

# **Boletim Científico**

**Escola Superior do Ministério Público da União**

# O PODER CONSTITUINTE E A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA REFORMA DO JUDICIÁRIO

*Fabício Caser\**

**SUMÁRIO:** 1 Breve noção à teoria da tripartição de Poderes. 2 Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. 3. Poder Judiciário como salvaguarda do Estado Democrático de Direito. 4 Reforma da Constituição e seus limites. 5 Particularidade do órgão legislativo ordinário como titular do poder de revisão. 6 Inconstitucionalidade da Reforma do Poder Judiciário: a) por ausência de previsão de iniciativa ao Poder Judiciário para emendar a Constituição; b) por impossibilidade de o Poder Constituinte derivado reformar os Poderes constitucionais.

## 1 Breve noção à teoria da tripartição de Poderes

A teoria da tripartição de Poderes, ou melhor, tripartição de funções, concebida por Aristóteles e aperfeiçoada por Montesquieu, tem como base fundamental a criação de órgãos distintos e independentes uns dos outros para o exercício de certas e determinadas atividades.

A importância da doutrina de Montesquieu está na proposta de um *sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do Poder*. É o sistema de independência entre os órgãos do Poder e de *inter-relacionamento* de suas atividades, denominado de *freios e contrapesos*, a que alude a doutrina americana<sup>1</sup>.

Assim, *cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função e, secundariamente, as duas outras*. Da preponderância advém a tipicidade da função e da secundariedade, a atipicidade. *As funções típicas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário são, em razão da preponderância, legislar, executar e julgar, respectivamente*.

A independência entre os Poderes tem como significado o fato de cada um deles haurir suas competências no texto constitucional. Nenhuma norma infraconstitucional pode subtrair competências que foram estipuladas pelo constituinte<sup>2</sup>.

Uma conseqüência da independência dos Poderes é a *indelegabilidade de atribuições*. A independência supõe a separação, sendo ilógico supor que as funções atribuídas a órgãos distintos por uma vontade soberana (Assembléia Constituinte) e, portanto, acima da vontade dos órgãos criados, possam ser, a critério desses órgãos, delegadas de uns para outros<sup>3</sup>.

Para J. J. Canotilho<sup>4</sup>, a constitucionalística mais recente salienta que o *princípio da separação de Poderes* transporta duas dimensões complementares: a) a separação como

---

\* Fabrício Caser é Procurador da República no Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 119.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*, p. 121.

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*, p. 124.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 244.

divisão, controle e limite do poder – dimensão negativa; b) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas.

Para haver independência dos Poderes é essencial<sup>5</sup>:

- a) não serem nunca os órgãos de Poder confiados às mesmas pessoas;
- b) não ficar nenhum membro de qualquer dos Poderes à mercê de outro Poder;
- c) não poder nenhum órgão anular ou alterar as deliberações dos outros, em matéria de sua competência privativa.

## **2 Tripartição de Poderes na Constituição de 1988**

O Constituinte brasileiro de 1988 adotou toda essa estrutura teórica desenvolvida ao longo dos séculos, consagrando em seu art. 2º que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

E foram estabelecidas em diversos artigos dispersos no texto constitucional formas de inter-relacionamento e de contenção de Poderes, como, por exemplo, a nomeação pelo Presidente da República dos membros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, sob prévia aprovação do Senado Federal; o julgamento pelo Senado Federal dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República.

Verifica-se, pois, em um estudo do texto constitucional, a instituição de uma tripartição de Poderes com todas as características presentes na doutrina, com base na fórmula *checks and balances*.

## **3 Poder Judiciário como salvaguarda do Estado Democrático de Direito**

Em uma análise da tripartição de Poderes, verificamos que compete por naturalidade ao Poder Judiciário coibir abusos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo.

O Poder Judiciário tem precipuamente a função de julgar conflitos ou mesmo leis em tese no caso do controle concentrado de constitucionalidade. Desse modo, o Judiciário julga questões originadas por atos produzidos pelos outros Poderes, não se vislumbrando, inicialmente, um ato produzido diretamente pelo Poder Judiciário no exercício de sua função julgadora capaz de provocar danos a particulares ou mesmo possíveis abusos.

Assim, o Poder Judiciário, como instrumento de defesa do Estado Democrático de Direito, deve sofrer a menor interferência possível dos Poderes Executivo e Legislativo, quanto a sua estrutura e funcionamento.

## **4 Reforma da Constituição e seus limites**

O Poder Constituinte significa o poder de elaborar uma Constituição, compreendendo: o originário, que tem caráter inicial, porque produz originariamente o

---

<sup>5</sup> DÓRIA, Sampaio. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1953. t. 1, p. 271.

ordenamento jurídico; e o derivado, que é instituído na Constituição para o fim de proceder à sua reforma<sup>6</sup>.

A produção originária da ordem jurídica dá-se na hipótese de formação de um novo Estado (primeira Constituição), ou no caso de modificação revolucionária da ordem jurídica. A reforma normal, ao invés, dá-se na conformidade do processo previsto na Constituição e, por isso, apresenta uma continuidade ou desdobramento natural da vida jurídica do Estado<sup>7</sup>.

Assim, o Poder Constituinte derivado é uma competência regulada pelo direito positivo do Estado e o seu titular é um órgão estatal.

Na Constituição de 1988 foi adotado o sistema de revisão da Constituição em que é órgão revisor o legislativo ordinário, qual seja, o Congresso Nacional.

Para Paulo Bonavides<sup>8</sup>, o legislativo ordinário como órgão revisor eleva ao mais alto grau a adequação do Poder Constituinte ao sistema representativo, significando do mesmo passo uma quebra ou declínio da rigidez constitucional e da distinção entre o Poder Constituinte e Poderes constituídos.

Um dos aspectos de atuação do Poder Constituinte derivado é a Reforma da Constituição, que é processo técnico de mudança constitucional<sup>9</sup>. Trata-se de criação do Poder Constituinte originário, do qual o poder de reforma recebeu a incumbência de introduzir alterações na Constituição para afeiçoá-las às exigências do tempo. A reforma da Constituição decorre do Poder Constituinte derivado ou instituído, ocupando posição diversa do Poder Constituinte originário e do Poder Legislativo ordinário. Não dispõe da plenitude criadora do Poder Constituinte originário e se sobrepõe ao legislador ordinário.

Segundo Joaquim Canotilho<sup>10</sup>, citando K. Loewenstein, a fim de se evitar que o legislador ordinário tenha a Constituição à sua completa disposição, estabelecem-se requisitos tendentes a impedir que as maiorias parlamentares no Poder assumam poderes de revisão para moldar a Constituição de acordo com os seus interesses. Alguns desses requisitos, que são pertinentes ao presente tema, são os limites materiais.

As normas de revisão são qualificadas por J. J. Canotilho<sup>11</sup> como normas superconstitucionais, pois elas atestariam a superioridade do legislador constituinte, e a sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria *garantia* da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um ato constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional.

Para Raul Machado Horta<sup>12</sup>, o desconhecimento da natureza limitada do Poder Constituinte derivado, ou a prática da revisão total, quando ela não for expressamente prevista na Constituição, conduzirá ao que se denominou de “fraude à Constituição”.

<sup>6</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 29.

<sup>7</sup> Idem, *ibidem*, p. 29.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 183.

<sup>9</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 107.

<sup>10</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 941.

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*, p. 945.

<sup>12</sup> HORTA, op. cit., p. 108.

Uma distinção posta em relevo por H. Nef, citado por J. J. Canotilho<sup>13</sup>, é saber se uma lei de revisão poderá inserir na Constituição qualquer matéria e se poderão ser objeto de revisão todas as normas da Constituição.

Com relação ao primeiro problema, os limites inferiores, Canotilho esclarece que se deve considerar a talhante distinção entre matéria constitucional e matéria não-constitucional, sendo que a inexistência de uma reserva de matéria constitucional valerá também em sede de poder de revisão.

Já no que tange ao segundo ponto, os limites superiores, Canotilho<sup>14</sup> afirma que existem, efetivamente, limites ao poder de revisão, pois algumas normas da Constituição não podem ser objeto de revisão. A determinação das normas constitucionais que, por constituírem o *cerne da Constituição*, não podem, por exemplo, ser objeto de revisão.

J. J. Canotilho<sup>15</sup> propõe uma diferenciação entre os limites do poder de revisão, considerando como *limites expressos ou textuais* aqueles limites previstos no próprio texto constitucional. Existem, porém, limites não-articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em *limites textuais implícitos*, deduzidos do próprio texto constitucional, e *limites tácitos* imanentes numa ordem de valores prepositiva, vinculativa da ordem constitucional concreta.

A imposição desses limites, segundo J. J. Canotilho<sup>16</sup>, visa assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo, implicando, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total*, mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*. E se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do Poder Constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão.

As considerações acerca dos limites do poder de revisão pressupõem, segundo J. J. Canotilho<sup>17</sup>, a idéia de um sistema jurídico dotado de Constituição na qual existe um *núcleo constitutivo de identidade*. Assim, a identidade da Constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual”, surgindo, desse modo, o conceito de *desenvolvimento constitucional* para significar o conjunto de formas de evolução da Constituição e para exprimir aquilo que se poderá chamar a *garantia de identidade reflexiva*.

## **5 Particularidade do órgão legislativo ordinário como titular do poder de revisão**

J. J. Gomes Canotilho<sup>18</sup>, ao estabelecer os limites quanto ao titular do poder de revisão, propõe a existência de três tipos, quais sejam:

- a) o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário;
- b) o órgão de revisão é o órgão legislativo, mas a revisão exige a participação direta do povo;
- c) o órgão de revisão é um órgão especial, eleito especialmente para o efeito.

<sup>13</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 942.

<sup>14</sup> Idem, ibidem, p. 942.

<sup>15</sup> Idem, ibidem, p. 942.

<sup>16</sup> Idem, ibidem, p. 943.

<sup>17</sup> Idem, ibidem, p. 949.

<sup>18</sup> Idem, ibidem, p. 939.

Como vimos, o Poder Constituinte originário de 1988 outorgou ao Congresso Nacional, órgão legislativo ordinário, a titularização do poder de revisão.

Para impedir que o Congresso Nacional, ao atuar na condição de titular do poder de revisão como Poder Constituinte derivado, se sobrepusesse em relação aos Poderes Judiciário e Executivo, ferindo a separação dos Poderes na vedação de que nenhum órgão pudesse anular ou alterar as deliberações dos outros, em matéria de sua competência privativa, o Constituinte originário estabeleceu a separação dos Poderes como cláusula pétrea.

Nesse sentido, deve-se interpretar a cláusula pétrea da separação dos Poderes como uma limitação ao Congresso Nacional de mesmo na condição de Poder Constituinte derivado não se sobrepor aos outros Poderes.

## **6 Inconstitucionalidade da Reforma do Poder Judiciário**

### ***a) por ausência de previsão de iniciativa ao Poder Judiciário para emendar a Constituição***

A Constituição Federal, pelo Poder Constituinte originário, outorgou prerrogativas de iniciativa legislativa ao Poder Judiciário no que concerne aos diversos aspectos da sua estrutura, nos seguintes dispositivos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

[...]

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

[...]

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

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, ressalvado o disposto no art. 48, XV;

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

[...].

Observa-se, pois, que o Poder Constituinte originário fixou expressamente diversos princípios a serem estabelecidos no Estatuto da Magistratura, além de outorgar ao Poder Judiciário a iniciativa de propostas no que tange a sua estrutura funcional.

Assim, por meio de leis ordinárias e complementares, o Poder Judiciário pode alterar a sua estrutura e seu funcionamento dentro dos critérios estabelecidos na Constituição Federal.

Então, somente com a participação do Poder Judiciário é que o Poder Legislativo pode elaborar leis que tratem sobre matérias afetas ao Poder Judiciário.

Tal procedimento adotado pela Constituição Federal visa a preservar a cláusula da separação dos Poderes, independentes e harmônicos, consagrada no art. 2º da Constituição Federal.

No que tange, porém, à elaboração de emendas constitucionais, a Constituição Federal, em seu art. 60, estabeleceu que o processo legislativo tem seu início somente por proposta dos Poderes Legislativos, Federal e Estadual, e do Poder Executivo Federal, com a votação em cada Casa do Congresso Nacional, sendo promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Verifica-se, pois, no processo legislativo de emenda à Constituição, a inexistência de possibilidade de iniciativa do Poder Judiciário e a ausência de participação do Presidente da República na promulgação, bem como da possibilidade de veto.

Desse modo, a participação do Poder Judiciário no processo legislativo somente ocorre pela iniciativa das leis complementares e ordinárias, conforme preceituado no art. 61 da Constituição Federal.

Assim, observa-se que a Constituição Federal, ao não conferir a participação do Poder Judiciário na elaboração de emendas constitucionais, veio a consagrar, por um raciocínio lógico, que não se pode mudar a estrutura do Poder Judiciário estabelecida na Constituição Federal.

Isso porque, ao não permitir a possibilidade de o Poder Judiciário participar do processo de emenda à Constituição, o Poder Constituinte originário não consagrou a mesma harmonia prevista para a separação dos Poderes, estipulada na previsão do Poder Judiciário de participar na elaboração de leis ordinárias e complementares para definir o seu estatuto e estrutura em observância às normas constitucionais.

Pois presume-se que, adotando a Constituição Brasileira a cláusula da separação dos Poderes, independentes e harmônicos entre si, somente se poderia alterar a estrutura do Poder Judiciário prevista na Constituição com a participação do próprio Poder Judiciário no processo legislativo da emenda à Constituição, tal como ocorre com a elaboração das leis ordinárias e complementares que podem alterar a estrutura do Poder Judiciário com observância das normas constitucionais.

Desse modo, ao omitir tal participação do Poder Judiciário no processo legislativo de emenda à Constituição, implicitamente o Poder Constituinte originário vedou que pudesse o próprio Poder Judiciário propor qualquer alteração constitucional na sua estrutura, e conseqüentemente menos autorização teria ainda o Poder Legislativo em fazê-lo sem a participação do Poder Judiciário, tendo em vista que mesmo em leis infraconstitucionais reguladoras do Poder Judiciário a Constituição determinou a participação desse na

elaboração das leis, como forma de observância da harmonização entre os Poderes, consagrada pela cláusula da separação dos Poderes.

Assim, não outorgando ao Judiciário a possibilidade de iniciativa de emenda à Constituição, o Poder Constituinte originário vedou que o próprio Poder Judiciário pudesse propor modificações em sua estrutura constitucional, proibindo de forma absoluta a alteração dos artigos da Constituição que tratam do Poder Judiciário.

E, se nem mesmo o Poder Judiciário pode propor mudanças em sua própria estrutura constitucional, pelo princípio da separação dos Poderes, em razão da harmonia e independência, tampouco o Congresso Nacional pode fazê-lo.

### ***b) por impossibilidade de o Poder Constituinte derivado reformar os Poderes constitucionais***

O Poder Constituinte originário fixou no art. 60, § 4º, da Constituição Federal as denominadas cláusulas pétreas, que são matérias que não poderão ser objeto de emenda à Constituição tendente a aboli-las.

E entre as cláusulas pétreas encontra-se a separação dos Poderes.

Inicialmente, deve-se buscar qual o significado, a intenção e o alcance do Poder Constituinte originário em dispor a separação dos Poderes como uma cláusula pétrea.

O alcance da vedação de se abolir a separação de Poderes não se restringe somente pela possível supressão do art. 2º da Constituição Federal, o qual consagra que *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Isso porque tal supressão seria o ápice da quebra da separação dos Poderes, por ser realizado da maneira mais evidente e clara.

Desse modo, a existência da separação dos Poderes como cláusula pétrea visa a proteger não só aquela sua destruição explícita, mas, também, quaisquer outras formas ou atitudes adotadas pelo Poder Constituinte derivado que atinja e vulnerabilize a cláusula fundamental para o Estado Democrático de Direito da separação dos Poderes.

Assim, deve-se questionar a possibilidade de o Congresso Nacional, assumindo a condição de Poder Constituinte derivado, realizar emenda constitucional alterando a estrutura, o funcionamento e o controle dos outros Poderes da República Brasileira.

Pode-se analisar primeiramente sobre o ponto da igualdade de *status* entre os Poderes, no sentido de que nenhum dos três Poderes é superior aos demais, pelo que não poderia um alterar os outros sem o consentimento destes. Porém, pode-se contra-argumentar com base no fato de que o Poder Legislativo, ao emendar à Constituição, não estaria atuando como um dos Poderes do Estado, mas sim como manifestação do Poder Constituinte derivado.

Mas, mesmo estando diante de um Poder Legislativo atuando como Poder Constituinte derivado, ao autorizá-lo a alterar a estrutura dos Poderes Executivo e Judiciário estaríamos alçando-o ao nível de Poder Constituinte originário, o que ele não é, tendo em vista que temos a visão de que a definição e a estrutura dos Poderes e o inter-relacionamento entre eles, incluindo a forma de controle, somente pode ser realizada pelo Poder Constituinte originário.

Não se pode pensar em atribuir ao Poder Constituinte derivado a estipulação de um aspecto central da existência de um Estado Democrático de Direito, sobre o qual se fundamenta a Constituição Brasileira de 1988.



A estrutura dos Poderes e seus inter-relacionamentos estabelecidos na Constituição Brasileira conferem a ela um *núcleo constitutivo de identidade*, na expressão utilizada por J. J. Canotilho. E esse núcleo constitutivo de identidade só pode ser estipulado pelo Poder Constituinte originário, restando ao Poder Constituinte derivado, a partir desse núcleo, realizar o *desenvolvimento constitucional*, e não descaracterizar o próprio núcleo constitutivo de identidade.

Não foi por menos, então, que o próprio Poder Constituinte originário, com plena consciência disso, estipulou a separação de Poderes como cláusula pétrea, para fim de impedir qualquer discussão a respeito da possibilidade de o Congresso Nacional, como Poder Constituinte derivado, alterar as estruturas dos outros Poderes estabelecidos na Constituição.

Assim, qualquer emenda à Constituição realizada com a finalidade de alterar a estrutura do Poder Judiciário esbarra na cláusula pétrea da separação dos Poderes, que não se restringe apenas à vedação da possibilidade de se excluir o art. 2º da Constituição Federal, mas, sim, tem-se uma abrangência ampla e profunda, no sentido de impedir qualquer mudança constitucional sobre o Poder Judiciário.

E pode-se destacar que somente ao Poder Constituinte originário caberia definir a extensão e abrangência de como realizar a separação dos Poderes no Estado Brasileiro, não cabendo nem mesmo ao Poder Judiciário julgar, caso a caso, que alteração feriria ou não a cláusula da separação dos Poderes. Pois a forma definida da separação dos Poderes pelo Poder originário, como já mencionado, é o núcleo central da existência e funcionamento do Estado Brasileiro. Alterando-a, estar-se-ia modificando, conseqüentemente, a própria estrutura do país. E quem tivesse esse poder de alterá-la estaria atuando como se fosse um novo Poder Constituinte originário.

Pelo que, vale a pena novamente mencionar a impossibilidade de se atribuir ao Poder Constituinte decorrente a alteração de qualquer artigo na Constituição referente aos Poderes Executivo e Judiciário, devendo o Poder Judiciário julgar inconstitucional qualquer emenda à Constituição sobre tais alterações, ficando vedada a possibilidade de o Judiciário, assumindo um papel de Poder Constituinte originário, fixar o que afetaria ou não a separação dos Poderes.

## **Referências**

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DÓRIA, Sampaio. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1953. t. 1.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. 1.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.