertence, a indicação de dois cidadãos por parte do Congresso Nacional implicaria na interferência direta do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário. Na mesma linha da Ministra Ellen Gracie, afirmou que o controle interno era cabível, desde que não houvesse a participação de outros Poderes. Porém, o Ministro Sepúlveda Pertence discordou em parte da posição da Ministra Ellen Gracie, pois para ele a participação de membros do Ministério Público e de advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não implicaria na ingerência de outro Poder sobre o Judiciário, uma vez que são funções essenciais à jurisdição, co-responsáveis pelo bom funcionamento do serviço judiciário. Assim, a participação destas instituições no CNJ não ofenderia o núcleo irredutível do princípio da separação dos poderes.

Cumprindo ainda efetuar uma referência ao único voto pela inconstitucionalidade total do CNJ, proferido pelo Ministro Marco Aurélio. Da leitura de sua fundamentação fica clara a utilização de forte carga retórica e um discurso altamente corporativo, com passagens pouco objetivas e quase nenhuma relação direta com dispositivos constitucionais, transformando a tarefa de delimitar a *ratio* de seu voto, praticamente impossível. Aparentemente o Ministro ignorou o fato defendido pelos outros magistrados, segundo o qual tratar-se-ia de controle interno e não externo ao Poder Judiciário (não tratou deste ponto). Citamos:

Aponta-se, e se dá uma esperança vã à sociedade brasileira, o Conselho Nacional de Justiça como solução para os problemas do Judiciário, não se perquirindo, em si, a origem desses problemas, partindo-se quase do pressuposto de que o Judiciário nacional é composto por pessoas que, costumeiramente, adentram o campo do desvio de conduta [...].

[...]

Dir-se-á: tudo que o Conselho vier a decidir estará sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Também pudera, se não ocorresse assim, talvez fosse mais interessante fecharmos para balanço, porque aí estaria rasgada a própria Constituição quanto ao livre acesso ao judiciário [...].

[...]

Imagino os Poderes no mesmo patamar: o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Como não concebo um conselho nacional do Executivo, como não concebo um conselho nacional do Legislativo, com as atribuições previstas no artigo 103-B decorrente da Emenda, não concebo também, por mais que me esforce, um conselho nacional do Judiciário [...].

[...]

Não tenho como me afastar da Constituição Federal, que, infelizmente, no Brasil, não é amada como deveria ser. Não tenho como ignorar que a Lei Fundamental veio à balha consubstanciando um grande sistema. (Min Marco Aurélio)²⁵²

7.7.8.4 Aspectos Finais Sobre os Conselhos de Justiça

Da análise efetuada nos tópicos anteriores, podemos sistematizar alguns entendimentos. Em primeiro lugar, todos os Ministros, com a exceção do Ministro Marco Aurélio, entenderam repousar na diferença controle externo/interno o grande cerne da questão. Na delimitação da separação dos poderes brasileira, seria plenamente compatível a existência de um órgão de fiscalização do Poder Judiciário, porém, haveria também a necessidade de ser um controle efetuado dentro do Poder, não de fora daquele Poder. Este seria o limite capaz de permitir a existência de um Conselho de Justiça, sem lesar o princípio da separação dos poderes, pois assim, não haveria ingerência do Legislativo e Executivo no Judiciário. Neste sentido, a não aceitação dos Conselhos Estaduais de Justiça parece bastante coerente²⁵³.

E o Conselho Nacional de Justiça? A grande questão era delimitar o que seria o tal controle interno, quais as características seriam responsáveis por este balizamento e pela distinção externo/interno. Aqui surgiram as maiores divergências. A maioria entendeu que bastava a simples proeminência de membros do Judiciário na composição do órgão, fato este que nunca havia acontecido com os CEJs, sendo eles, por este motivo, sempre considerados inconstitucionais. Dois Ministros entenderam que a composição de membros do Judiciário deveria ser absoluta, sem nenhuma participação externa, por menor que fosse (Ellen Gracie e Calos Velloso) e um Ministro (Sepúlveda Pertence) entendeu que deveria ser vetada apenas a participação de membros de outros Poderes, sendo os representantes da sociedade legítimos para ocuparem aquela função. Não há que se discutir qual posição seja a correta, na realidade são três posições logicamente aceitáveis, dentro de uma linha de coerência, qual seja, admitir o controle interno e negar o controle externo. O conceito de controle interno variou conforme a concepção de cada Ministro. O que é interessante observar, porém, é a conexão que se fez entre separação de poderes e federalismo, sendo este o principal argumento para definir a inconstitucionalidade dos CEJs.

²⁵² ADIN 3367 - DF, sem numeração. Disponível em www.stf.gov.br.

²⁵³ Esta distinção (externo/interno), apenas emergiu com a emenda 45. Até então, o STF jamais havia feito referência a uma diferenciação com estes termos.

7.7.9 O Caso da Antecipação do Plebiscito

O artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT - previa um plebiscito no Brasil, que deveria ocorrer no dia 07 de setembro de 1993, com o objetivo de escolher a forma de governo e o regime político do país. Ocorre que o Congresso Nacional, no uso das suas atribuições constituintes derivadas, editou a Emenda Constitucional nº 2, por meio da qual, alterava as datas de realização do pleito, nos seguintes termos:

Artigo único – O plebiscito de que trata o artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias realizar-se-á no dia 21 de abril de 1993.

§1º A forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito terão vigência em 1º de janeiro de 1995.

§2º A lei poderá dispor sobre a realização do plebiscito, inclusive sobre a gratuidade da livre divulgação das formas e sistemas de governo, através dos meios de comunicação de massa concessionários ou funcionários de serviço público, assegurada igualdade de tempo e paridade de horários.

§3º A norma constante do parágrafo anterior não exclui a competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir as instruções necessárias à realização da consulta plebiscitária.

Duas ADINs foram propostas questionando a constitucionalidade da referida Emenda, a ADIN nº 833 – DF, tendo como requerente o Governador do Estado do Paraná e a ADIN 830-7 – DF, tendo como requerente o Partido Socialista Brasileiro. Os dois acórdãos resultantes eram absolutamente iguais, por este motivo merecem uma análise conjunta. Por maioria de votos, o Tribunal julgou improcedentes estas ADINs, votando neste sentido os Ministros Sydney Sanches, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Francisco Resek, vencidos totalmente os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, que julgaram procedentes as ADINs, declarando inconstitucional a Emenda, e vencido em parte o Ministro Sepúlveda Pertence. Nestas ações, os ataques efetuados à Emenda Constitucional nº 2 eram basicamente de três ordens:

a-) Em primeiro lugar, a referida emenda seria inconstitucional porque o ADTC é imune ao poder de reforma, ou ainda porque, sendo esta atribuição de escolha conferida aos povo, qualquer alteração em sua data seria espúria²⁵⁴.

b-) Em segundo lugar, atacavam a emenda afirmando que a implantação do regime escolhido deveria ser imediata, sob pena de usurpação do poder soberano, salvo se o povo, único legitimado para tal, desejasse, também por meio do plebiscito, fixar outro termo inicial²⁵⁵.

c-) O terceiro ponto era referente à separação dos poderes. Alegavam os

²⁵⁴ Como este argumento foge ao tema do trabalho, não será analisado, apenas indicado quando necessário.

²⁵⁵ A questão de soberania popular também foge ao tema do trabalho e não será analisada, apenas indicada quando necessário.

requerentes que a emenda, ao alterar a competência exclusiva de regulamentar o plebiscito, atribuída inicialmente, pelo artigo 2º do ADCT, ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), transferindo tal regulamentação à lei e não mais ao TSE, feriria a cláusula pétrea protetora de tal princípio, ou seja, tendo o ADCT determinado que o TSE expedisse as normas regulamentares ao artigo em questão, não poderia o referido dispositivo restringir essa competência.

7.7.9.1 A Separação dos Poderes e o adiamento do plebiscito

O enfoque tomado pela discussão sobre separação dos poderes no desenrolar do debate entre os Ministros teve uma trajetória bastante peculiar. O princípio da separação de poderes não foi apenas discutido no que diz respeito a definição de competência do TSE, mas também, na possibilidade de a simples antecipação do plebiscito ofender o núcleo básico do princípio, aspecto este não levantado inicialmente pelos requerentes. Não obstante este fato, a matéria surgiu anteriormente à discussão sobre a competência do TSE e, apesar de ser unânime a interpretação dos próprios Ministros de que o resultado do plebiscito iria modificar a disposição dos Poderes por expressa ressalva constitucional prevista pelo constituinte originário (portanto legitimamente), este debate ganhou um papel central na exposição dos fundamentos dos Ministros.

Se o plebiscito, tal como proposto no artigo 2º do ADCT, concerne efetivamente à separação de Poderes, à evidência, não há de se ser, aqui, examinado em face do art. 60, § 4º, III, da Constituição, pois à cláusula pétrea, aí consignada, fez o constituinte uma ressalva, presa, exatamente, ao resultado do plebiscito sobre forma e sistema de governo. (Min. Néri da Silveira)²⁵⁶

Ainda que do resultado do plebiscito possam derivar, eventualmente, sensíveis mudanças na fisionomia político-institucional do Estado brasileiro [...] é de se registrar que esta alteração encontra pleno fundamento em norma positivada pela própria Assembléia Nacional Constituinte que previu, no artigo 2º do ADCT, em caráter excepcional, a possibilidade jurídica de se modificarem as relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo [...]. (Min. Celso de Mello)²⁵⁷

Também não vejo, na emenda questionada, ofensa ao princípio fundamental e pétreo da separação, da independência dos Poderes. [...] quanto [...] a possibilidade de alteração da forma e do sistema de governo, houve ressalva expressa desse princípio no próprio Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Min. Sepúlveda Pertence)²⁵⁸

²⁵⁶ ADIN 833 – DF, RTJ 155, p. 769.

²⁵⁷ ADIN 833 – DF, RTJ 155, p. 756.

²⁵⁸ ADIN 833 – DF, RTJ 155, p. 758.

Parece-nos claro: debater o plebiscito sobre o regime político é discutir, necessariamente, a separação dos poderes. Porém, nem todas as questões a ele inerentes dizem respeito ao princípio da separação de poderes, uma vez que muitas destas questões se referem a aspectos procedimentais. A discussão central suscitada pelas ADINs é se o artigo 2º do ADCT seria uma cláusula pétrea implícita e assim, se seria passível de modificação. A discussão sobre a separação dos poderes é inserida de forma subsidiária quando do questionamento, nos argumentos dos requerentes, mas ganha relevância nos argumentos dos Ministros. O princípio da separação dos poderes foi empregado com acepção diversa daquela primeiramente questionada, quando o STF é chamado para falar sobre determinada matéria, e acaba trazendo a separação dos poderes para o centro das discussões.

Quanto ao enfoque inicial dado ao princípio da separação dos poderes, ou seja, saber se a alteração promovida pela Emenda ofenderia o princípio por retirar competência exclusiva do TSE de regulamentar o plebiscito e passá-la ao Legislativo, poucos Ministros trataram especificamente do tema (destaque para o Ministro Moreira Alves (Relator), o qual versou minuciosamente sobre a matéria), uma vez que este debate especificamente ficou reduzido. Mesmo alguns dos que votaram em sentido contrário ao Ministro Moreira Alves, Marco Aurélio Melo e Carlos Velloso -, ignoraram tal discussão²⁵⁹. O posicionamento vencedor pode ser resumido nos seguintes trechos:

Ora, quando se proíbe emenda constitucional que **tenda a abolir o princípio da separação de Poderes**, o que se pretende impedir é a adoção de preceitos, por via de emenda constitucional, que ameacem a estrutura da separação de Poderes existente na parte permanente da Constituição, e não, evidentemente, a alteração de princípios que mitiguem essa estrutura, por não se compatibilizarem rigorosamente com ela, e que, excepcionalmente, sejam adotados pela própria Constituição. Poder-se-á sustentar que emenda que revogue permissão de delegação, em certo casos, da competência de um Poder a outro – e, portanto, que se atenha à pureza da separação dos Poderes – viole a cláusula pétrea que veda a proposta de emenda que tenda a abolir tal separação? É o que, **mutatis mutandis**, ocorre com o preceito do §2º do artigo 2º do ADCT, o qual excepcionalmente conferiu a um órgão de um Poder – o Tribunal Superior Eleitoral – competência legislativa para tomar decisões políticas que fogem do âmbito de competência do Poder Judiciário [...]. Não tendem, evidentemente a abolir o princípio da separação de Poderes os §§ 2º e 3º da Emenda Constitucional sob exame, por terem alterado o §2º do artigo 2º do ADCT, em conformidade com a estrutura da separação de Poderes estabelecida pela própria Constituição, para distinguir a competência legislativa referente à realização do plebiscito da competência atribuída ao T.S.E. – da expedição de instruções sobre a realização da consulta plebiscitária. (Min. Moreira Alves)²⁶⁰

²⁵⁹ O Ministro Sepúlveda Pertence, mesmo votando pela procedência em parte da ação ADIN (minoria), acompanhou o Ministro Moreira Alves neste ponto, tratando do tema em seu voto.

²⁶⁰ ADIN 833 – DF, RTJ 155, p. 742-743.

[...] O que era excepcional, em relação ao princípio fundamental da separação dos poderes, era a fórmula inicial de outorgar competência tipicamente legislativa a um órgão do Poder Judiciário. Desse modo, ao invés de tendente a abolir a separação dos poderes, a emenda questionada mais se aproxima da fórmula ideal do princípio a respeitar, na medida em que devolve, em primeiro plano, ao Poder Legislativo, a competência de ordem legislativa, que, de início, fora anormalmente atribuída ao Judiciário. (Min. Sepúlveda Pertence)²⁶¹

Quando comparamos os argumentos apresentados pelos Ministros, em especial os dois últimos trechos trazidos, com a bibliografia inicialmente tratada no trabalho, é possível identificar algum distanciamento da teoria. O Ministro Sepúlveda Pertence fala em anomalia da fórmula e a proximidade com um “suposto” modelo ideal. Qual seria este modelo ideal para os Ministros? Tal modelo seria aquele mais estanque possível, mais próximo da separação absoluta, contrariando o próprio Montesquieu, consagrado por sua teoria, segundo a qual a separação total era inconcebível? Os Ministros desconsideraram o fato de que a separação dos poderes comporta uma visão ampla, não estanque, que prima pela interação dos poderes, podendo, dessa forma, ser entendida na medida dos seus freios e contrapesos. É possível dizer que, ao defender uma tese “ideal”, eles não incorporaram o modelo desenvolvido por Montesquieu e seus “sucessores”.

Considerando a discussão destas ADINs, apenas a título argumentativo, retirar esta competência excepcional atribuída ao TSE, poderia eventualmente ser considerada uma violação à separação dos poderes conforme concebida e edificada constitucionalmente no Brasil. Esta sugestão pode ser interessante, pois aparentemente, da simples leitura dos votos, temos a impressão de que retirar determinada competência legislativa excepcional dos Tribunais em favor do Legislativo, seria sempre um sinônimo de respeito à separação dos poderes, o que não é bem verdade, se olharmos para a teoria tradicional. Não existe um modelo ideal de separação de poderes e, se existisse, sem a menor sombra de dúvidas²⁶², seria aquele que melhor utilizasse instrumentos de interação do poder e, portanto de controle e limitação deste.

7.7.10 O Caso da Região Metropolitana de Porto Alegre

Trata-se da ADIN 2809 – RS, proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, questionando determinada Lei Complementar estadual que incluía o Município de Arroio dos Ratos na Região Metropolitana de Porto Alegre. O requerente afirmava que a lei teve

²⁶¹ ADIN 833 – DF, RTJ 155, p. 758.

²⁶² Tal assertiva é efetuada com base na exposição teórica inicial. A partir daquela leitura, é possível afirmar que para os principais autores que tratam do tema, a separação dos poderes consiste numa forma de limitação de poder por meio do intercâmbio de funções.

iniciativa parlamentar²⁶³, apresentando por tal razão vício formal de iniciativa e conseqüentemente afrontando o princípio da separação dos poderes. Assegurava ainda que a lei implicava em aumento de gastos para os cofres estaduais. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, vencido o Ministro Marco Aurélio que considerou a ADIN procedente por vício de iniciativa.

O Ministro Maurício Corrêa (Relator) defendia que a ação deveria ser julgada com base na redação do artigo 61 anterior à emenda constitucional nº 32, pois o veto do Governador à lei se deu quando ainda vigia tal disposição. Segundo tal redação, a iniciativa das leis era privativa do Presidente da República quando estas dispusessem, dentre outras coisas, sobre a criação e a extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública. Assim, para o Ministro Maurício Corrêa, a inclusão de município em região metropolitana já criada não equivalia a nenhuma destas duas hipóteses (criação ou extinção) e portanto não haveria vício de iniciativa e violação ao princípio da separação e independência entre os poderes²⁶⁴. A situação em pauta se trataria, na visão do Ministro Maurício Corrêa, de questão sobre “gestão territorial compartilhada de interesses comuns” (Min. Mauricio Corrêa)²⁶⁵ entre municípios e o Estado. Quanto ao aumento de despesa, para o Ministro Maurício Corrêa, o que a Constituição vedava era o aumento de despesa nos projetos de iniciativa do Poder Executivo, o que não era o caso naquela ADIN. Neste sentido votaram a maioria dos Ministros.

O Ministro Marco Aurélio, afirmando que a Lei Complementar se destinava a dispor sobre o processo de criação, atribuição e organização dos serviços públicos (para ele, um serviço público prestado pelo Estado para a região metropolitana, passaria a ser prestado a mais um município, ocasionando aumento nos gastos públicos)²⁶⁶, aumentando os encargos financeiros do Estado, assegurava que ela estaria na esfera exclusiva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

²⁶³ Lei esta que apesar do veto, foi promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado.

²⁶⁴ Este é o único raciocínio no qual a separação dos poderes é invocada nos votos.

²⁶⁵ ADIN 2809 – RS, p. 835 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

²⁶⁶ Para o Ministro Marco Aurélio, a finalidade da região metropolitana era gerar a obrigatoriedade de o Estado injetar recursos financeiros para o desenvolvimento da região.

8. A ANÁLISE DE MÉRITO DOS ACÓRDÃOS – REs – SELECIONADOS²⁶⁷

Este capítulo cuidará da análise dos Recursos Extraordinários – REs - selecionados na primeira etapa do trabalho, de maneira análoga ao capítulo anterior²⁶⁸.

8.1 Os Casos Sobre Vício de Iniciativa e Aumento de Despesa

Este tópico engloba todos os acórdãos em que a principal discussão seja o vício de iniciativa de leis e a conseqüente relação com a separação dos poderes, relacionando-se aos acórdãos analisados no item 7.1.7. Destarte, nos reportamos àquela explicação para maiores esclarecimentos ao leitor, de modo que a repetição restaria desnecessária.

No RE nº 198.982 - RS discutia-se a constitucionalidade de previsão da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul que assegurava aos servidores militares vencimento básico nunca inferior ao salário mínimo fixado pela União. No caso em tela, o recorrente era o Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal, por maioria²⁶⁹, deu provimento ao recurso. Cumpre assinalar que o exame da separação dos poderes foi pouco abordado, pois a principal discussão girou em torno do artigo 7º, IV²⁷⁰ da Constituição Federal e a vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, fundamento não tratado neste trabalho. O Ministro Ilmar Galvão (Relator) se limitou a afirmar que o constituinte estadual ignorou o referido princípio ao inserir tal limitação na Constituição Estadual, pois as normas atinentes aos servidores públicos, inclusive os militares, são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

²⁶⁷ Apesar de todos os acórdãos selecionados possuírem na ementa ou na indexação os termos fixados na busca, nem todos possuíam referência ao princípio da separação dos poderes nos votos, denotando que o sistema de busca no site do STF necessita de aprimoramentos. Quatro REs não foram conhecidos e no corpo dos votos não há nenhuma discussão direta ou indireta sobre separação dos poderes, motivo pelo qual não foram analisados (RE 289320 – DF; RE 232992 – SP; RE 185487 – SP; RE 185659 - DF).

²⁶⁸ Nas análises efetuadas neste tópico, optamos por não adentrar na descrição das demandas levadas ao STF, apenas por apresentar a discussão em torno da separação dos poderes. Entendemos que esta análise é suficiente para os objetivos deste trabalho. Cabe frisar ainda, caso seja necessário, adentraremos em uma discussão mais acurada.

²⁶⁹ Votaram minoritariamente os Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Néri da Silveira e Celso de Mello e majoritariamente os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Nelson Jobim.

²⁷⁰ CF, 1988: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, **sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;**

(...)”.

O Ministro Maurício Corrêa, que votou com a minoria, em seu voto afastou este fundamento da seguinte maneira:

O direito ao salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, é o mínimo assegurado a todos os trabalhadores para atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família. A sua fixação pela União Federal é norma que gera consequência em todas as unidades da Federação, tanto estaduais quanto municipais, e por elas deve ser observada. Dessa forma, não há que se falar em violação à competência privativa do Chefe do Poder Executivo estadual para o desencadeamento do processo legislativo sobre vencimentos, porque a fixação do salário mínimo preservado constitucionalmente a todo trabalhador é da competência da União Federal, e produz efeitos **erga omnes**. (Min. Maurício Corrêa)²⁷¹

Nos REs 190.264 – RJ, 229.450 – RJ e 191.089 – RJ questionava-se a constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro criado para assegurar ao concorrente em concurso público o provimento no cargo no prazo máximo de 180 dias, contados da homologação do resultado, conforme o número de vagas apresentadas no edital. Assim, se no edital estivessem constando a existência de um número determinado de vagas, elas deveriam ser obrigatoriamente preenchidas²⁷².

No RE 190.264 - RJ o recorrente era o Estado do Rio de Janeiro e a Cia. de Águas e Esgotos – CADAÉ, tendo o plenário do STF dado-lhe provimento por maioria, considerando inconstitucional tal dispositivo, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Octavio Galloti, vencedores os Ministros Carlos Velloso, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. No RE 229.450 – RJ o recorrente era o Município de Niterói, tendo o resultado sido absolutamente o mesmo do RE anterior, com a diferença de que o então ausente Ministro Celso de Mello votou no RE 229.450 – RJ com a minoria. No RE 191.089 – RJ, único julgado por turma, no qual o recorrente era o Estado do Rio de Janeiro, também foi julgado procedente, porém, desta vez, por unanimidade. Fato interessante é o posicionamento dos Ministros Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti, pois ambos, neste último caso, se posicionaram de maneira diferente da postura até então adotada nos REs 229.450 – RJ e 190.264 – RJ. Os dois Ministros não justificaram tal postura em seus votos, simplesmente acompanharam os demais julgadores.

A tese vencedora nos três recursos, fundamentalmente se pautou na idéia de ser tal fixação (180 dias para provimento em cargo público) violadora do postulado da separação

²⁷¹ RE 198.982 - RS, RTJ 181, p. 318-319.

²⁷² É comum nos certames que se declare um número de vagas e nomeie-se um número menor de aprovados. A administração teria esta discricionariedade, uma vez respeitada a ordem de aprovação e desde que não haja nenhum desvio de finalidade.

dos poderes, pois era inerente ao Chefe do Poder Executivo a competência privativa para a instauração do processo legislativo visando o provimento de cargos públicos. Além deste argumento, outro menos importante para os fins desta pesquisa, é aquele segundo o qual o ato de provimento não está adstrito ao êxito do candidato, mas sim ao poder discricionário do administrador, que avaliará o momento de sua concretização.

Nos REs com divergência, destacam-se algumas posições. No RE 229.450 – RJ o Ministro Sepúlveda Pertence ignorou o argumento relacionado ao vício de iniciativa, afirmando simplesmente:

Sr. Presidente, creio que, ao vincular o Governador a nomeação ao número de vagas anunciado no edital, o que faz a Constituição estadual foi antecipar para o momento do edital o juízo discricionário da necessidade do preenchimento dos cargos. Não vejo em que isso afete a independência dos Poderes, nem as demais regras constitucionais aventadas. (Min. Sepúlveda Pertence)²⁷³

No mesmo RE o Ministro Octavio Gallotti afirmou, fundamentando sua posição, que a Constituição Estadual poderia limitar a discricionariedade do administrador e estabelecer tal direito questionado, sem ferir nenhum dispositivo da Constituição Federal.

Já no RE 190.264 – RJ o Ministro Sepúlveda Pertence manteve sua postura, porém refutou o argumento do vício de iniciativa:

Como acentuei no RE 229.450 – se não acentuei, deveria ter acentuado -, não vejo inconstitucionalidade formal, porque o tema do concurso público é matéria elevada, no modelo federal, à hierarquia constitucional. Portanto, não se lhe aplica a jurisprudência que entende não poder o constituinte estadual versar sobre matérias atinentes ao regime público dos servidores públicos. É dogma do qual sempre temos ressalvado aquela hipótese em que a matéria é constitucional, seja por sua natureza, seja porque encontra correspondência na Constituição Federal. (Min. Sepúlveda Pertence)²⁷⁴

Nestes três REs, 190.264 – RJ, 229.450 – RJ e 191.089 – RJ, não houve nenhuma discussão ampla sobre o princípio da separação dos poderes. As referências aqui analisadas foram as únicas efetuadas pelos Ministros.

8.2 O Caso da Transferência do Poder de Polícia

Discutia-se no RE 170.204 – SP se o poder de fiscalizar determinado serviço público, transferido para uma sociedade de economia mista pela sua lei criadora, retornava automaticamente para o Poder Executivo quando da extinção deste ente.

²⁷³ RE 229.450 – RJ, RTJ 178, p. 1328.

²⁷⁴ RE 190.264 – RJ, RTJ 187, p. 717.

Conseqüentemente questionava-se a possibilidade de atribuição de tal fiscalização a uma das Secretarias estaduais por meio de decreto. O recorrente era o Estado de São Paulo e o RE foi julgado procedente por unanimidade.

A dúvida principal, relacionada com o princípio da separação dos poderes, era compreender se seria necessária uma lei para transferir poder de polícia para a Administração direta, poder este inicialmente outorgado à sociedade de economia mista. Para os Ministros era inerente ao próprio Poder Executivo o poder de polícia e, portanto, se uma lei extinguisse ente incumbido de determinada tarefa fiscalizadora, por óbvio o Executivo teria competência para exercê-la, regulamentando a atividade por decreto.

8.3 O Caso dos Logradouros Públicos

Trata-se do RE nº 302.803 - RJ, no qual se discutia a constitucionalidade de lei de iniciativa parlamentar que determinou sensíveis alterações na política urbanística do município do Rio de Janeiro, convertendo áreas particulares em logradouros públicos e impondo ao Estado o dever de prestação de serviços públicos nessas áreas. O recorrente era a Câmara Municipal do Rio de Janeiro e recorrido era o Prefeito do mesmo município, tendo sido o recurso improvido por unanimidade.

Para tanto, os Ministros consideraram que ao tomar tal atitude, o Poder Legislativo incrementou a despesa pública sem indicar contrapartida orçamentária, além de ter adentrado em área constitucionalmente reservada à atuação do Poder Executivo (chamada reserva da administração), atitude incompatível com os padrões ditados pelo princípio da separação dos poderes.

8.4 O Caso dos Vencimentos dos Servidores Estaduais

Trata-se de quatro REs que versam sobre o mesmo tema: REs 226225 – RN; 227758 – RN; 258916 – RN e 352494 – RN. Em todos estes recursos o recorrente era o Estado do Rio Grande do Norte e todos foram julgados improcedentes por unanimidade.

Questionava-se a possibilidade da Constituição Estadual do Rio Grande do Norte estabelecer data limite para o pagamento de vencimentos, corrigindo-se monetariamente seus valores se pagos em atraso. Em todos os REs os Ministros se limitavam a afirmar que a Corte, no julgamento da ADIN 176 - MT, já havia firmado entendimento no sentido de que o estabelecimento em Constituição Estadual de data-limite para o pagamento dos servidores estaduais e a determinação de correção monetária, em caso de atraso, não ofenderia o princípio da separação dos poderes e nem a reserva de iniciativa do Poder Executivo, pois

não implicava na criação de cargos ou o aumento de remuneração, conforme vedado pela Constituição Federal.

8.5 Casos Envolvendo a Súmula 339 do STF²⁷⁵

Neste tópico englobamos todas as decisões nas quais a súmula 339 era invocada como fundamentação. Tal súmula prescreve: “não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

8.5.1 O Caso dos Engenheiros Agrônomos do Pará

No RE 242968 – PA, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Pará, era discutida a possibilidade de se conferir a engenheiros agrônomos lotados na Secretaria de Agricultura daquele Estado direito a vencimento básico correspondente a oito vezes e meia o valor do salário mínimo, de maneira idêntica àquele deferido aos servidores da mesma categoria pela Justiça do Trabalho. No presente caso o recorrido era o Estado do Pará e o recurso foi julgado procedente por unanimidade.

O argumento relacionado à separação dos poderes resumia-se à afirmação de que o Judiciário não poderia, sob o fundamento da isonomia, contemplar servidores com vantagens funcionais não previstas em lei, pois não dispõe de função legislativa.

8.5.2 O Caso dos Servidores Comissionados de Santa Catarina

Discutia-se no RE 222480 – SC a constitucionalidade de gratificação complementar de vencimento concedida apenas a funcionários públicos comissionados, excluídos os inativos e estáveis. Este recurso teve como recorrente o Estado de Santa Catarina e foi julgado procedente por maioria, tendo sido vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.

Um dos argumentos da tese vencedora foi o mesmo do tópico anterior: o Judiciário não pode estender vantagem remuneratória sem apoio na lei, aplicando-se assim a súmula 339 do STF²⁷⁶, única referência ao princípio da separação dos poderes. O Ministro Marco

²⁷⁵ Em nenhum dos REs houve uma discussão ampla sobre o princípio da separação dos poderes, o que resultou em análises breves.

²⁷⁶ Os outros argumentos não serão tratados pois não dizem respeito ao objeto deste trabalho.

Aurélio não conheceu²⁷⁷ o recurso por aspectos formais e o Ministro Carlos Velloso, fazendo referência a outros REs, simplesmente afirmou que o direito adquirido dos servidores deveria ser mantido.

8.5.3 O Caso da Norma Local

Trata-se do RE 393679 – RJ, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que concedeu mandado de segurança para garantir aos impetrantes a percepção de reajustes concedidos supostamente em caráter geral, a título de abonos, a todos os servidores públicos do Estado, menos para os Defensores Públicos, Procuradores do Estado e Delegados de Polícia. Alegava-se ofensa ao princípio da separação dos poderes, porque não se poderia subtrair a prerrogativa do chefe do Poder Executivo estadual de iniciar o processo legislativo atinente ao aumento de vencimentos de seus servidores, não cabendo ao Judiciário local, por não exercer função legislativa, a atribuição de aumentar vencimentos de servidores públicos, nos termos da súmula 339. O Requerente era o Estado do Rio de Janeiro e o RE foi improvido por maioria, tendo votado com a minoria o Ministro Joaquim Barbosa.

A Ministra Ellen Gracie (Relatora), primeira a proferir voto, entendeu que por se tratar da discussão de direito local, descabia ao STF, em sede de RE, reinterpretar discussão efetuada pelo Tribunal de Justiça respectivo²⁷⁸ e por este motivo não conheceu o recurso. Mesmo com esse posicionamento, ressaltou a aplicação da súmula 339 naqueles casos em que a Corte estiver diante de uma revisão geral e não setorial²⁷⁹, pois a Constituição Federal obriga que as revisões gerais sejam equânimes.

O Ministro Joaquim Barbosa divergiu da posição da Ministra Ellen Gracie quanto à questão do não conhecimento do recurso e passou a examinar o mérito do acórdão. Em seguida, o Ministro Joaquim Barbosa considerou a súmula 339 aplicável ao caso, pois a

²⁷⁷ Um Recurso Extraordinário pode não ser conhecido por aspectos formais, ou seja, por motivos meramente processuais. Nesta hipótese não se julga o mérito da causa.

²⁷⁸ Neste sentido a súmula 280 do STF: “*por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário*”. Para os fins desta súmula, entenda-se direito local como direito estadual.

²⁷⁹ O STF entendia haver uma diferenciação entre revisão geral, prevista no artigo 37, X, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de revisão geral para todos os servidores com base no mesmo índice, da revisão setorial, esta sem disposição constitucional que pode ser aplicada a um setor especificamente. Prescreve o artigo 37, inciso X da Constituição Federal: “*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

(...)

a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

(...).”

concessão de abono não poderia ser entendida como revisão geral, afirmando em consequência que estava violado o princípio da separação dos poderes.

Ao final a Ministra Ellen Gracie reformulou seu voto, conhecendo o recurso em parte, porém votando pela sua improcedência, baseada no argumento de que se tratava, no caso concreto, de revisão geral e por este motivo o STF poderia manter a decisão do Tribunal de Justiça.

8.6 Os Casos da Correção Monetária e a Conversão de Débito de ICMS em Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (Ufesp)

Foram selecionados na pesquisa inicial três REs sobre este tema, os REs nºs 172394 – SP, 154273 - SP e 197948 – SP, nos quais se discutia a constitucionalidade de decreto estadual fixando o momento a partir de quando incidiria a correção monetária sobre o débito fiscal não pago relativo ao ICMS no Estado de São Paulo.

A Lei nº 6.374/89 do Estado de São Paulo, no seu artigo 97²⁸⁰, afirma que o débito fiscal não liquidado nas épocas próprias fica sujeito à correção monetária no seu valor. O artigo 109²⁸¹ da mesma lei, facultou ao Poder Executivo a substituição desta sistemática pelo critério de conversão do débito em UFESP – Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – no momento de sua apuração, constatação ou fixação do débito, fazendo-se a reconversão em moeda corrente pelo valor desse mesmo referencial na data do efetivo pagamento. O parágrafo único do artigo 109 facultou ao Poder Executivo prazo intermediário em que o recolhimento ainda se fizesse pelo valor nominal do débito. O Governador do Estado, no uso da prerrogativa conferida pela lei, fixou por meio de decreto que os débitos fiscais oriundos do ICMS seriam corrigidos pelo critério da conversão em UFESP a partir do 10º dia subsequente ao de sua apuração, constatação ou fixação.

Diante de tal situação, foram ajuizados os REs aqui analisados, discutindo a constitucionalidade de tal fixação. Dentre os vários argumentos trazidos no acórdão, o que nos interessa é aquele relativo à separação dos poderes. Alegava-se que o referido princípio vedava a delegação legislativa ao Poder Executivo e, por conseguinte, o Decreto atacado seria inconstitucional por ter sido emanado pelo Poder Executivo e não pelo Poder

²⁸⁰ Lei 6.374/89 SP, “**Art. 97** - O débito fiscal, não liquidado nas épocas próprias, fica sujeito à correção monetária do seu valor.
(...)”

²⁸¹ Lei 6.374/89, “**Art. 109** - Em substituição à sistemática de atualização monetária prevista nos artigos anteriores, o Poder Executivo poderá dispor que o débito fiscal seja convertido em quantidade determinada de Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs - no momento de sua apuração, constatação ou fixação, fazendo-se a reconversão em moeda corrente pelo valor desse mesmo referencial na data do efetivo pagamento.
Parágrafo único - Poderá ser estabelecido prazo intermediário em que o recolhimento se faça pelo valor nominal do débito”.

Legislativo na forma de lei. Nos acórdãos proferidos nos REs nºs 172394 – SP e 154273 - SP o recorrido era o Estado de São Paulo e por maioria dos votos o STF negou provimento aos recursos, vencidos o Ministro Marco Aurélio e Celso de Mello. No RE nº 197948 – SP a 1ª turma não conheceu o recurso por unanimidade²⁸².

Os REs nº.s 172394 – SP e 154273 – SP possuem votos muito semelhantes e por este motivo serão analisados conjuntamente. O Ministro Marco Aurélio não analisa a separação dos poderes em seu voto, julgando improcedente o recurso por outros fundamentos. O primeiro a tratar do tema é o Ministro Ilmar Galvão, afirmando que tal argumentação, de violação à separação dos poderes, era descabida, pois teria sido o próprio legislador quem permitiu à autoridade administrativa fixar os prazos de recolhimento do ICMS e o termo inicial de incidência da correção monetária. Não haveria que se falar, portanto, em intromissão de um Poder na esfera de competência do outro. Mais adiante em seu voto, o Ministro Ilmar Galvão assegurou que no caso não havia espaço para se falar em delegação de competência legislativa, pois a definição destes elementos temporais não se compreendia no campo reservado pela Constituição, em matéria tributária, à lei, seja ela ordinária (art. 146, II, “a” e “b”)²⁸³, seja complementar (art. 150, I)²⁸⁴. Neste sentido também votaram os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Galloti e Francisco Rezek.

Dentre os votos derrotados, o do Ministro Celso de Mello foi o único a abordar o princípio da separação dos poderes. Para ele, não bastava um ato legislativo para legitimar atividade estatal. Era necessário, antes de tudo, que o legislador não excedesse os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua prerrogativa fundamental, “fazer instaurar, **em caráter inaugural**, a ordem jurídico-normativa” (Min. Celso de Mello)²⁸⁵.

Para o Ministro Celso de Mello, pautando-se nos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, era necessário se entender a análise da reserva legal sob dupla perspectiva, uma

²⁸² Por ter esbarrado em aspectos procedimentais, o RE não foi conhecido. Considerando que no corpo do RE não há nenhuma discussão sobre a separação dos poderes, não será feita a análise do julgado.

²⁸³ CF, 1988: “Art. 146 Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

(...)

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

(...).”

²⁸⁴ CF, 1988: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...).”

²⁸⁵ RE 172.394 – SP, RTJ 176, p. 910.

de caráter negativo e outra de caráter positivo. A noção negativa significava que nas matérias reservadas à lei era proibida a intervenção de outra fonte de direito diferente a lei. A noção positiva significava que nas matérias reservadas à lei, esta deveria estabelecer o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes. A partir desta explanação, o Ministro Celso de Mello afirmou que o legislador paulista não atendeu à necessidade de submissão constitucional do tratamento jurídico de certas matérias ao exclusivo domínio normativo da lei formal, transgredindo o princípio da separação dos poderes.

Destarte, o Ministro Celso de Mello assegurou que o preceito legal em questão havia extravasado seus limites, criando uma hipótese de delegação distinta daquela prevista no art. 68²⁸⁶ da Constituição Federal.

O Ministro Celso de Mello procurou construir um significado para separação dos poderes a partir de um conceito teórico de reserva legal aplicado à Constituição Federal de 1988. Não partiu de um conceito de separação dos poderes construído *a priori* para concluir que a inovação no ordenamento jurídico não poderia se dar por meio de regulamento, partiu do modelo de separação dos poderes previsto na Carta Federal, ou seja, a partir do conceito de reserva legal definiu o que venha a ser o princípio em questão. Mesmo não afirmando, fica claro que para o Ministro Celso de Mello definir uma data de correção monetária de créditos fiscais é criação de uma nova norma e conseqüentemente significa inovação no ordenamento jurídico (instaurando, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa).

8.7 O Caso dos Calendários Escolares do Rio Grande do Sul

Trata-se de RE, nº 170.782 – RS, ajuizado pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado, que considerou determinado Decreto Estadual inconstitucional por uma série de fundamentos. O ato questionado estabelecia 3 (três) calendários letivos distintos, possibilitando o funcionamento das escolas durante todo

²⁸⁶ CF, 1988: “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.”

o ano civil com sua ocupação contínua por três grupos alternados de alunos. O RE foi interposto sob o fundamento de que o acórdão recorrido havia ingressado no exame do mérito do ato administrativo. Questionava-se não o ato normativo do Poder Executivo, mas a decisão proferida por um Tribunal. A primeira Turma não conheceu o recurso por unanimidade.

O Ministro Moreira Alves (Relator), único a proferir voto, se limitou a reproduzir a sentença de primeiro grau sobre a matéria, concluindo, em poucas linhas, que quando a decisão recorrida configurasse ato ilegal ou abusivo, caberia ao Poder Judiciário intervir, hipótese esta não caracterizadora de violação ao princípio da separação dos poderes. Em nenhum momento se discutiu o que seria o mérito do ato proferido pelo Poder Executivo ou os limites de atuação de uma esfera no campo de outra.

8.8 O Caso dos Táxis Cariocas

O Prefeito do Município do Rio de Janeiro ingressou com o RE 359.444 – RJ questionando lei municipal que regulamentava a atuação dos taxistas na cidade. A lei transformava os motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro em permissionários autônomos de veículos de aluguel a taxímetro. Em outras palavras, transformou taxistas de automóveis de terceiros, que já eram motoristas cadastrados sem autorização para possuírem seus veículos, em taxistas de automóveis próprios, conferindo uma permissão para tanto. O STF, por maioria, negou provimento ao RE. Votou minoritariamente apenas o Ministro Carlos Velloso, vencido pelos Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

O Ministro Carlos Velloso (Relator), acompanhando e citando parecer do Ministério Público Federal, entendeu que o ato concessivo da autorização para execução de serviço público tinha caráter discricionário, pela própria natureza da norma, qual seja, organizar a prestação de um serviço. Sendo assim, o administrador poderia avaliar a conveniência e oportunidade do ato. Para o Ministro Carlos Velloso a lei impugnada teria afastado a concessão da competência do administrador, pois o Poder Legislativo **determinou** expressamente que fossem concedidas as permissões aos taxistas auxiliares, restando ao Poder Executivo a obrigação de concedê-las. Estaria, portanto, configurada a ofensa ao princípio da separação dos poderes.

O RE foi caracterizado por inúmeras intervenções dos Ministros durante a votação de seus pares. Assim, o Ministro Carlos Velloso interviu de maneira significativa em outros momentos.

Não podemos decidir a questão a partir de argumentos meta-jurídicos, apenas. Certo é que, no caso, a questão não prescindiria de planos e projetos, planos e estudos da competência do Poder Executivo. A cidade deve ter um plano diretor e há uma série de questões postas nos autos pelo Prefeito do Rio de Janeiro – questões administrativas, da competência do chefe do Executivo municipal, por que dizem respeito à administração do Município – que a Câmara Municipal, ao editar a lei objeto da causa, ignorou. Pior: substituiu-se ao administrador público. Na verdade, ocorreu, no caso, autêntica substituição da discricção administrativa pela discricção legislativa, com violência ao princípio da separação dos poderes [...]. (Min. Carlos Velloso)²⁸⁷

Para o Ministro Carlos Velloso a lei municipal produziu, por via inadequada, um ato da Administração Pública:

A lei municipal poderia dispor a respeito da questão. Ela deveria dispor, entretanto, não praticando, como, no caso, ocorreu, o próprio ato administrativo. E fê-lo de forma abusiva, substituindo-se ao Executivo, a pretexto de resolver um problema social.

O Ministro Marco Aurélio, pautando-se em aspecto social inerente à finalidade da norma questionada, votou em sentido contrário ao Ministro Carlos Velloso. O Ministro Marco Aurélio reconheceu a autorização como ato discricionário do Chefe do Poder Executivo²⁸⁸, porém afirmou que este ato não era praticado à margem de qualquer balizamento legal. Ao tratar da matéria naqueles termos, o Legislativo teria atingido “os fins sociais aos quais a norma se dirige”²⁸⁹ (Min. Marco Aurélio)²⁹⁰.

O Ministro Nelson Jobim discorreu sobre os aspectos fáticos da norma, expondo várias minúcias ligadas ao contexto da atividade de taxista no município do Rio de Janeiro e toda relevância social daquela regulamentação. Concluiu afirmando que os “locatários do titular da permissão”, beneficiados com a edição da norma, já possuíam prévia qualificação na prefeitura, ou seja, uma prévia autorização. Destarte, para ele, a Prefeitura já havia examinado a necessidade da circulação daqueles taxistas, por mais que não fossem titulares, até então, da permissão.

O Ministro Sepúlveda Pertence assegurava que no caso o STF estava sendo chamado a um juízo de razoabilidade. Sobre a lei, “trata-se efetivamente de resolver uma situação de fato existente e, ao que parece, [...] se constituiu uma situação razoável” (Min.

²⁸⁷ RE 359.444 – RJ, p. 1294 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

²⁸⁸ Mesmo assim o Ministro Marco Aurélio não tratou especificamente do tema separação dos poderes.

²⁸⁹ O tal aspecto social seria entendido como a possibilidade de se conferir àqueles taxistas auxiliares o direito de possuírem seu próprio veículo e conseqüentemente autonomia na gestão de seu trabalho.

²⁹⁰ RE 359.444 – RJ, p. 1278 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

Sepúlveda Pertence)²⁹¹, ou seja, o Legislador através de um típico juízo de razoabilidade à vista de uma situação concreta editou uma norma para solucionar um problema concreto.

O Ministro Maurício Corrêa reconheceu que aquele caso ensejaria a conclusão ter havido violação ao princípio da separação dos poderes, porém, diante de uma “situação anômala” [...] e “injusta” (Min. Maurício Corrêa)²⁹², tal conjuntura, segundo ele, necessitava ser corrigida e o foi por meio da lei municipal questionada. Mais legítima ainda se tornava a lei por ter sido tal situação propiciada pelo próprio Poder Executivo. Assim, ele afastou a aplicação do princípio da separação dos poderes no caso.

O Ministro Joaquim Barbosa se limitou a afirmar que o princípio da razoabilidade deveria prevalecer em uma situação como aquela. No mesmo sentido votou o Ministro Carlos Ayres Britto. Os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie não divergiram da maioria em seus votos.

Nos votos analisados, argumentos dos mais variados gêneros foram utilizados para interpretar a separação dos poderes em um sentido específico, que permitiria aquela solução prevista pela maioria dos Ministros. Um dos argumentos foi a simples referência à razoabilidade, sem qualquer explicação do que venha a ser este postulado e como ele se relaciona com o caso concreto, e outro foi a caracterização da norma questionada como injusta se considerados os aspectos sociais do contexto no qual foi editada. A dúvida remanescente é: teria a discricionariedade Legislativa prevalecido sobre a discricionariedade Administrativa, sob pretexto desta conter vício de ilegalidade? A contrário senso, seria legítimo um ato normativo do Executivo prevalecer sobre a Lei, sob o argumento de que ela é ilegal? Ou será que justamente para atuar em situações como esta existe a possibilidade do Judiciário se manifestar se acionado?

8.9 O Caso dos Vereadores de Araguari

Trata-se do RE 230267 – MG, no qual se discutia acórdão proferido no julgamento da apelação de Ação Popular, promovida contra a Câmara Municipal de Araguari. Objetivava-se em tal ação a revisão de atos administrativos que culminaram com o aumento dos vencimentos pagos aos vereadores da respectiva Câmara. Argumentavam os requerentes da Ação Popular que tais atos eram irregulares, lesando o erário municipal. A Câmara Municipal, não satisfeita com a sucumbência, recorreu ao STF. Dentre os vários argumentos trazidos no RE, um deles dizia respeito à separação dos poderes (único tratado nesta análise), aquele segundo o qual não poderia o Judiciário por meio de ação popular

²⁹¹ RE 359.444 – RJ, p. 1290 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

²⁹² RE 359.444 – RJ, p. 1293 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

adentrar em aspectos de mérito ou políticos dos atos proferidos por outro Poder, neste caso, o Poder Legislativo no uso de suas atribuições administrativas. A Turma por unanimidade não conheceu o recurso da Câmara.

O Ministro Moreira Alves (Relator), único a votar, simplesmente afirmou não haver violação ao postulado da separação dos poderes, pois quando se tratasse de Ação Popular contra a prática de atos administrativos que se reputarem contrários à Constituição Federal o Judiciário não poderia se eximir de julgar. “Julgar, em face de qualquer dos Poderes, atos que se apontam como, direta ou indiretamente, sendo constitucionalmente ilegítimos é matéria que se situa no âmbito de atuação específica do Poder Judiciário” (Min. Moreira Alves)²⁹³.

8.10 O Caso da Vinculação da Decisão Criminal no Processo Administrativo

Trata-se de RE, nº 197866 – SP, interposto pelo Estado de São Paulo, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado, que deferiu mandado de segurança, impetrado por policial militar expulso dos quadros da Corporação, determinando sua reintegração no cargo. Neste caso, o mesmo motivo que ensejou sua absolvição na Justiça Militar (a imputação alegada não constituía infração penal), o levou à expulsão da Polícia Militar. O RE não foi conhecido por unanimidade pela primeira Turma do STF.

O recorrente alegava afronta ao princípio da separação dos poderes, com base no argumento de que ao Judiciário compete apenas examinar a regularidade do procedimento administrativo que ensejou a expulsão, não podendo neste juízo, valorar o ato demissionário, pois as instâncias civil, criminal e administrativa são independentes.

O Ministro Ilmar Galvão (Relator), único a proferir voto, entendeu que por ter sido o recorrido absolvido no processo criminal por não ter praticado o ato imputado e se os fatos que ensejaram a pena administrativa eram os mesmos, não havia violação ao princípio da separação dos poderes. Isso porque, segundo o Ministro Ilmar Galvão, a Constituição Federal estabeleceu a limitação de um Poder sobre o outro, fixando ao Judiciário o dever de invalidar atos administrativos ilegais.

8.11 O Caso da Análise do *quantum* da Sanção Penal

²⁹³ RE 230.267 – MG, p. 990 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

No RE 358315 – MG, o recorrente questionava decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual decidiu no sentido de que o artigo 155, §4º, IV²⁹⁴, do Código Penal foi recepcionado pela atual ordem constitucional (o recorrente alegava que o crime de *furto qualificado por concurso de agentes*, crime pelo qual foi condenado, recebeu tratamento, proporcionalmente, muito mais rigoroso do que o crime de *roubo*²⁹⁵ praticado na mesma situação, não tendo sido, portanto, recepcionado pela Constituição Federal de 1988). O RE foi julgado improcedente, por unanimidade, pela segunda Turma do STF.

A Ministra Ellen Gracie (Relatora), única a proferir voto, fundamentou sua posição asseverando não caber ao Poder Judiciário o exercício do juízo de valor concernente ao *quantum* da sanção penal, sob pena de ocorrer usurpação da função legislativa e consequentemente incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes.

8.12 O Caso da Autorização Prévia da Assembléia Legislativa para Julgamento do Governador

Questionava-se no RE 159230 – PB, se a exigência contida na Constituição Estadual da Paraíba de autorização prévia da Assembléia Legislativa para a instauração de processo penal, por crime comum, cometido pelo Governador seria inconstitucional. O Ministério Público, recorrente, entendia que a simetria com o modelo federal, principal argumento colocado pelo Governador (Recorrido) para defesa da constitucionalidade do dispositivo, não estava presente no caso. O Ministério Público afirmava que apesar da repartição do juízo de acusação contra o Presidente da República nos crimes comuns (juízo técnico e juízo político) ter a finalidade de preservar o princípio da separação dos poderes, no presente caso a Constituição Federal teria afastado essa necessidade dos governadores, porquanto tenha transferido o processo de julgamento dos Governadores para a esfera

²⁹⁴ Código Penal, “**Furto**

Art. 155 - *Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:*

(...)

Furto qualificado

§ 4º - *A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:*

(...)

IV - *mediante concurso de duas ou mais pessoas.*

(...)”

²⁹⁵ Código Penal, “**Roubo**

Art. 157 - *Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:*

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º - *A pena aumenta-se de um terço até metade:*

(...)

II - *se há o concurso de duas ou mais pessoas;*

(...)”

federal (STJ) e não mais estadual (TJ). Com base neste argumento, o Ministério Público defendia que por ser o STJ alheio à estrutura da separação dos poderes estadual, não haveria perturbação à independência e harmonia dos poderes do Estado-Membro²⁹⁶. O STF negou provimento ao recurso por unanimidade.

O Ministro Sepúlveda Pertence, único a votar, pautou seu voto substancialmente em aspectos relacionados à simetria entre as Cartas Estaduais e a Carta Federal, abordando a separação dos poderes de maneira breve:

[...] a circunstância de se ter deslocado para o STJ a competência originária para o processo dos Governadores por crimes comuns, antes de enfraquecer, fortalece a explicação sistemática de sua submissão à autorização da Assembléia Legislativa, pois, para tanto, à que decorre, no plano horizontal, da independência dos Poderes, soma-se, no plano vertical, o princípio da autonomia dos Estados-membros. (Min. Sepúlveda Pertence)²⁹⁷

8.13 O Caso do Plebiscito de Cabo Frio

O RE 163.727 – RJ foi proposto contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, pelo qual, em mandado de segurança – MS - impetrado pelo município de Cabo Frio, foi anulado plebiscito realizado entre os eleitores do municípios de Tamoios e Armação dos Búzios (que até então ainda não era município), com o intuito de criar o município de Armação dos Búzios. Fundava-se o mandado de segurança no argumento de não haver sido alcançado quorum de comparecimento relativamente a cada um dos referidos distritos separadamente, questionando-se o ato de homologação do resultado por parte do Tribunal Regional Eleitoral.

A questão de mérito envolvida na causa não dizia respeito ao princípio da separação dos poderes. Tal princípio só se tornou relevante quando da análise preliminar, sobre o cabimento ou não do mandado de segurança no Tribunal Superior Eleitoral - TSE. Antes de analisarmos os votos, se faz necessário a apresentação linear dos atos questionados.

No julgamento definitivo pelo STF do Mandado de Segurança 20.409²⁹⁸ foi suspensa a execução da expressão “*ou mandado de segurança*” contida no artigo 22, I, e do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, 15.7.1965):

Art. 22. Compete ao Tribunal Superior:
I - Processar e julgar originariamente:

²⁹⁶ Para o Ministério Público, neste caso, há uma clara distinção entre a separação dos poderes, coexistindo diversas dentro de um mesmo sistema nacional (a separação dos poderes de cada Estado-membro e a separação dos poderes da União). Lembramos que os argumentos do Ministério Público foram postos apenas com o intuito de ilustrar o caso, pois o enfoque do trabalho é outro.

²⁹⁷ RE 159230 – PB, p. 1382 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

²⁹⁸ RTJ 109, p. 909.

[...]

e) o habeas corpus **ou mandado de segurança**, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o habeas corpus, quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;

[...].

Em face de tal decisão o Senado Federal editou a Resolução nº 132/1984:

Suspende a execução da locução 'ou mandado de segurança', constante da letra e do inciso i do artigo 22, do Código Eleitoral, instituído pela lei 4.737, de 15 de julho de 1965.

Artigo único – Suspende, por inconstitucionalidade, nos termos da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária realizada em 31 de agosto, a execução da locução “ou mandado de segurança”, constante da letra e do inciso I do artigo 22 do Código Eleitoral, instituído pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965

A dúvida que se colocava era se o TSE tinha competência para julgar MS em matéria eleitoral, em face da resolução do Senado Federal. Ao se considerar competente o TSE, o STF teria violado a separação dos poderes, uma vez que a Resolução do Senado havia suspenso mandamento legal? O STF, preliminarmente, por maioria, não conheceu do recurso quanto à questão do cabimento do MS, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Néri da Silveira e Moreira Alves (vencedores os Ministros Octavio Gallotti, Moreira Alves, Sydney Saches, Paulo Brossard, Ilmar Galvão, Francisco Resek e Sepúlveda Pertence). No mérito, o STF, também por maioria, não conheceu do RE, vencidos no mérito os Ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira.

O primeiro Ministro a votar foi Ilmar Galvão (Relator), baseando seus argumentos no fato de que se a Resolução nº 132 fosse interpretada literalmente ultrapassaria os limites da declaração judicial incidente de inconstitucionalidade do MS que a originou. Tal MS objetivava vedar a participação do Presidente João Figueiredo em programa de televisão, tendo sido impetrado no TSE e chegado ao STF por efeito de decisão declinatória proferida pelo TSE. Ocorre que naquele MS não se discutia a competência originária do TSE para julgar MS contra atos dos Tribunais Regionais Eleitorais – TREs. Considerando o fato de que a Resolução do Senado foi editada com base nesta decisão, só estaria suspensa a aplicação da referida expressão constante do artigo 22 do Código Eleitoral no caso de MS impetrado em situação semelhante àquela que deu origem à resolução.

Como, entretanto, é possível cindir o texto da Resolução, a fim de subtrair dele o excesso, na medida do qual é inválida, a solução está em dar-lhe interpretação que lhe reduza o alcance da suspensão da lei às verdadeiras dimensões da declaração de inconstitucionalidade parcial do STF, que constitui o parâmetro material de validade do ato suspensivo: e esta

declaração parcial, como visto, circunscreveu-se à norma de competência originária do TSE para processar e julgar mandados de segurança contra atos do Presidente da República. (Min. Ilmar Galvão)²⁹⁹

[...]

Ora, o de que se cuida, neste processo, é da competência originária do TSE para julgar mandados de segurança, não contra ato do Presidente da República, mas, sim, contra todo TRE, ali estatuída e não atingida pela Resolução,³⁰⁰ restritivamente interpretada como se impõe. (Min. Ilmar Galvão)³⁰⁰

O Ministro Ilmar Galvão decidiu por conservar vigente a norma do art. 22, I, e, do Código Eleitoral, no que concerne à competência do TSE para processar e julgar originalmente o MS relativo a atos dos Tribunais Regionais em matéria eleitoral. Este fundamento foi seguido pelos Ministros vencedores.

Dentre os votos minoritários na preliminar, destacamos algumas passagens:

Aqui se está admitindo que se possa interpretar a retirada com recolocação, e dando uma interpretação restritiva àquilo que estamos agora recolocando, sem declarar a inconstitucionalidade de nada. (Min. Moreira Alves)³⁰¹

A se admitir que é possível a esta Corte dar nova interpretação a anterior decisão sua para, indiretamente, desconstituir a resolução do Senado de suspensão de vigência da norma, ter-se-ia também de admitir que este pudesse revogar resolução dessa natureza. (Min. Moreira Alves)³⁰²

Considero que o Tribunal que aplica um dispositivo de lei que, bem ou mal, foi declarado inconstitucional pelo STF e teve a sua vigência suspensa pelo Senado federal atenta contra a norma constitucional da competência do Senado Federal, que foi aqui expressamente invocada, tornando sem efeito a resolução do Senado, e mais, desconstituindo, no ponto, a decisão anterior desta Corte. (Min. Néri da Silveira)³⁰³

É evidente que diante dos argumentos trazidos pelos Ministros a separação dos poderes é um tema que poderia ser abordado, porém não o foi. O princípio é citado em momentos distintos, mas sua análise nunca é efetuada, ele simplesmente é deixado de lado. Discutir-se o tema em um contexto de interpretação restritiva de determinada Resolução do Senado era absolutamente pertinente.

8.14 O Caso do Reajuste Previdenciário

Trata-se do RE 376846 – SC, cujo recorrente, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS -, questionava acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 -

²⁹⁹ RE 163.727 – RJ, RTJ 177, p. 1349.

³⁰⁰ RE 163.727 – RJ, RTJ 177, p. 1349.

³⁰¹ RE 163.727 – RJ, RTJ 177, p. 1356.

³⁰² RE 163.727 – RJ, RTJ 177, p. 1357.

³⁰³ RE 163.727 – RJ, RTJ 177, p. 1357.

, que estabeleceu índice de reajuste do valor dos benefícios previdenciários diferente daquele inicialmente escolhido pelo INSS. O RE foi provido por maioria dos votos no STF, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. Venceram os Ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

O artigo 204, §4º³⁰⁴ da Constituição Federal de 1988 estabelece caber à legislação infraconstitucional a definição dos critérios de reajustamento dos benefícios previdenciários, preservando-lhes o valor real. A questão colocada é: seria o índice atribuído pelo INSS suficiente para manter o valor real do benefício? O acórdão recorrido, ao acolher a pretensão dos autores, entendeu que o índice adequado era o IGP-DI, índice este maior do que aquele aplicado no caso. O INSS por sua vez defendia que o índice por ele escolhido superava o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor, índice criado pelo IBGE para orientar os reajustes de salários dos trabalhadores) do período questionado.

O grande enfoque dado pelos Ministros foi na discussão sobre a escolha de qual índice era o mais adequado, qual índice mantinha o valor real dos benefícios pagos pela previdência social, conforme prescreve a Constituição Federal. Poucas passagens são relevantes para a compreensão do tema aqui estudado (separação dos poderes).

[...] não há óbice para o Poder Judiciário examinar e controlar os atos do legislativo, uma vez constatado que a escolha de índices de reajustamentos tenha se afastado da realidade inflacionária e afrontado a Constituição Federal. (Min. Marco Aurélio)³⁰⁵

[...]

Como já visto a Constituição Federal de 1988, no §4º do art. 201 possui regras com densidade normativa suficiente para garantir a irredutibilidade real – isto é não apenas a irredutibilidade nominal – dos benefícios em manutenção.

Logo, a delegação ao legislador para estabelecer critérios de reajustamento não é ampla e irrestrita. Não é uma “carta branca” que possa ser preenchida com quaisquer índices, critérios ou somente com percentuais aparentemente aleatórios. A integração válida da Constituição pressupõe regularidade do exercício da delegação. (Min. Marco Aurélio)³⁰⁶

[...]

Em conclusão, não tendo o Legislativo se ocupado de fazer o controle prévio da constitucionalidade de tais Diplomas, cumpre ao

³⁰⁴ CF 1988, “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

(...)”

³⁰⁵ RE 376.846 – SC, RTJ 189, p. 360.

³⁰⁶ RE 376.846 – SC, RTJ 189, p. 366.

Judiciário” (sic!) – última trincheira do cidadão – “fazê-lo, neste caso, por meio de controle difuso.

Penso que melhor conforta/concilia o Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes que se preserve, tanto quanto possível, a escolha de critério eleito pelo próprio Legislador. (Min. Marco Aurélio)³⁰⁷

O Ministro Celso de Mello foi o único a aprofundar a discussão acerca da separação dos poderes. Para ele, a grande questão referente ao artigo constitucional mencionado era a necessidade, **imposta pela Constituição**, de lei para adequar os valores dos benefícios previdenciários. Assim, o constituinte teria atribuído ao Legislador a tarefa de fixar a correção, sempre respeitando a manutenção do seu valor real.

Não constitui demasia observar, **a propósito da reserva de lei** – consoante adverte **Jorge Miranda** [...] **que se trata** do postulado **revestido de função excludente**, de caráter negativo (**que veda**, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções **a título primário**, de órgãos estatais **não-legislativos**), **e cuja incidência também reforça**, positivamente, o princípio **que impõe**, à administração e à jurisdição, **a necessária** submissão aos comandos **fundados** em norma legal, **de tal modo que**, conforme **acentua** o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, **“quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão”** (grifei). (Min. Celso de Mello, grifo no original)³⁰⁸

Deste modo, não seria possível, para o Ministro Celso de Mello, haver a substituição, a critério do Judiciário, do Poder competente para fixar índices de reajuste dos benefícios previdenciários. A Constituição Federal estipulou que esta definição fosse tarefa exclusiva do Legislador, não cabendo ao STF alterar uma previsão constitucional. Se assim não fosse, o STF passaria a desempenhar função anômala, a qual lhe é constitucionalmente estranha (de legislador positivo).

Cabe frisar que o Ministro Celso de Mello ressaltou as hipóteses nas quais o Legislador esvazie o alcance da norma inscrita no art. 204, § 4º, sem atingir, pelos índices escolhidos, o referido *valor real*. Nestes casos poderia haver uma atuação do Judiciário. Mas, uma vez demonstrado que os índices escolhidos pelo Executivo, neste caso o INSS, são apropriados, idôneos e adequados à efetiva concretização da garantia de preservação do *valor real* do benefício, não pode o Judiciário optar pela aplicação de outro índice, sob pena de fazer valer as suas escolhas políticas em detrimento das escolhas do legislador.

Os Ministros vencedores, quando fundamentaram seus votos, não construíram sua fundamentação no sentido apresentado pelo Ministro Celso de Mello (ao menos

³⁰⁷ RE 376.846 – SC, RTJ 189, p. 366.

³⁰⁸ RE 376.846 – SC, RTJ 189, p. 386.

teoricamente), preocuparam-se muito mais em “justificar” os índices do INSS, do que em afirmar que esta não seria uma tarefa típica do Poder Judiciário.

A separação dos poderes permeia a questão, na medida em que é imposto ao Judiciário definir índice, cuja atribuição inicial era conferida ao INSS. Os Ministros pouco discorrem sobre o princípio, talvez porque esta seja uma hipótese comum na atuação do STF. Ora, a Constituição Federal está repleta de termos cuja definição não é simples, por exemplo, *valor real*. Evidentemente que o *valor real* para os Ministros do STF pode ser um e para o INSS outro, porém, uma vez inserido na Carta Federal, ele não pode se eximir de valorar e conceituar quando chamado para isso. Saber em que medida isto relaciona-se com a separação dos poderes, os Ministros não explicaram.

8.15 O Caso do IOF/Câmbio

Trata-se de recurso extraordinário, nº 178932 – SP, interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3 – que declarou a inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88³⁰⁹ por infringir o princípio da igualdade tributária, pois a escolha da data de emissão das guias de importação, como fator de discrimen para efeito de acesso do contribuinte ao benefício isencional concernente ao IOF/Câmbio (guias expedidas em período anterior a 1º de julho de 1988), revelava-se opção arbitrária do legislador. A 1ª Turma do STF deu provimento ao recurso por unanimidade.

[...] evidencia que a delimitação de ordem temporal condicionante do acesso do contribuinte ao benefício legal da isenção tributária, em matéria de IOF/Câmbio, foi estabelecida com o fim precípua de viabilizar a plena realização de objetivo estatal nitidamente qualificado pela nota da extrafiscalidade. (Min. Celso de Mello)³¹⁰

O Ministro Celso de Mello (Relator), único a proferir voto, afirmou na sua fundamentação que a referida diferenciação introduzida pelo Decreto-lei em tela, refletia a “necessidade de o Estado implementar políticas governamentais, cuja execução lhe incumbe efetivar nos estritos limites de sua competência constitucional” (Min. Celso de Mello)³¹¹.

³⁰⁹ Decreto-lei nº 2.434/88, “Art. 6º Ficam isentas do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários as operações de câmbio realizadas para o pagamento de bens importados, ao amparo de Guia de Importação ou documento assemelhado, emitida a partir de 1º de julho de 1988.

Parágrafo único. Quando se tratar de bens importados sem Guia de Importação ou documento assemelhado, ou dela dispensados, a isenção a que se refere este artigo abrangerá os bens com Declaração de Importação registrada a partir de 1º de julho de 1988”.

³¹⁰ RE 178.932 – SP, p. 1745 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

³¹¹ RE 178.932 – SP, p. 1745 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

É preciso não perder de perspectiva, de outro lado – tal como já decidiu a Colenda 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – que “*A isenção fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista o interesse social. É ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo*” (RE 157.228-1, rel. Min. PAULO BROSSARD, julg. Em 3/5/94). (Min. Celso de Mello)³¹²

Cumprido destacar ainda, que para o Ministro Celso de Mello a exigência de lei formal para a veiculação de isenções em matéria tributária, impede a extensão **por via jurisdicionais** de benefícios isencionais àqueles contribuintes não abrangidos inicialmente pela lei. Coloca-se a separação dos poderes como limite à isonomia.

³¹² RE 178.932 – SP, p. 1747 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

9. CONCLUSÃO

Conforme indicado na introdução, este trabalho objetiva compreender um pouco mais a atuação do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito a sua interpretação sobre o princípio da separação dos poderes. Nesta linha, pesquisas com este enfoque jurisprudencial tendem a mostrar qual o papel institucional do STF, qual o padrão de suas decisões e quão importante elas são. Analisar as decisões da Corte, por si só, é suficiente para adentrarmos no âmago dos mecanismos brasileiros de separação dos poderes, pois o STF, ao decidir, está se valendo de prerrogativas institucionais típicas da relação entre os poderes do Estado.

Ao tratar da questão de como o STF trata *a separação dos poderes depois da Constituição de 1988*, discute-se necessariamente como o STF compreende um sistema dentro do qual ele mesmo está inserido e tem papel de extrema relevância diante da necessidade de equilíbrio entre os poderes. Neste ponto, ressaltamos a importância do trabalho diante de uma doutrina “tratadista”, alheia aos debates, algumas vezes mais teóricos do que técnicos, efetuados pelos Ministros desta Corte.

O debate crítico apenas se torna legítimo quando o caminho até ele passa por uma pesquisa séria e pautada em métodos pré-estabelecidos. Não se pode analisar uma Corte, formada por onze membros e com mais de 100 anos de história, apenas por julgados pontuais, ou baseando-se em concepções jurídicas cunhadas anos atrás ou ainda em Manuais de Direito.

Inicialmente, a grande pergunta colocada acima foi dividida em outras duas: a-) *o Supremo Tribunal Federal possui uma única visão sobre o tema?* b-) *como o Supremo Tribunal Federal justifica, teoricamente, suas decisões?* Para chegarmos a resultados confiáveis, propusemos duas hipóteses de pesquisa: *o STF não possui uma visão congruente sobre o tema separação dos poderes e o STF não possui uma única linha teórica, sendo possível encontrar inúmeras variáveis em termos de fundamentação.*

Para estruturar este capítulo, optamos por inserir algumas constatações gerais da pesquisa, para, ao término, indicar as respostas que encontramos a partir do trabalho realizado.

9.1 Impressões Gerais

Como ficou demonstrado no trabalho, a discussão sobre separação de poderes deu-se substancialmente em matérias relacionadas aos Estados-membros (em cerca de 89% das ADINs o requerido era a Assembléia Legislativa dos Estados). Os números

apresentados no capítulo 6, conjugados com as análises efetuadas, demonstram que o STF possuiu e ainda possui um papel de extrema relevância na fixação das características institucionais relacionadas à separação dos poderes no âmbito dos Estados, principalmente se considerarmos que metade das ADINs propostas pelos Governadores eram referentes às Constituições Estaduais.

Ora, se 70,32% das ADINs na quais se discutia separação dos poderes foram propostas por Governadores, sendo em todos os casos a Assembléia Legislativa estadual a requerida, o que levou a tais números? Vianna (1999) apresenta algumas justificativas para este movimento por parte dos Governadores, uma vez que tal tendência também foi constatada em sua obra³¹³. Como nosso enfoque é mais restrito, se limitando àquelas decisões sobre a separação dos poderes, sugerimos algumas explicações complementares.

O STF desde logo, em todas as decisões analisadas, trouxe inúmeras amarras ao legislador estadual, exigindo a similitude entre o modelo constitucional federal e o estadual. Neste sentido, a existência de matérias cujos projetos de lei eram de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo e sobre as quais havia a proibição de aumento dos gastos previstos nestes projetos (matérias previstas na Constituição Federal), obrigaram o Legislador local a se adaptar e seguir tais procedimentos, mesmo nas Constituições de seus Estados. Sem dúvida, este aspecto técnico, **reserva legal de iniciativa**, conjugado com a obrigatoriedade de respeito desta regra pelos Estados, fez com que o número de ADINs propostas pelos Governadores no contexto da separação dos poderes fosse grande e que a matéria com mais referência na pesquisa fosse aquela relacionada à Administração Pública.

Nestes casos é possível afirmar que os Governadores foram a juízo não apenas em nome da governabilidade, como afirma Vianna (Cf. VIANNA, 1999, p. 121), mas para garantir prerrogativas inerentes à sua função, a função Executiva. Diante de acórdãos seguros sobre a linha interpretativa do STF, o Governador recorria a este Poder a fim de ver garantido o modelo de separação dos poderes concebido pela Constituição Federal de 1988. Tal proposição também se explica pelo alto grau de sucesso dos Governadores nestas ações: eles têm as ações julgadas procedentes na sua totalidade em 82,81% dos casos nos quais a Assembléia Legislativa é recorrida e só em 6,25% são julgadas improcedentes completamente³¹⁴. Em síntese, se o Legislativo estadual estava limitado pelo modelo de atribuições trazido pela Constituição de 1988 e o STF possuía uma

³¹³ Vianna afirma que os Governadores são personagens na judicialização da política, pois em nome da governabilidade e da racionalização da administração pública, ameaçadas por leis que foram concebidas como instrumento de interesses particulares, ingressam no Judiciário para questionar tais diplomas (Cf. VIANNA, 1999, p. 71).

³¹⁴ Existem casos em que as ações são julgadas parcialmente procedentes.

jurisprudência firmada sobre o assunto, eram certos os casos em que o Governador poderia questionar determinadas normas no STF.

Outro ponto interessante da democracia brasileira apontado por Vianna (1999), também foi constatado por nós. Trata-se da utilização da ADIN, pelos Governadores, como instrumento de prevalência de alguns direitos da minoria (Chefe do Executivo) frente às imposições da maioria (Legislativo), baseado em um postulado constitucional, a separação dos poderes.

Aqui se faz necessário remeter aos conceitos trazidos no item 3.3. Este é um dos elementos que elevaria o Brasil à uma “condição consociativa”, na qual o modelo constitucional garante o direito das minorias, mesmo que o campo majoritário tenha entendimento em sentido oposto. Na democracia brasileira foram inseridos, como demonstrado, contrapesos e equivalências em direitos protegendo tais minorias frente às maiorias.

Neste ponto podemos afirmar que as análises quantitativa e qualitativa dos acórdãos comprovam, em parte, uma assertiva da primeira etapa do trabalho, segundo a qual o STF se tornou palco de resolução de conflitos entre Executivo e Legislativo. Dizemos em parte pois tal afirmação foi apresentada em um contexto amplo, incluindo disputas no nível federal de poder. No entanto, quando o enfoque foi a separação dos poderes, o STF se tornou palco da resolução de conflitos entre Governador e Assembléia Legislativa (Executivo e Legislativo locais), ou seja, atuava substancialmente em conflitos estaduais.

A constatação da existência de conflitos entre os poderes Executivo e Legislativo é efetuada pelo próprio STF. Na ADIN 1557 – DF (item 7.1.7.2.1) discutia-se a necessidade de haver representação jurídica do Legislativo nos casos em que este Poder tivesse em embate direto com o Executivo³¹⁵.

Seguindo no apontamento de algumas impressões gerais, poderíamos indagar, *existe uma única separação dos poderes para o STF?* Uma das idéias trazidas na primeira etapa do trabalho, referente à existência ou não de um modelo definido a priori, baseava-se na idéia de que a separação dos poderes de maneira geral, nos diversos países nos quais é um dogma fundamental, tem um objetivo claramente definido, impedir a concentração de poder. Porém, o desenho de cada modelo necessariamente variará de acordo com as opções institucionais de determinada nação. A partir daí é extremamente difícil mensurar o grau de independência dos poderes, mais difícil ainda é definir um padrão de formatação

³¹⁵ Neste caso o ministro Marco Aurélio caracterizou estes casos de conflito como sendo excepcionais e típicos de momentos de crise na democracia. Entendemos que tal posicionamento é equivocado, na medida em que desconsidera a possibilidade deste embate entre poderes ser uma característica de algumas democracias que optam por determinada modelagem institucional. O próprio tempo de vivência do Ministro na Corte demonstraria o grande número de conflitos existentes entre poderes.

das funções do poder estatal. Como dissemos quando da exposição teórica, existe uma dificuldade muito grande em estabelecer critérios rígidos de independência entre os poderes, decorrente da própria complexidade dos Estados modernos. Sendo assim, não existe um modelo absoluto e acabado deste princípio, mas na realidade existe o princípio estilizado de acordo com cada nação e cada modelo político.

Se partirmos desta idéia matriz é possível chegar a um pensamento recorrente dentro dos votos proferidos pelos Ministros, qual seja, de que não existe um modelo de separação de poderes construído a priori. Assim, na visão dos Ministros, externada substancialmente nos votos do Ministro Sepúlveda Pertence, deve-se preservar a estrutura da separação de poderes definida para o Brasil. Para saber se determinado ato viola a separação dos poderes, é necessário que se examine a Constituição Federal e o modelo definido por ela. Não basta que se leia a Constituição e o termo “separação dos poderes”, pois estaríamos diante de uma falsa liberdade de interpretação, pois só se chegará mais próximo de uma definição no momento que se conjugarem diversos dispositivos da Carta, principalmente aqueles ligados ao processo legislativo (assim ADIN 165 – MG, ADIN 425 – TO, ADIN 98 – MT, ADIN 1962 – RO e ADIN 1506 – SE).

Nesta questão em particular, os Ministros, tendem a fundamentar seus votos de maneira muito próxima à teoria exposta inicialmente neste trabalho, afirmando não haver uma separação dos poderes absoluta, na qual estes poderes são concebidos de maneira estanque. Para entender a fórmula de separação dos poderes de determinado país é necessário, primeiramente, se examinar os “freios e contrapesos” inseridos em um sistema político, pois eles dão a configuração de cada modelo. Delimitar a separação dos poderes é entender como os poderes se relacionam e não saber se estão ou não separados e qual o grau de independência entre eles. Destaca-se aí o papel importante ganho pelos “freios e contrapesos”, pois para os Ministros é a partir deste conceito que se chega a uma idéia sobre o princípio. É evidente que alguns julgados ainda mantêm uma visão intrincada sobre o tema, chegando a falar vezes até em modelo ideal, como se existisse algum (item 7.7.9).

Não obstante o raciocínio do parágrafo anterior, outra idéia chave está por trás do pensamento até aqui explorado, que nos leva a segunda constatação lógica no pensamento dos Ministros. Se de fato não há um modelo padrão e na realidade o que existe é um modelo peculiar de separação dos poderes, no qual se analise sistematicamente uma série de disposições organizacionais, onde está a tal separação dos poderes brasileira? Para eles, está na Constituição Federal. A separação dos poderes transcende a mera idéia conceitual, passando à idéia de modelo. Separação dos poderes no Brasil é efetivamente aquilo que a Constituição Federal dispôs sobre a organização, funcionamento e inter-relação

entre os Poderes do Estado, principalmente as regras processuais/procedimentais contidas na Carta.

Este tipo de enfoque, em linhas gerais, também foi levantado por nós no capítulo 5, ao apresentar a visão de Canotilho (1997) sobre o tema. O autor defende que respeitar a separação dos poderes é respeitar o ordenamento constitucional e as regras da Constituição. Quando a Constituição estabelece regras processuais claras, ela está a atribuir a forma jurídica dos poderes. Respeitá-la passa a ser fundamental se não quiser quebrar o dogma da separação dos poderes. Cabe lembrar que para Canotilho (1997), em um Estado constitucionalizado, importa muito mais o respeito às previsões normativas contidas na Constituição Federal, do que compreender a amplitude da gerência mútua entre os poderes, pois os poderes estão divididos de acordo com aquele modelo constitucional.

Quando falamos em regras processuais/procedimentais inseridas na Constituição estamos nos referindo àquelas referentes ao processo de emanção de decisões (atos com caráter decisório), sejam elas administrativas, legislativas ou judiciais. Dentre estas regras, as mais recorrentes no debate sobre a separação dos poderes foram as regras relacionadas à reserva de iniciativa de leis ao Chefe do Executivo (a título exemplificativo ADIN 1434 – SP, ADIN 2804 – RS, ADIN 2115 - RS e ADIN 2806 – RS), proibição de aumentos de gastos previstos nestas leis e a exigência de lei ordinária para tratamento de determinadas matérias (a título exemplificativo ADIN 132 – RO e ADIN 2040 - PR), ou seja, há de certa maneira uma proximidade grande entre o princípio da separação dos poderes e o próprio princípio da legalidade.

A forte limitação dos Estados ao definir os modelos de separação dos poderes utilizados em cada unidade federada, decorre das premissas anteriormente lançadas. Há a necessidade do Legislador Estadual respeitar alguns princípios fundamentais contidos na Constituição Federal, dentre eles aquele que é aqui estudado. Ao buscar um significado ao postulado, o Legislador se esbarrava nesta visão calcada no STF, de uma separação dos poderes traçada nos moldes jurídicos nacionais. Destarte, ao respeitar o dogma da separação dos poderes, o Legislador Estadual se via obrigado invariavelmente a copiar o padrão pré-estabelecido em nível federal. Um exemplo claro demonstrado neste trabalho se deu na produção das Constituições Estaduais pós 1988. Ao mesmo tempo em que o princípio federativo impulsionou o surgimento destas cartas, o princípio da separação dos poderes, da maneira como foi interpretado, freou tal atividade.

Nesta linha apresentada, relacionando-a com as Constituições Estaduais, é interessante notar como a separação dos poderes, quando enfocada nos acórdãos, em muitas das vezes é reduzida a um mero aspecto técnico, abandonando qualquer tipo de decisão que discuta o sentido teórico do princípio. Assim, criou-se um critério objetivo de

violação ao princípio da separação dos poderes, qual seja, a comparação com o modelo federal. Quase como um trabalho de mero encaixe, em uma atividade altamente simplória, os Ministros se limitavam a verificar em que medida a Constituição Estadual se diferenciava daquele modelo já estabelecido. Tal situação encontra o seu maior exemplo nas ADINs em que se questionava tais Constituições baseando-se no pretensível vício de iniciativa das leis.

Este enfoque despregado de aspectos teóricos não se limita aos questionamentos em âmbito estadual. A ausência de discussão é um aspecto recorrente em grande parte dos acórdãos analisados, sejam as ADINs ou os REs, conforme foi demonstrado nos capítulos anteriores. Um exemplo claro é o voto da Ministra Ellen Gracie nas ADINs 2626 - DF e 2628 – DF (item 7.5), ou ainda no RE 163.727 – RJ (item 8.13). Raríssimas são as exceções, como no caso do CNJ (ADIN 3367 – DF, item 7.7.8.3), no qual a discussão sobre a separação dos poderes é mais aprofundada.

No quadro geral da evolução histórica da separação dos poderes no Brasil, visualiza-se, após a Carta de 1988, como demonstrado, um fortalecimento do Legislativo e a manutenção da força do Executivo. Diante da concretização de conflitos entre estes dois Poderes é extremamente necessário que o terceiro Poder (Judiciário), competente para solucionar tais conflitos, seja igualmente forte, sob pena de se instaurar um grande desequilíbrio na relação entre os poderes (o que não deixa de ser a própria idealização da separação dos poderes, três poderes fortes, porém com forças iguais). O argumento para respaldar esta afirmação, da existência de um Judiciário fortalecido, corresponde à leitura sistemática das próprias decisões sobre separação dos poderes.

Em um Estado de Direito, no qual as relações jurídicas almejam ao menos o mínimo de estabilidade e imutabilidade possível, é preciso que em processo no qual haja o relacionamento, necessário ou facultativo, de dois ou mais poderes, a decisão de um deles prevaleça e seja a final. Em matérias nas quais se discute questões constitucionais, dentre elas a separação dos poderes, a Constituição fez uma escolha, ao atribuir tal função ao Judiciário. E o fez de forma ampla, garantindo que os acórdãos proferidos pelo STF no julgamento de ADIN, por exemplo, tenha efeitos vinculantes para todos e no caso dos REs, que a decisão do STF seja a prevalente. O que é interessante notar é como esse papel do Judiciário surge nos argumentos presentes nas decisões estudadas.

É evidente que a resposta em nada serviria se não fosse pautada em dados provenientes da pesquisa. Neste sentido cumpre citar algumas decisões analisadas e correlacionadas nos capítulos anteriores. Na ADIN 8932 – DF (item 7.1.5), o Ministro Sepúlveda Pertence demonstrou medo de que o princípio da moralidade instalasse o governo dos juízes, pois a eles, por derradeiro, é a quem incumbe a tarefa de dizer se um ato é ou não válido. Na ADIN 2626 – DF (item 7.5), o mesmo Ministro Sepúlveda Pertence

afirmou que cabe ao STF “errar por último”. Na ADIN 407 – MS (item 7.6) discutia-se a constitucionalidade de ato emanado por um Tribunal (ato do próprio Judiciário). Outro exemplo se deu na ADIN 1635 – DF (item 7.7.4), quando o Ministro Carlos Velloso afirmou que o STF deveria lutar, no Legislativo, para a adoção de mecanismos que pudessem trazer solução para o Poder Judiciário. Mesmo quando assumiram a possibilidade de criação de um Conselho de Justiça, na ADIN 3367 – DF (item 7.7.8.3), consideraram que se tratava de um controle interno e não externo do Judiciário³¹⁶.

Em síntese, o Judiciário, sobretudo o STF, é cercado de características que nos levam à conclusão de tratar-se de poder fortalecido após a promulgação da Constituição de 1988. Ora, mas se o Judiciário é tão forte assim e o STF é seu órgão de cúpula, não seria necessário que esta instituição efetuasse uma análise mais completa sobre o princípio da separação dos poderes? Uma vez colocada a Constituição, quem estabelece os limites da separação dos poderes, ao interpretá-la, é o STF, fato este que por si só ensejaria um trato mais cuidadoso por parte dos Ministros sobre o tema.

Outra constatação que soa relevante é a diferenciação efetuada pelos Ministros dos termos constantes no artigo 60 da Constituição Federal, o qual institui as chamadas cláusulas pétreas. Esta constatação ficou muito evidente na análise do CNJ (ADIN 3367 – DF, item 7.7.8). Os Ministros entenderam que este modelo posto de separação dos poderes, conforme as regras processuais conjugadas na Carta Federal, não é absoluto, no sentido de não ser imutável. Proíbe-se qualquer tipo de emenda tendente a **abolir** a separação dos poderes, mas não prevê o impedimento de **modificação** do modelo constitucionalizado de separação dos poderes. Em síntese, apenas o núcleo básico do princípio sempre deveria ser preservado, porém, o princípio estaria aberto a novas modelagens, provenientes da própria evolução política nacional.

É de extrema relevância destacar que apesar de algumas linhas coerentes dentro do STF, como foi acima demonstrado, em alguns momentos os Ministros deixaram um vácuo interpretativo razoável, mostrando alguma incoerência ou simplesmente tecendo votos contraditórios. Por exemplo, na ADIN 152 – MG (item 7.1.7.1) e ADIN 483 – PR (item 7.1.7.1), nas quais o enfoque era o vício de iniciativa nas respectivas Constituições Estaduais, o Ministro Marco Aurélio votou em sentido contrário a uma série de outros votos seus em julgados no mesmo sentido (que tratavam de questões muito próximas), sem se preocupar ao menos em justificar tal mudança de posicionamento. Nas ADINs 2626 – DF (item 7.5) e 2628 – DF (item 7.5) foi possível caracterizar uma contradição interna no próprio

³¹⁶ Mesmo nos REs é facilmente visualizável momentos em que o Judiciário é chamado a criar limites a ele próprio. Por exemplo na edição da súmula 339 do STF (item 8.5), que proíbe aumentos proferidos pelo Judiciário aos servidores públicos sob fundamento da isonomia.

voto do Ministro Sydney Sanches, pois abriu sua fundamentação admitindo que o TSE não estaria limitado apenas a interpretar as normas eleitorais, podendo dispor concretamente sobre alguns aspectos desta matéria, e fechou seu voto afirmando que ao TSE só caberia interpretar, nunca inovar no ordenamento jurídico³¹⁷.

Em outros momentos os Ministros se valeram de argumentos dúbios, no quais uma simples inversão do ponto de vista seria suficiente para fundamentar a tese diametralmente oposta. Um exemplo é a ADIN 1747 – SC (item 7.3), na qual se questionava determinada Lei Complementar que obrigava a participação de membros do Judiciário e do Executivo em audiências regionais de prestação de contas. Simplesmente afirmou-se que tal obrigatoriedade feriria o princípio da separação dos poderes, mas sem explicitar os motivos desta assertiva. Por que obrigar membros do Executivo e do Judiciário a prestar contas fere a separação dos poderes? Existe algum dispositivo na Constituição Federal com previsão neste sentido? Ora, seria plenamente viável, argumentando da mesma maneira, afirmar que tal obrigatoriedade é a expressão do intercâmbio entre as funções e sendo, portanto, o sentido maior da separação dos poderes.

Outra passagem, a título exemplificativo, ocorreu nas ADINs 2626 – DF (item 7.5) e 2628 – DF (item 7.5), quando os Ministros afirmaram que por via de ADIN não seria possível controle de atos de caráter secundário em função das leis a que aderem e cujo texto pretendem regulamentar, pois ao STF só caberia julgar as inconstitucionalidades diretas, imediatas e frontais. A dúvida que restou configurada foi: como saber se determinado ato normativo atacado não violou diretamente a Constituição Federal se os Ministros não analisam o ato, não enfrentam o fato? Em uma situação extrema, por exemplo, se o Presidente, no uso de suas prerrogativas, regulamenta determinada lei penal que lhe atribui competência para definir penas e **cria** por decreto a pena de morte, o STF deixaria de avaliar o ato normativo infralegal por ser uma questão supostamente reflexa, pautada em lei?

Em um último exemplo neste sentido, a ADIN 833 – DF (item 7.7.9), os Ministros entenderam que o legislador constituinte federal derivado poderia retirar competência atribuída pelo ADCT ao TSE para regulamentar o plebiscito, passando-a ao Legislativo, uma vez que isto não violaria o dogma da separação dos poderes, pois na realidade estaria se aproximando do modelo ideal deste princípio. Os Ministros usaram da máxima de “separação dos poderes ideal” e não se deram ao trabalho de compreender ou explicar o que ela seria. Seria uma separação estaque e absoluta? Seria aquela mais flexível, na qual o intercâmbio de funções é sua característica mais forte? Enfim, os Ministros não definiram o que é este modelo ideal, se é que ele existe, como bem dissemos anteriormente. O

³¹⁷ Votos contraditórios também foram encontrados nos REs. Exemplo disto é o RE 190.264 (item 18.1).

próprio Ministro Sepúlveda Pertence, que ressaltou este argumento, em outros acórdãos acentuou não haver este modelo ideal, definido a priori. Ora, se compreendermos “modelo ideal” como aquele de mais intercâmbio entre os poderes, poderíamos afirmar que retirar competência do TSE para regulamentar o plebiscito violaria a separação dos poderes. Mais uma vez o fundamento utilizado dá ensejo a uma outra conclusão, diferente daquela tomada pelos Ministros.

Além destes fatos, em outros momentos é possível visualizar uma fundamentação muito ruim ou calcada em grande carga retórica. Neste sentido seria exaustivo listar os vários acórdãos nos quais há mera referência à separação dos poderes, em no máximo uma ou duas linhas³¹⁸, sem explicar seu sentido. Ao mesmo tempo, um grande exemplo de voto com muita retórica e pouca fundamentação propriamente dita, é o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADIN 3367 – DF (item 7.7.8.3).

É necessário ainda destacar exclusivamente a ADIN 3367 – DF (item 7.7.8.3), caso CNJ, na qual foi efetuada uma grande digressão teórica sobre a separação dos poderes. Aqui desejamos apontar que os Ministros utilizaram a teoria clássica apresentada na primeira etapa do trabalho de maneira muito semelhante àquela apresentada por nós. Porém, este foi o **único** acórdão a efetuar uma análise ampla sobre o princípio e por isso não pode ser entendido como regra. Alenta o fato de ser um dos mais recentes julgados, o que pode inserir uma nova conduta dentro do STF, ou significar uma mudança na tendência decisória do STF sobre o tema, no sentido de fundamentar mais e melhor suas decisões sobre separação dos poderes³¹⁹.

Também é possível afirmar que em alguns julgados houve uma preocupação com os precedentes da Corte sobre separação dos poderes, seja para fundamentar determinada posição, seja para afastar a aplicação de acórdãos anteriores. Dois exemplos são claros. No caso das matérias em que se alegava violação ao princípio da separação dos poderes com base na reserva de iniciativa, era comum os Ministros fazerem referência aos julgados passados, para corroborar a fundamentação apresentada em seus votos (ou muitas vezes servir como a própria fundamentação). No caso do Conselho Nacional de Justiça (ADIN 3367 – DF, item 7.7.8.3), houve uma preocupação muito grande por parte dos Ministros em afastar os precedentes ligados aos Conselhos Estaduais de Justiça. A despeito desta afirmação, seria muita pretensão afirmar que existe uma lógica na utilização de precedentes em matéria de separação dos poderes.

³¹⁸ Exemplo: *tal ato não viola a separação dos poderes*.

³¹⁹ Tal assertiva trata-se de mera abstração do autor.

9.2 Respostas Propostas

Após estes apontamentos gerais, imaginamos que o caminho para a exposição de possíveis respostas às perguntas lançadas inicialmente se torna bem mais fácil.

Quanto à pergunta geral, saber como o STF trata a separação dos poderes, entendemos que a respectiva resposta encontra-se no item anterior. O STF trata a separação dos poderes de inúmeras maneiras, de acordo com cada matéria relacionada ao tema. Algumas vezes o STF ao menos trata da separação dos poderes, em outras situações simplesmente cita a separação dos poderes, pouco discorrendo sobre o princípio, e em determinados momentos efetua uma análise mais profunda sobre o princípio. Ou seja, a primeira grande conclusão é: não há um padrão de tratamento do princípio da separação dos poderes pelos Ministros do STF.

Quando recaímos sobre as duas perguntas instrumentais e nas hipóteses colocadas, podemos calcar as seguintes conclusões.

Quanto à primeira hipótese testada, *o STF não possui uma visão congruente sobre o tema separação dos poderes*, podemos afirmar que ela é verdadeira. Ficou evidenciado ao longo do trabalho que a visão congruente do STF é sobre determinadas matérias que incidem, nem sempre exclusivamente, sobre o princípio da separação dos poderes. Porém, é impossível afirmar que exista uma congruência ampla sobre o princípio, até porque os acórdãos raramente foram instrumentos de uma discussão teórica mais aprofundada sobre o tema. As congruências visualizadas são pontuais e se restringem a assuntos determinados, mas estão longe de significar uma singularidade quanto ao tema do trabalho. Estas congruências chamadas de pontuais, apesar de não gerarem uma convergência ampla sobre o princípio, significaram em alguns momentos a fixação de uma jurisprudência forte sobre determinados assuntos, capaz de influenciar a atuação de atores políticos, como tentamos sugerir nas *Impressões Gerais*³²⁰.

Quanto à segunda hipótese testada, *o STF não possui uma única linha teórica*³²¹, *sendo possível encontrar inúmeras variáveis em termos de fundamentação*, é possível afirmar que ela é falsa. De fato o STF não demonstrou possuir uma única linha teórica sobre o tema, por um motivo fundamental: o STF não possui sequer uma linha teórica forte sobre a separação dos poderes, pois quase sempre se priva de uma análise teórica aprofundada. Quando sugerimos tal hipótese, imaginávamos que seria possível encontrar

³²⁰ Por exemplo, quando garante ao Governador que sua probabilidade de sucesso em determinadas ações relativas à separação dos poderes é alta.

³²¹ É importante frisar ainda que o termo “teórico” tem um significado próprio neste trabalho. Aqui quer dizer toda fundamentação baseada em determinada teoria, tenha sido ou não apresentada por nós neste trabalho. Porém, a mera referência a determinada teoria ou linha teórica não é suficiente para caracterizar uma discussão, é necessário que ocorra uma exposição minimamente aprofundada sobre o princípio em questão.

varias linhas teóricas de fundamentação, mas não a inexistência de padrões teóricos de fundamentação³²².

Quando fez uma análise séria do tema, o STF fez de maneira semelhante à teoria trazida neste trabalho, mas mesmo assim não é possível falar na existência desta linha teórica. É fato também que em alguns momentos, quando se trata de uma ou outra matéria específica, como ressaltado no parágrafo anterior, o STF possui algumas variáveis constantes de fundamentação, não obstante eventuais contradições entre um ou outro Ministro.

³²² É interessante ressaltar o termo “linha”, que coloca a idéia de continuidade. Para configurarmos uma linha teórica era necessário que determinada fundamentação fosse recorrente em diversos acórdãos e não que fossem discussões teóricas, porém, incidentes e pontuais, em uma ou outra decisão.

10. BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, vol.45, no.1, p.5-38, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma Introdução*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 79-108.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição ou Políticas Públicas? Uma Avaliação do Governo FHC. In: ABRUCIO, Luiz Fernando (Org.); DURAND, M. R. L. *O Estado numa Era de Reformas: os anos FHC*. Brasília: Enap, 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. Separação de Poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Publico*, vol. 32, n. 1, p. 184-206, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAREY, John M. Impacto das Instituições Estaduais na Unidade das Coalizões Parlamentares. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, vol. 46, n. 4, p. 773-801, 2003.

CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian. Governos de Coalizão nas Democracias Presidencialistas e Parlamentaristas. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, vol. 45, no.2, p.187-218, 2002.

COUTO, Cláudio Gonçalves. A Longa Constituinte: Reforma do Estado e Fluidez Institucional no Brasil. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, vol. 41, n. 1, p. 5-38, 1998.

COUTO, Cláudio Gonçalves. O Averso do Averso – conjuntura e estrutura política na recente agenda política brasileira. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, vol. 15, n. 4, 2001.

DAHL, Robert. O mito do mandato presidencial. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 27 – 54, set. 1991.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

FIGUEIREDO, Argelina C. Instituições e Política no Controle do Executivo. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, vol. 44, n. 4, p. 689-727, 2001.

FIGUEIREDO, Argelina C.; FIGUEIREDO, Marcus. *O plebiscito e as formas de governo*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1993.

FIGUEIREDO, Argelina C.; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. TOMO 1. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SAMPAIO JUNIOR, Tércio Ferraz. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. *Revista Trimestral de Direito Publico*, vol. 9, p. 40-48, 1995.

LAMOUNIER, Bolívar. Estrutura Institucional e Governabilidade na Década de 1990. In: VALLOSO, João Paulo dos Reis. *O Brasil e as Reformas Políticas*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1992.

LEAL, Victor Nunes. *A Divisão dos poderes no quadro político da Burguesia*, in *Cinco Estudos*, Rio de Janeiro: FGV, 1955.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos, para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da Políticas*. São Paulo: Ática, 2004.

LINZ, Juan. Presidencialismo ou Parlamentarismo: faz alguma diferença? In: LAMOUNIER, Bolívar (org.). *A opção parlamentarista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 61 - 120.

LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Ed. Nova Fronteira, 2003.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro. *Revista Jurídica "9 de Julho"*, São Paulo, n. 2, p. 235, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Separação de Poderes no Brasil*. Brasília: PRND; São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

MONTESQUIEU, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

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

ROCA, Javier Garcia. Separacion de Poderes y Disposiciones Del Ejecutivo com Rango de Ley: maioria, minorias, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 7, n. 27, p. 7-28, 1999.

SALDANHA, Nelson. *Separação de Poderes*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1981.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Lisboa: Edições Afrontamento, 1996.

STERN, Klaus. O Juiz e a Aplicação do Direito. In: GRAU, Eros Roberto (Org.). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Celina. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: Processo Decisório, Conflitos e Alianças. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 513-560, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da Lei ou da Corte? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 70-77, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.