VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

THAIS NOVAES CAVALCANTI

ALESSANDRA APARECIDA SOUZA DA SILVEIRA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alessandra Aparecida Souza da Silveira; Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Thais Novaes Cavalcanti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-500-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A presente publicação intitulada “Teoria Constitucional” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 8 de setembro de 2017, por ocasião do VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Braga, Portugal, nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

No supracitado Encontro, o referido GT apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT “Teorias da Democracia e Direitos Políticos” sob a coordenação da Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira (Universidade do Minho), dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB) e José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e da Professora Doutora Thais Novaes Cavalcanti (Universidade Católica de Salvador).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da “Teoria da Constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo”, entre outras, constituem a presente coletânea.

Assim, este Livro apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que convidam ao debate e acerca das constituições e, portanto, contribuem de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, o de levar à comunidade acadêmica e à sociedade em geral uma contribuição relativa à sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Profa. Dra. Alessandra Aparecida Souza da Silveira

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Thais Novaes Cavalcanti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: CONFLITOS E MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

THE SEPARATION OF POWERS PRINCLIPLE: CONFLICTS AND THE INCONSTITUTIONAL MUTATION

Thais Novaes Cavalcanti [1]
Renato Augusto de Almeida [2]

Resumo

O presente artigo pretende expor os conflitos existentes entre os poderes Legislativo e Judiciário, analisando algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro, destacando o fenômeno possível da mutação inconstitucional. Para esta análise são apresentados os conceitos clássicos da teoria da separação dos poderes presentes em Montesquieu, no livro O espírito das leis e Alexander Hamilton, John Jay e James Madison no Federalist papers. A estrutura da Constituição Federal brasileira de 1988 no âmbito da separação dos poderes é apresentada em contraponto ao princípio da supremacia do Constituição.

Palavras-chave: Teoria da separação dos poderes, Poder legislativo, Poder judiciário, Supremacia da constituição, Mutação inconstitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to expose existing conflicts between the Legislative and Judiciary powers, analyzing some recent decisions of the Brazilian Federal Supreme Court, highlighting the possible phenomenon of inconstitutional mutation. For this analysis are presented the classic concepts of the separation of powers present in Montesquieu, on The spirit of the law and Alexander Hamilton, John Jay and James Madison on Federalist papers. The structure of the Brazilian Federal Constitution of 1988 in the scope of the separation of powers is presented as a counterpoint to the principle of supremacy of the Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers theory, Legislative power, Judiciary power, Supremacy of the constitution, Inconstitutional mutation

---

[1] Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora do programa de Mestrado em Direito do UNIFIEO e da Universidade Católica de Salvador, advogada.

[2] advogado, mestrando em Direitos Fundamentais pelo UNIFIEO, secretario do grupo de estudos de Teoria Geral do Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Introdução

O presente trabalho, ao analisar os conflitos e tensões existentes entre os Poderes Legislativo e Judiciário, tem como objetivo discorrer sobre tal panorama sobre o espectro da teoria da separação dos poderes e da mutação inconstitucional.

Inicialmente serão apresentadas as doutrinas clássicas de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, e *O Federalista*, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, para compreensão da formação da teoria da separação dos poderes, passando pelo estudo da estrutura da Constituição Federal brasileira de 1988 quanto às funções típicas e atípicas dos poderes Legislativo e Judiciário.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal será estuda sob a ótica de dois casos específicos, destacados em razão da sua relevância no conflito entre poderes: as decisões na Ação Penal 470 (AP470) e na Reclamação 4.335-5/AC. A análise será feita sob o aspecto do conflito entre a teoria da Constituição e o fenômeno da mutação constitucional. Como marco teórico será utilizada a obra Processos informais de mudança da Constituição da professora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

Entende-se que o estudo em conjunto das fontes bibliográficas mencionadas no parágrafo acima tem o condão de fornecer as mais ricas bases para se chegar a uma conclusão plausível acerca da celeuma instaurada entre os dois poderes, assim como para encontrar uma solução para as problemáticas atuais em consonância com o ordenamento constitucional brasileiro, como exemplo para outros países também.

1. Aspectos da separação de poderes: breve análise dos Poderes Legislativo e Judiciário.

A Teoria da Separação de Poderes teve ampla fundamentação por Montesquieu, escritor francês do século XVIII, em *O Espírito das Leis*.

Na obra referida, MONTESQUIEU (1996, p. 168) discorre sobre a relevância da separação dos poderes a um Estado, a saber:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo é reunido ao executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do legislativo e do executivo. Se estivesse junto com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria

> o legislador. Se estivesse junto com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Em suma, o autor postula que os três poderes, quando reunidos nas mãos de uma única pessoa, não possibilita a existência de liberdade alguma. É o exemplo de que Montesquieu (1996, p. 168) se vale ao mencionar as Repúblicas da Itália, onde os três poderes encontravam-se reunidos na mesma pessoa. Neste exemplo, o magistrado poderia acumular as funções de executar o cumprimento das leis e de legislar, sendo que tal figura política poderia controlar arbitrariamente a vida e a liberdade de todos os cidadãos.

É possível que as ideias propostas por Montesquieu encontrem respaldo nos escritos da Revolução Francesa, como afirma BRANCO (2015, pp. 44 e 45):

> (...) Na Europa, a Revolução Francesa havia assumido a tarefa de superar todo o regime político e social do Antigo Regime. O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço. De toda forma, punha-se o problema de como o povo se faria ouvir, de como a sua existência política se expressaria na sociedade.
>
> O exercício da vontade suprema do povo é, então, reconhecido aos seus representantes no Legislativo. Sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição.
>
> O Parlamento passa a ser a sede de defesa dos interesses do povo, e esses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual e da propriedade, que não encontravam amparo adequado sob o regime monárquico absolutista.
>
> Proclamava-se que os valores da liberdade somente seriam eficazmente garantidos se houvesse a consagração da separação de Poderes, de tal sorte que uma esfera do poder poderia frear os excessos de outra, obviando situação em que um mesmo órgão pudesse elaborar normas gerais e implementá-las na prática. (...)

Mesmo considerando que o conceito de povo na Revolução Francesa estava mais próximo da ideia de ‘vontade geral da nação’, a proposta de delimitar as esferas de poder com

funções específicas torna-se o ponto central de inovação: assim a função de fazer as leis caberia ao legislativo; à execução das resoluções públicas seria de competência precípua do executivo; por fim, ao judiciário cabe o dever de julgar os casos que chegassem às cortes locais e competentes.

1.1. Da Soberania do Parlamento sob a Ótica do *Parliamentary Sovereignty*.

Sob o prisma da separação de poderes aduzido na obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu, pode-se estudar o Poder Legislativo perante a ótica do *Parliamentary Sovereignty*, de construção do direito britânico, e intimamente ligada à teoria escorreita pelo autor francês.

O *Duhaime's Law Dictionary*, em seu *website*, define o *Parliamentary Sovereignty* como uma regra peremptória do direito constitucional que confere ao Poder Legislativo a competência para estabelecer leis, ao contrário do Poder Judiciário[1]. Na mesma toada, o verbete *Parliamentary Sovereignty* também pode ser denominado como *Parliamentary Supremacy*, sendo esta a regra na qual o Parlamento tem o poder para fazer ou revogar qualquer lei a qualquer tempo[2].

O sítio eletrônico do Parlamento do Reino Unido, por sua vez, vem a conceituar *Parliamentary Sovereignty* como:

> (...) um princípio da constituição do Reino Unido. Faz do Parlamento a autoridade legal suprema no Reino Unido, podendo criar ou revogar qualquer lei. Geralmente, as cortes não podem revogar a respectiva legislação e nenhum Parlamento pode passar leis das quais os futuros parlamentares não poderão mudar. A Soberania Parlamentar é a parte mais importante da constituição do Reino Unido[3].

---

[1] Tradução livre da definição dada pelo *Duhaime's Law Dictionary*. Disponível em: <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/ParliamentarySupremacy.aspx>. Acesso em 20 Nov. 2016.

[2] Definição dada pelo Justice John D. Murphy quando do julgamento pela Suprema Corte de Nova Scotia do caso *Cape Breton (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2008 NSSC 111, na data de 23 Abr. 2008. Disponível em: <http://www.canlii.org/en/ns/nssc/doc/2008/2008nssc111/2008nssc111.html>. Acesso em 20 Nov. 2016.

[3] Tradução livre de trecho referente à *Parliamentary Sovereignty* disponível no site do Parlamento do Reino Unido. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty/>. Acesso em 20 Nov. 2016.

No tocante à ideia de soberania parlamentar descrita no parágrafo acima, há de se mencionar o Parlamento de Simon de Montfort[4], este sendo:

> (...) a primeira instância de um parlamento no qual os representantes de cidades e condados se reuniam para discutirem matérias de relevância nacional. Este foi tido como o precursor do Parlamento moderno devido à inclusão de cavaleiros e burgueses, ampliando-se assim os tipos de pessoas que representavam e participavam de interesses nacionais em uma nivelação maior. No caso em tela, a discussão perpassava a temática da taxação.

Além do mais, pode-se dizer que a ideia de Parlamento estabelecida por Simon de Montfort foi significativa. À medida que Montfort convocava representantes de condados e cidades ao parlamento, estes formariam, eventualmente, a *House of Commons* no século XIV[5]. Pode-se dizer que a base de uma democracia mais representativa e vivenciada nos dias atuais pela composição da *House of Commons* advém da formatação dada por Simon de Montfort.

Face à significação dada à Soberania do Parlamento que se coaduna com a teoria de Montesquieu no tocante a relevância conferida ao Poder Legislativo, torna-se imperioso traçar um paralelo entre a questão atinente entre este e o Poder Judiciário quanto à possibilidade de conflitos e tensões que podem existir.

1.2. O Poder Judiciário sob a ótica de O Federalista e do Julgamento do Caso Marbury v. Madison.

Uma vez analisada a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu tratada em *O Espírito das Leis* e a questão concernente à soberania Parlamentar, acaba por se tornar relevante o estudo do Poder Judiciário de modo a entender eventuais conflitos insurgentes entre os legisladores e a magistratura.

No *Federalist Paper* de número 78, HAMILTON (2003, p. 458) vem a discorrer o que se segue acerca do Poder Judiciário:

> Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma

---

[4] Tradução livre de trecho referente ao Parlamento de Simon de Montfort. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/simondemontfort/>. Acesso em 20 Nov. 2016.

[5] Tradução livre de trecho referente ao Legado do Parlamento de Simon de Montfort. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/simondemontfort/demontfortlegacy/>. Acesso em 20 Nov. 2016.

> natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade**,** apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.

Ainda no decorrer da mesma obra e no mesmo *paper*, HAMILTON (2003, p. 460) ainda refere-se ao poder do povo como sendo superior tanto ao do Poder Judiciário quanto à vontade do próprio legislativo. Sendo a Constituição considerada como lei fundamental, afirmando que onde houver leis contraditórias com a Carta Maior, cabe aos magistrados declarar a inconstitucionalidade dos diplomas legais fora de consonância.

Para confirmar esse enunciado, consta o caso *Marbury v. Madison*, datado este do ano de 1803, em que o juiz John Marshall proferiu o seguinte julgamento[6]:

> (...) Os poderes do Legislativo são definidos e limitados; e tais limites não podem ser esquecidos, uma vez que a Constituição é escrita. Por qual motivo os poderes são limitados, e por qual motivo a referida limitação está escrita, (...) A distinção entre a um governo com poderes limitados e ilimitados está abolida se os referidos limites não confinarem as pessoas a quem elas colocaram no poder, e se os atos proibidos e os atos permitidos são de igual obrigação. É uma proposição tão rasa para ser contestada que a Constituição controla qualquer ato legislativo repugnante, ou aquele legislador que altere o texto constitucional pela via ordinária.
>
> Para essas alternativas não há meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior e imutável pela via ordinária, ou está no mesmo nível das leis ordinárias, assim como qualquer outro ato, podendo ser alterada quando o legislador bem entender.
>
> (...)
>
> Certamente todos aqueles que escreveram Constituições contemplavam-nas como formadoras da lei fundamental de uma nação, e consequentemente a teoria de qualquer governo deve ser de que um ato legislativo repugnante à Constituição é inválido.

[6] Tradução livre de trechos da decisão do caso *Marbury v. Madison*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em 21 Nov. 2016.

> Essa teoria é essencialmente ligada à Constituição escrita, e consequentemente considerada por esta Corte Suprema como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. Não deve ser, portanto, perdida nas futuras alusões ao texto constitucional.
>
> Se um ato do Legislativo repugnante à Constituição é nulo, deve ele, considerando a sua invalidade, obrigar as cortes inferiores a dar efeito a tal ato? Ou, em outras palavras, apesar de não ser lei, tal ato legislativo constitui uma regra tão operativa como se lei fosse? (..)
>
> Enfaticamente, é do dever do Poder Judiciário em dizer o que vem a ser lei. Aqueles que aplicam a regra ao caso concreto devem interpretar a regra. Se duas leis conflitarem entre si, as Cortes devem decidir quanto à operacionalidade de cada uma delas.
>
> (...)
>
> Se as Cortes decidirem por dar aplicabilidade à Constituição, e assim dizer que esta é superior a que ato ordinário do legislativo, é a Constituição que deve prevalecer quando da análise de um caso concreto.
>
> Aqueles que, ao contrário, contestam o princípio de que as Constituições devem ser consideradas pelos tribunais direito supremo são obrigados a admitir que as Cortes devem fechar os olhos diante da Constituição e enxergar apenas as leis.
>
> Essa doutrina subverteria o próprio fundamento de todas as Constituições escritas. Afirmaria um ato que, conforme os princípios e a teoria de nosso governo é totalmente nulo, torna-se, na prática, plenamente obrigatório. Afirmaria que, se o Legislativo fizer aquilo que é expressamente proibido, tal ato, apesar da proibição expressa, vigora na realidade. Daria ao Legislativo uma onipotência prática e rela com o mesmo ímpeto com o qual estabelecia estreitos limites para os seus poderes. Prescreveria limites e declararia que tais limites podem ser livremente ultrapassados.

O raciocínio utilizado por Marshall apresenta duas proposições, que são excludentes entre si: se a Constituição é lei suprema não pode ser modificada por meios ordinários e portanto, leis que são contrárias a ela, são nulas; ou a Constituição está no mesmo nível das leis ordinárias e portanto as Constituições escritas não seriam capazes de limitar o poder e estabelecer as regras fundamentais do Estado. Considerando a primeira assertiva como correta, a Constituição é lei fundamental e suprema da nação e pode, portanto, estabelecer que o poder judiciário possa interpretar leis e deixar de aplica-las sendo contrárias à constituição.

O caso *Marbury x Madison* evidenciou a superioridade da Constituição e demonstrou que o poder Judiciário é órgão competente para analisar a validade das leis frente a Constituição.

1.3. A ideia de Supremacia da Constituição

Um dos propósitos da Constituição é delinear os limites dos três poderes, bem como consolidar a ideia de representatividade quando se trata das funções exercidas pelo Poder Legislativo. Este, por sua vez, contém os mais diversos tipos de pessoas que representam e participam de interesses nacionais, em função de sua própria composição.

Desde logo, é a partir da consolidação da teoria da separação dos poderes que torna-se possível adentrar à ideia de Supremacia da Constituição, que vem a ser abordada por FERRAZ (2015, pp. 288 a 306). A Constituição Federal brasileira, escrita e rígida, aduz em seu texto fundamentações de ordem formal, ética e valorativa. Valores fundamentais nela consagrados, como o da limitação dos poderes, vêm escorreitos constantemente, com destaque em especial para o princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Carta Maior brasileira (BRASIL, 1988).

A questão da Supremacia da Constituição já foi objeto de julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro, tomando a seguinte decisão:

> (...) O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes[7].

HESSE (1991, p. 19), trata o texto constitucional como uma "norma jurídica inquebrantável". A imposição de tarefas, como no caso da intervenção do Poder Judiciário no exercício típico de suas funções, transforma-se em força ativa caso existam disposições a orientar a vontade da Constituição concretamente.

É nesse sentido que a Teoria da Separação dos Poderes estabelecida por Montesquieu corrobora-se com que foi descrito nos parágrafos acima. A Supremacia da Constituição pode ser afirmada quando há a adesão à Lei Maior, razão pela qual há de se abordar questão da

[7] Julgamento do Mandado de Segurança 23.452. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>. Acesso em 22 Nov. 2016.

separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro e a realidade fática que se presencia dos conflitos e tensões entre os dois poderes.

2. Do Princípio da Separação de Poderes na Ordem Constitucional Brasileira de 1988.

A concepção adotada pelo Poder Constituinte Originário brasileiro, quando da edição da Constituição Federal brasileira de 1988, coaduna-se com a Teoria da Separação de Poderes descrita por Montesquieu em *O Espírito das Leis*. Tal afirmação pode ser convalidada pela leitura do artigo 2º da Carta Maior brasileira (BRASIL, 1988), constituindo-se como Poderes da União, com funcionamentos independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo, e o Judiciário. O dispositivo legal em comento ganha relevância quando a Carta Maior brasileira estabelece no inciso III do parágrafo quarto do artigo 60 (BRASIL, 1988) que a proposta de emenda com o propósito de abolir a separação dos poderes não será objeto de deliberação.

No que toca ainda ao artigo 2º da Carta Maior brasileira, este menciona que os Poderes da União têm funcionamentos independentes e harmônicos entre si. Para SILVA (2010, p. 110), funcionamento independente consiste no fato de um poder não precisar consultar os outros para o exercício de suas atribuições e organizar seus respectivos serviços, em observância ao discorrido no texto constitucional. A independência entre os poderes vem estabelecida conforme o julgamento em tela da Corte Suprema brasileira:

> Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes[8].

A harmonia entre os poderes, por sua vez, reside na concepção de que a divisão de funções entre os órgãos do poder não acaba por ser absoluta, de modo que a interferência entre os poderes trata de estabelecer um sistema de freios e contrapesos com o propósito de evitar o

[8] Julgamento do Mandado de Segurança 22.690. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393968>. Acesso em 22 Nov. 2016.

arbítrio por parte de um dos poderes. A título do que foi discorrido, a Suprema Corte Brasileira adota o seguinte entendimento:

> O Ministério Público pode deflagrar o processo legislativo de lei concernente à política remuneratória e aos planos de carreira de seus membros e servidores. Ausência de vício de iniciativa ou afronta ao princípio da harmonia entre os Poderes (art. 2º da Constituição do Brasil)
>
> (...)
>
> (...) Embora a lei atacada tenha sido editada no ano de 1.991, guarda harmonia com a modificação introduzida no texto do artigo 127, §2º, da Constituição, em 1988, a partir de quando foi conferida ao Ministério Público a iniciativa de leis concernentes à política remuneratória e aos planos de carreira de seus membros e servidores, (...). Não subsiste qualquer afronta ao princípio da harmonia entre os poderes[9].

Pode-se perceber assim que o aspecto da teoria da Separação dos Poderes vigora no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a teoria em comento não vem sendo no exercício típico das funções legislativa e judiciária, havendo assim uma afronta ao princípio da harmonia entre os poderes. É nesta toada que analisa-se a figura do Poder Judiciário especialmente no tocante aos conflitos e tensões entre este e o Poder Legislativo no exercício de suas atribuições.

3. A Figura do Poder Judiciário Brasileiro com base na Teoria da Separação de Poderes.

A figura do Poder Judiciário brasileiro, quando da análise de sua Corte Suprema, tem como marco histórico sob a concepção republicana a Constituição de 1891, sendo esta a primeira de tal natureza. FERRAZ (2013, p. 1060-1067) trata de tangenciar a questão do poder em comento sob a ótica do controle de constitucionalidade, introduzindo:

> (...) no plano constitucional brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade, inspirado no modelo do *judicial review* criado nos Estados Unidos da América. Tratava-se de um controle do ato inconstitucional realizado no caso concreto, por todo e qualquer juiz. A decisão proferida no caso *sub judice* reconhecia a inconstitucionalidade da lei ou do ato questionado pela parte e afastava a sua aplicação *in casu*, com efeitos *ex tunc*. Isto porquanto o ato inconstitucional – na construção da doutrina clássica

[9] Voto do Ministro Relator Eros Grau no Julgamento da ADI 603/RS no Supremo tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266438>. Acesso em 22 Nov. 2016.

> norte-americana, adotada no Brasil por influência de juristas entre os quais Rui Barbosa – é nulo, irrito, e não produz nenhum efeito.

A Constituição Federal de 1934, por sua vez, acabou por trazer uma inovação importante relevância prática no inciso IV do artigo 91, competindo ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pela Corte Suprema (BRASIL, 1934).

A disposição constitucional descrita no parágrafo acima tem disposição praticamente semelhante na Constituição Federal em vigor no inciso X do artigo 52 (BRASIL, 1988), competindo privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Apercebe-se assim que a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro acaba por ficar adstrita ao crivo do legislador, ora Senado Federal, quando vem a declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Diante do dispositivo legal em comento, bem como do papel de responsabilidade para com a guarda da Lei Fundamental por parte da Corte Suprema brasileira à luz de O Federalista (v. 1.2), acabam-se instaurando conflitos e tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário cotidianamente.

4. Os Conflitos e Tensões existentes entre os Poderes Legislativo e Judiciário e a Mutação Inconstitucional.

4.1. Da Ação Penal 470.

À guisa do discorrido sobre os aspectos da Separação dos Poderes e a figura do Judiciário sob este espectro, torna-se relevante discutir os aspectos cotidianos dos conflitos e tensões entre os poderes em comento.

FERRAZ (2016, pp. 201 a 209) aduz a recente Ação Penal 470 onde, num primeiro momento, os ministros da Corte Suprema brasileira entenderam que a cassação de parlamentares pela prática de crimes deveria ser imediata, independentemente de manifestação do Congresso Nacional, de modo que a este caberia apenas o dever de formalizar a declaração

da perda de mandato. Analisando-se os artigos 14, §3º, II[10], 15, III[11], 55, IVe VI[12], e 102, I, b[13], todos da Constituição Federal, o Ministro Marco Aurélio, da referida Corte Suprema brasileira, entendeu que a perda ou suspensão dos direitos políticos é automática, não havendo a necessidade de qualquer manifestação das Casas Legislativas sobre o assunto.

No entanto, o entendimento em comento foi alterado, face à nova composição do Supremo Tribunal Federal, que foi acrescida dos Ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso. Estes acabaram por aderir aos votos vencidos, que postulavam caber ao Parlamento a decisão de cassar o mandato de parlamentar condenado por sentença criminal. Tal entendimento acaba por ser controverso, tendo em vista que o parlamentar, estando preso por decisão criminal transitada em julgado, fica impossibilitado de exercer suas atividades parlamentares e seus direitos políticos, mas ainda conservando seu mandato político (FERRAZ, 2016, p. 208).

Conforme se pode aperceber da análise da respectiva ação penal, o conflito entre o Legislativo e o Judiciário torna-se patente, de modo a dar azo a diversos conflitos e à insegurança jurídica, que podem resultar numa série de mutações inconstitucionais, em razão da atuação desmedida por parte de ambos os poderes.

4.2. Da Reclamação 4.335-5/AC e a Mutação Inconstitucional.

Em que se pese a temática dos conflitos e tensões entre o legisladores e magistrados perpassar pela ação penal em comento, houve ainda um outro fato ventilado que suscita a tensão entre ambos os poderes. Deflagrada pela Reclamação 4.335-5/AC, o Ministro Gilmar Mendes entendeu por equiparar a extensão dos efeitos de decisão jurisdicional, proferida em controle difuso, aos da decisão em controle concentrado, ambas pelo STF.

Face à interpretação do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, o referido Ministro entende ser dispensável a participação do Senado Federal restringe-se apenas à função de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, que produziria assim efeitos *erga omnes*.

---

[10] (...) §3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: II - o pleno exercício dos direitos políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 Nov. 2016.

[11] Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 Nov. 2016.

[12] Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; (...) VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 Nov. 2016.

[13] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 Nov. 2016.

O Ministro Eros Grau, da mesma corte e pronunciando-se acerca da referida Reclamação, discorre o seguinte, adentrando-se especificamente ao estudo do termo *Mutação Constitucional*:

> (...) é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Em comento à atuação do Supremo Tribunal Federal, analisado sob o prisma dos votos de Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4.335-5/AC, o jurista Ives Gandra da Silva Martins[14] discorre que a democracia brasileira, que se embasa no equilíbrio entre os três poderes, não pode ter a prevalência de um poder sobre os outros, com o risco de haver um excessivo protagonismo judicial, por exemplo.

Diante do crescente dos votos dos referidos ministros e o conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário, há de se ressaltar a questão da mutação inconstitucional, ofendendo-se a supremacia formal e material do texto constitucional. A violação do sentido literal da constituição escrita pode ocorrer tanto pela atuação do legislador quanto pela interpretação judicial, de modo que ambos colocam-se acima da Constituição, e, por conseguinte, alterar ou violar a Carta Maior (SARLET, 2015, p. 159).

FERRAZ (2015, p. 254), discorre que as mutações inconstitucionais:

> (...) revelam-se na prática constitucional de duas maneiras: ou são facilmente perceptíveis porque contrariam a Constituição de modo manifesto e inequívoco e, não obstante, sobrevivem e persistem na vida constitucional dos Estados. Essas mutações constituem o grupo dos processos manifestamente inconstitucionais ou se trata de mutações que contrariam a Constituição de modo pouco perceptível: a inconstitucionalidade, nesses casos, decorre, principalmente, da ideia de que a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com a Lei Fundamental.

---

[14] Texto disponível em: <http://www.mundolusiada.com.br/colunas/sociedade-brasileira/a-democracia-brasileira-e-o-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em 21 Nov. 2016.

FERRAZ (2015, p. 250) ainda postula que as mutações constitucionais:

> (...) devem ser admitidas, qualquer que seja o veículo adotado, sempre e desde que se cogite de adaptar, nos limites fixados, a Constituição a novas realidades, pois nada é mais conforme ao espírito da Constituição do que ser ela aplicada integral e efetivamente.
>
> (...)
>
> Mas o caminho aberto às adaptações constitucionais não deve servir de veículo para violações constitucionais, pretendidas ou não, intencionais ou não.

Deste feita, as denominadas mutações inconstitucionais, face aos conflitos e tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário discorrido no deslinde do presente artigo, acabam por ocorrer com frequência indesejada, o que macula a o funcionamento harmônico dos três poderes, bem como instaura-se relevante insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Conclusão

Diante do deslinde do presente artigo, com base nos estudos concernentes à Teoria da Separação dos Poderes conclui-se que o conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário traz enorme insegurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro em razão das mutações inconstitucionais decorrentes das atuações de ambos cotidianamente.

O Estudo sobre a Teoria da Separação dos Três Poderes, analisada num primeiro momento, permitiu uma análise com acuracidade sobre as funções e atribuições dos Poderes Legislativo e Judiciário. Pode-se dizer que ambos têm função significativa numa democracia quando observam suas respectivas funções, gravitando sempre em torno da Supremacia da Constituição, de modo a se respeitar a vontade e os valores constitucionais consagrados na Lei Fundamental brasileira.

É a partir dos estudos teóricos em comento que o artigo trata de perpassar pelo princípio da separação dos poderes descrito no artigo 2º da Constituição Federal brasileira, de que os Poderes da União tenham um funcionamento independente e harmônico entre si. Por funcionamento harmônico, especificamente, entende-se que a interferência entre os poderes tem o condão de evitar o arbítrio por parte de um dos poderes.

No entanto, apesar da Lei Fundamental brasileira estipular o respectivo funcionamento dos três poderes, observam-se conflitos e tensões entre eles, especialmente entre o Legislativo e o Judiciário. Os casos fáticos trazidos à tona no deslinde do presente artigo mostram que a desarmonia entre os dois poderes resulta numa atuação desconforme ao ordenamento constitucional brasileiro, especialmente pela análise da Ação Penal 470 e da Reclamação 4.335-5/AC. Analisando-se ambas, percebe-se o patente conflito entre os poderes e a falta de adesão ao texto constitucional, de modo que as inconstitucionalidades tornam-se flagrantes e temerosas à supremacia da constituição.

A partir da análise dos casos em comento, adentra-se ao estudo da mutação constitucional. Esta, segundo o Ministro da Suprema Corte brasileira Eros Grau, consiste na transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado textualmente. O intérprete acaba por extrair do texto norma diversa daquelas originariamente involucradas, em estado de potência. No entanto, quando o intérprete acaba por violar o sentido da constituição escrita, acaba-se por violar a supremacia formal e material do texto constitucional.

Deste feita, as denominadas mutações inconstitucionais, face aos conflitos e tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário discorrido no deslinde do presente artigo, acabam por ocorrer com frequência indesejada, o que macula a o funcionamento harmônico dos três poderes, bem como instaura-se relevante insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Desde logo, torna-se necessário que legisladores e magistrados adstrinjam-se às suas típicas funções estabelecidas na Carta Maior da República Federativa do Brasil, em obediência ao princípio da Separação dos Poderes. Além do mais, a ideia de mutação constitucional, em razão do conflito instaurado entre ambos os poderes nos casos práticos analisados, tem o condão de resultar numa série de mutações inconstitucionais.

Entende-se que, diante do conflito existente e da desarmonia entre os dois poderes supracitados, instaura-se uma problemática de grande perigo para a sistemática constitucional brasileira, haja vista que um poder irá procurar prevalecer perante os outros, de modo a fazer valer o seu arbítrio, o que vai totalmente de desencontro com a Teoria da Separação dos Poderes e o funcionamento harmônico destes no ordenamento jurídico pátrio. Assim, a instrumentalização de novas formas de controlar os Poderes da União torna-se necessária, de modo a preservar o espírito da Constituição e arrefecer os conflitos existentes.

Bibliografia

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *in* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 21 Nov. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 Nov. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade 603. Relator: Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 17.08.2006, DJ 06.10. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266438>. Acesso em 22 Nov. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança 23.452. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 16.09.1999, DJ 12.05.2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>. Acesso em 22 Nov. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança 22.690. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 17.04.1997, DJ 07.12.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393968>. Acesso em 22 Nov. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação 4.335-5/AC. Voto Vista Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em 22 Nov. 2016.

CANADA. **Duhaime's Law Dictionary. Parliamentary Supremacy Definition.** Disponível em: <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/ParliamentarySupremacy.aspx.>. Acesso em 20 Nov. 2016.

_____. **The Canadian Legal Information Institute. Cape Breton (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Attorney General), 2008 NSSC 111.** Disponível em: <http://www.canlii.org/en/ns/nssc/doc/2008/2008nssc111/2008nssc111.html>. Acesso em 20 Nov. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Legal Information Institute. Marbury v. Madison.** Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em 21 Nov. 2016.

FERRAZ, Anna Cândida Da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2ª Ed. Osasco: Edifieo, 2015.

_____. **A Banalização das Inconstitucionalidades no Brasil** *in* NETO, José Francisco Siqueira; PASIN, João Bosco Coelho; PINTO; Felipe Chiarello de Souza. Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 Anos do Humanista. São Paulo: Editora IASP, 2015, pp. 288 a 306.

_____. **Comentários ao Inciso X do art. 52 da Constituição de 1988** *in* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Jurisdição Constitucional: Conflitos e Tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo**. Espaço Jurídico: Journal of Law [EJJL], [S.l.], v. 17, n. 1, p. 187-212, jun. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/5805.>. Acesso em: 22 Nov. 2016.

HAMILTON, Alexander *in* HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOHN, Jay. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003, *Paper nº* 78, pp. 457 a 463.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Democracia Brasileira e o Supremo Tribunal Federal**. *Mundo Lusíada*. 02 nov. 2016. Disponível em: <http://www.mundolusiada.com.br/colunas/sociedade-brasileira/a-democracia-brasileira-e-o-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em 21 Nov. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REINO UNIDO. **United Kingdom Parliamentary Sovereignty**. *Parliament UK*. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty/>. Acesso em 20 Nov. 2016.

_____. **Living Heritage. United Kingdom Simon de Montfort's Parliament.** *Parliament UK*. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/simondemontfort/>. Acesso em 20 Nov. 2016.

_____. **Living Heritage. United Kingdom Simon de Montfort's Parliament Legacy**. *Parliament UK*. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/simondemontfort/demontfortlegacy/>. Acesso em 20 Nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang *in* SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 159.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.