

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

ADRIANA CECILIO MARCO DOS SANTOS

**O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS
NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

2021

ADRIANA CECILIO MARCO DOS SANTOS

**O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS
NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação de mestrado apresentada à Diretoria do Programa de Pós-Graduação – Stricto Sensu em Direito – da Universidade Nove de Julho como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor.

São Paulo

2021

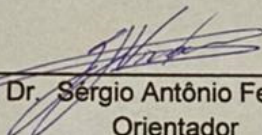
Adriana Cecilio Marco dos Santos

**O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE FREIOS E
CONTRAPESOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO**

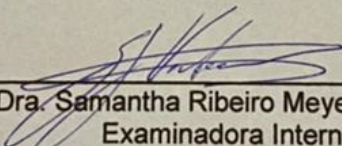
Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em
Direito da Universidade Nove
de Julho como parte das
exigências para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

São Paulo, 19 de abril de 2021.

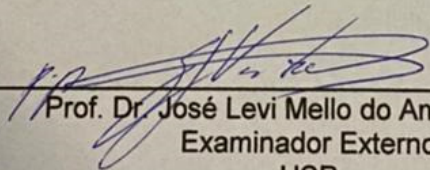
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Sergio Antônio Ferreira Victor
Orientador
UNINOVE



Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Plfug Marques
Examinadora Interna
UNINOVE



Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Junior
Examinador Externo
USP

Santos, Adriana Cecilio Marco dos.

O funcionamento do sistema de freios e contrapesos no âmbito do poder judiciário. / Adriana Cecilio Marco dos Santos. 2021.

164 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

Orientador (a): Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor.

Para minhas filhas Anita e Anna Carolina, o amor que me transbordou, fortaleceu e lapidou. Sou quem eu sou e o que sou, por ser mãe de vocês. Foi essa força que me fez nunca desistir diante dos desafios.

À Amelie e Philó; Adam, Athena e Adelaide *in memoriam*, pela companhia e amor incondicionais.

“Se esta obra lograr êxito, devê-lo-ei, em grande parte, à grandiosidade do assunto; no entanto, não creio que me haja faltado o gênio. Quando vi que tantos homens notáveis, na França, na Inglaterra e na Alemanha escreveram antes de mim, admirei suas obras, porém não perdi a coragem.

E, como Correggio, disse: ‘E eu também sou pintor’.”

(Correggio pronunciou essas palavras diante de um quadro de Rafael, momento que o fez descobrir sua vocação).

Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu.

AGRADECIMENTOS

Eu agradeço a mim por não ter desistido, apesar dos tantos e tamanhos obstáculos no caminho. Foram cinco anos de Mestrado, um ano cursado na Universidade de São Paulo (USP), sendo um semestre como aluna ouvinte e outro como aluna especial; um ano e meio na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como aluna regular; e quase dois anos e meio na Universidade Nove de Julho (UNINOVE), onde finalmente estou conseguindo concretizar o meu sonho.

Aos meus alunos e alunas, digo que nunca me faltou ânimo para estudar, pelo contrário. Mas a vida é repleta de desafios, pessoais e financeiros, que por vezes nos afastam do objetivo que traçamos. A cada empecilho, é preciso responder com tenacidade, demonstrando resiliência. Para alcançar o êxito, é essencial não desistir. O presente trabalho é fruto de intenso estudo e reflexão, de numerosas leituras e muita dedicação. Rogo que o leiam com o mesmo devotamento com o qual ele foi escrito.

Agradeço penhoradamente ao estimado Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que sempre conseguiu apresentar o Direito Constitucional com a profundidade de um sábio e a simplicidade de quem ama o seu objeto de estudo, a ponto de ter com ele uma rara intimidade. Ler as suas obras, assistir a suas aulas e palestras invariavelmente foram oportunidades de me conectar com esse amor pelo Direito Constitucional.

Muito do que eu sou como acadêmica e estudiosa do Direito Constitucional deve-se à sua generosa atenção comigo, sempre tão gentil e paciente com minhas incontáveis dúvidas incipientes e minhas conjecturas por vezes extravagantes. Obrigada por todo apoio e motivação, mas, sobretudo, por me atribuir a confiança necessária para seguir como pesquisadora.

De igual forma, meu sincero agradecimento aos Professores e Professoras que tanto me auxiliaram nesta caminhada, iluminando a senda do conhecimento pela qual trilhei até chegar aqui. Com imenso carinho e especial deferência, agradeço ao Prof. Sérgio Reginaldo Bacha – por ter-me apresentado ao Direito Constitucional com tamanho fascínio; Prof. André Ramos Tavares – por ter-me inspirado a refletir sobre esse tema tão importante; Profa. Maria Garcia – por ser uma referência para todas nós, mulheres constitucionalistas; Prof. Luiz Alberto David Araújo – por ter-me avisado zelosamente das dificuldades no caminho; Prof. Pedro Estevam Serrano – por ter sido

o primeiro a me incentivar e entusiasmar a seguir com esta pesquisa; Prof. Georges Abboud – por toda a gentil e acolhedora atenção que sempre me dispensou; Profa. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques – por todas as valiosas e luminárias orientações que foram essenciais para o desenvolvimento desta pesquisa; Profa. Luciana Temer – por todo o farto compartilhamento de saberes; Prof. Gabriel Chalita – pelas brilhantes e profícuas reflexões filosóficas; Prof. Wilson Levy – por todo o precioso encorajamento.

Aos meus queridos amigos e amigas que, de diversas maneiras, me apoiaram e impulsionaram a seguir o meu caminho acadêmico: Alessandro Soares; Alexandre Morais da Rosa; Alice Bianchini; Armando Takeo Ishibashi Junior; Bruna Sillos; Caio Augusto Silva dos Santos; Leonardo David Quintiliano; Mara Cecilio; Renata Possi Magane; Rodrigo Haidar; Vitor Lemes Castro saibam que vocês são uma constante fonte de inspiração e de profunda admiração.

A vocês dedico esse pensamento de Aristóteles, que consegue traduzir de forma fiel o conteúdo de nossa amizade: ***“A amizade perfeita é aquela que existe entre os homens que são bons e semelhantes na virtude, pois tais pessoas desejam o bem um ao outro de modo idêntico, e são bons em si mesmos”***. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, 5. ed. São Paulo: Martin Claret: p. 172.)

Por fim, agradeço, marcadamente, ao meu orientador, Prof. Sérgio Antônio Ferreira Victor, por ter-me permitido tratar sobre um tema tão grandioso. E à Universidade Nove de Julho, pelo excelente programa de Pós-graduação *stricto sensu*, meu sincero agradecimento.

RESUMO

O estudo do sistema de freios e contrapesos é essencial para o Direito Constitucional. A pesquisa inicia traçando o contexto histórico da separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos. No capítulo seguinte são apresentados conceitos que definem a tripartição dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos, propondo-se uma classificação que divide os mecanismos em: “freios”, ordenando suas modalidades em internos e externos; e “contrapesos”, dividindo-os em positivos e negativos; categoriza-se o *status* ativo e passivo de atuação dos Poderes ao manejar os mecanismos do sistema de freios e contrapesos; e especificam-se as funções típicas e atípicas de cada um dos Poderes. A investigação segue primeiramente apresentando os mecanismos disponíveis aos Poderes Executivo e Legislativo. Esse exame se demonstra necessário a fim de traçar um panorama da engenharia constitucional presente na Constituição brasileira de 1988. Ato contínuo, passa-se a tratar sobre o Poder Judiciário. A classificação proposta permite a análise individualizada no âmbito de cada um dos Poderes. Nessa quadra, a verificação dos instrumentos presentes no Poder Judiciário evidencia a carência de freios externos e contrapesos negativos efetivos, bem como a tentativa interna de superar o único contrapeso positivo presente na arquitetura constitucional brasileira revela uma concentração de poder danosa à separação dos Poderes, considerando a lição histórica que alerta em relação à possibilidade de degenerescência, quando não existem mecanismos aptos a evitar abusos. O trabalho seguiu o método descritivo, valendo-se de pesquisa histórica, doutrinária e documental, aderindo à linha de pesquisa “Justiça, Empresa e Sustentabilidade”.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes. Sistema de Freios e Contrapesos. Constituição Brasileira. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The study of the system of checks and balances is essential for Constitutional Law. The research begins by tracing the historical context of the separation of Powers and the system of checks and balances. In the next chapter, concepts that define the tripartition of the Powers and the system of checks and balances are presented, proposing a classification that divides the mechanisms into: “brakes”, ordering their modalities in internal and external; and “counterweights”, dividing them into positive and negative; the active and passive status of the Powers when categorizing the mechanisms of the checks and balances system is categorized; and the typical and atypical functions of each of the Powers are specified. The investigation continues first by presenting the mechanisms available to the Executive and Legislative Powers. This examination proves to be necessary in order to draw a panorama of the constitutional engineering present in the Brazilian Constitution of 1988. Continuous act, it starts to deal with the Judiciary Power. The proposed classification allows for individual analysis within each of the Powers. In this block, the verification of the instruments present in the Judiciary Power shows the lack of external brakes and effective negative balances, as well as the internal attempt to overcome the only positive balance present in the Brazilian constitutional architecture reveals a concentration of power harmful to the separation of the Powers, considering the historical lesson that warns about the possibility of degeneration, when there are no mechanisms capable of preventing abuse. Or I follow work or descriptive method, making use of historical, doctrinal and documentary research, in addition to the line of research “Justice, Company and Sustainability”.

KEYWORDS: Separation of Powers. - Brakes and Counterweights System. - Brazilian constitution. - Judicial power.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Divisão das funções de governo na Grécia Antiga (508 - 322 a.C.).	26
Quadro 2: A divisão das funções de governo na Constituição Romana (219-168 a.C.)	27
Quadro 3: Ascensão e decadência de cada uma das formas de Poder, descritos por Políbio, que viveu entre 203 a.C. - 120 a.C.	30
Quadro 4: Divisão de funções na Liga Aqueia (280 a.C a 146 a.C)	38
Quadro 5: Divisão das funções de acordo com a forma de governo que as inspirou.	56
Quadro 6: O sistema de freios e contrapesos no Poder Legislativo	94
Quadro 7: O sistema de freios e contrapesos no Poder Executivo	110
Quadro 8: O sistema de freios e contrapesos no Poder Judiciário	153
Quadro 9: Poderes constitucionais e suas versões degeneradas	155

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DESENVOLVIMENTO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS .	19
1.1 AS FORMAS DE GOVERNO.....	19
1.2 PLATÃO	20
1.3 ARISTÓTELES	22
1.4 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO MISTA DE POLÍBIO.....	26
1.5 JOHN LOCKE.....	31
1.6 MONTESQUIEU.....	32
1.7 DO PORQUÊ AS FORMAS DE GOVERNO SE ENTRELAÇAM COM A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	37
1.8 OS FEDERALISTAS.....	38
1.9 CÍCERO, BOLINGBROKE, CONSTANT, LOEWENSTEIN, VILE, WALDRON E ACKERMAN.....	43
1.10 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO 1	52
2. CONCEITOS E DIFERENCIAÇÕES.....	54
2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES	54
2.2 FREIOS E CONTRAPESOS.....	58
2.2.1 Freios Internos.....	60
2.2.2 Freios externos.....	60
2.2.3 Contrapesos positivos	61
2.2.4 Contrapesos negativos	62
2.3. STATUS ATIVO E PASSIVO.....	62
2.4 FUNÇÃO TÍPICA E ATÍPICA	62
2.5 DECISÕES EXTERNAS	63
2.6 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO 2.....	64

3. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..	67
3.1 LEGISLATIVO	67
3.1.1 Função Típica e Atípica.....	67
3.2 FREIOS INTERNOS E EXTERNOS	70
3.2.1 Internos	70
3.2.2 Cassação de mandato parlamentar	71
3.2.3 Controle de Constitucionalidade no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania	73
3.3 FREIO EXTERNO	75
3.3.1 Julgar ações de impeachment.....	75
4.3.1.1 Como funciona o processo de impeachment do Chefe do Poder Executivo Federal.....	76
3.3.2 Sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.....	79
4.3.2.1. Processamento: decreto legislativo para sustar um decreto do Chefe do Poder Executivo	80
3.4 CONTRAPESOS NEGATIVOS E POSITIVOS.....	81
3.4.1 Contrapesos positivos	81
3.4.1.1 Resolução do Senado Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso – Suspende a execução, no todo, ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.....	81
4.4.1.2 Processamento: Resolução Senatorial	82
3.4.2 Contrapesos negativos	83
3.4.2.1 Aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas.....	83
3.4.2.2 Processamento das medidas: estado de defesa; estado de sítio e intervenção federal.	84
3.4.3 Aprovação de medida provisória	88

4.4.3.1	Processamento do processo legislativo de uma medida provisória	89
3.5	NOMEAÇÃO DOS MINISTROS	90
3.5.1	Do Procedimento de nomeação de ministro para o Supremo Tribunal Federal	91
3.6	EXECUTIVO	95
3.6.1	Função Típica e Atípica.....	97
3.6.1.1	Funções típicas	97
3.6.1.2	Funções atípicas	102
3.6.2	Freio externo	104
3.6.3	Contrapesos positivos e negativos	105
4.6.3.1	Contrapeso positivo: sanção	106
4.6.3.1.1	Processamento da sanção	106
3.6.4	Contrapeso negativo: veto.....	107
3.6.4.1	Processamento do veto.....	107
3.7	CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO 3.....	111
4	PODER JUDICIÁRIO.....	113
4.1	O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	115
4.2	HISTÓRICO DO PODER JUDICIÁRIO.....	119
4.3	FUNÇÃO TÍPICA E ATÍPICA	124
4.3.1	Função Típica.....	124
4.3.2	Função Atípica	124
4.4	FREIOS.....	125
4.4.1	Controle de constitucionalidade	127
4.4.1.1	Como funciona o controle de constitucionalidade	127
4.4.1.2	Controle de constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos.....	128
4.4.1.3	Controle de constitucionalidade de atos vinculados.....	129

4.4.1.4 Controle de constitucionalidade atos discricionários.....	130
4.4.1.5 Controle de constitucionalidade de lei exarada pelo Poder Legislativo.....	134
4.4.1.6 Impeachment de Ministro do STF	135
4.4.1.7. Processamento do <i>impeachment</i> em face de um membro do Poder Judiciário – Ministro do Supremo Tribunal Federal.....	135
4.5. CONTRAPESOS POSITIVOS E NEGATIVOS.....	140
4.5.1 Contrapeso positivo (Status ativo) – participação do Presidente do STF no processo de impeachment.....	141
4.5.2 Contrapeso positivo (Status passivo) – Resolução do Senado	142
4.6 Contrapeso negativo (externo) – Nomeação de Ministros	146
4.6.1 Comentários sobre o Processo de Nomeação de Membros para as Cortes Superiores	147
4.7 DEBATE SOBRE A SUPERAÇÃO DE DECISÕES POR PARTE DO PODER LEGISLATIVO – EFEITO BACKLASH – DIÁLOGO INSTITUCIONAL .	149
4.8. CONSIDERAÇÕES AO CAPÍTULO 4.....	153
CONCLUSÃO	156
REFERÊNCIAS.....	160

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o sistema de freios e contrapesos no âmbito do Poder Judiciário. Essa informação já faz exsurgir um primeiro questionamento: como realizar um recorte específico apenas em um dos Poderes, uma vez que o sistema é relacional? Para analisar o sistema, faz-se necessário envolver os demais Poderes e, primeiramente, compreendê-lo com maior clareza, conceituá-lo e esclarecer seu funcionamento dentro da engenharia constitucional, distinguindo-o do princípio da separação dos Poderes.

Em razão disso, a pesquisa inicia buscando as origens das formas clássicas de governo, a fim de demonstrar sua intrínseca ligação com o princípio da separação dos Poderes e com o sistema de freios e contrapesos. Como o tema possui raízes desde a Antiguidade, é notório que a temática foi discutida por diversos autores ao longo da história. A escolha dos pensadores se deu a partir dos pontos de evolução no debate, colhendo os ensinamentos essenciais para a compreensão do desenvolvimento do princípio.

Platão, Aristóteles, Políbio, Locke, Montesquieu, Os Federalistas, bem como os demais autores apresentados de maneira mais sucinta: Cícero, Visconde Henry St. John Bolingbroke, Benjamin Constant, Karl Loewenstein, M. J. C. Vile, Jeremy Waldron e Bruce Ackerman contribuíram com inovações e questionamentos que elucidam, suficientemente, a formação do pensamento a respeito do princípio da separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos desde os primórdios, até os dias atuais.

Explicar a evolução do princípio da separação dos Poderes, desde as formas clássicas de governo, é o ponto central para compreender a importância do sistema de freios e contrapesos. Essa digressão traz à tona questões muito relevantes, que demonstram como um mecanismo que é crucial para a manutenção do Estado Democrático de Direito ainda carece de um estudo mais aprofundado por parte da academia. A análise histórica é o lume para a interpretação do raciocínio empregado ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

Nessa quadra, apresenta-se um conceito para o princípio da separação dos Poderes e para o sistema de freios e contrapesos, traçando uma necessária distinção entre os princípios. A separação dos Poderes serve para limitar o exercício do Poder,

estabelecendo funções específicas: Judiciário – interpretar as leis e julgar; Legislativo – legislar e fiscalizar; Executivo – governar a nação e administrar; e o sistema de freios e contrapesos trata-se do mecanismo que fornece instrumentos para evitar abusos que levariam à degenerescência do Poder.

A fim de oferecer uma lógica organizativa das funções desse sistema, desenvolveu-se uma classificação que divide freios e contrapesos. Os freios, com duas subclassificações: externos e internos; e os contrapesos: negativos e positivos. Por fim, faz-se necessário observar o ponto de impulsionamento das ações a partir da ótica do Poder, se ele está movimentando um instrumento ou está recebendo interferência de outro Poder; categorizando-se em *status* ativo e passivo respectivamente.

Um instrumento definido como freio possui um caráter de decisão sumária, irrecorrível, contra a qual nada pode ser feito. Os freios têm a função de retirar um agente público do Poder ou suprimir a força de um ato praticado por um dos Poderes. Já os contrapesos são os mecanismos que possibilitam contrabalancear o processo de tomada de decisão, dividindo-o em atos que demandam a interferência de órgãos distintos.

Após, passa-se a examinar os Poderes Legislativo e Executivo, explicitando o funcionamento dos instrumentos que compõem o sistema de freios e contrapesos no âmbito dos respectivos Poderes. Uma vez que todos os instrumentos possuem suas peculiaridades e complexidades, mas estas sobejam o cerne do trabalho, o exame de cada um se dá de maneira resumida, trazendo apenas os subsídios essenciais a bem de interpretar corretamente cada um deles nos termos da classificação proposta.

O Poder Judiciário possui, em *status* ativo, quando ele age em relação a outros Poderes: um freio externo, o controle de constitucionalidade, que pode ser manejado em relação ao Poder Legislativo e Executivo, retirando a força de um ato próprio dos referidos Poderes. E um contrapeso positivo, a participação do Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do processo de *impeachment*.

Em *status* passivo, quando ele recebe a interferência de outros Poderes, o Poder Judiciário possui um freio externo – o *impeachment* de Ministro, que pode ser manejado pelo Poder Legislativo; um contrapeso positivo – a resolução do Senado Federal, que suspende no todo ou em parte lei declarada inconstitucional em sede de ações de controle difuso de constitucionalidade, e trata-se destacadamente de um

contrapeso negativo externo que influencia os rumos dos Tribunais – a nomeação de Ministros por parte do Poder Executivo, que é analisada e deferida, ou não, pelo Poder Legislativo .

A análise da estrutura dos Poderes Legislativo e Executivo oferece elementos de vital importância para avaliar de forma mais assertiva o sistema de freios e contrapesos no âmbito do Poder Judiciário. Quais são e como funcionam os instrumentos disponíveis ao Poder Judiciário? É possível afirmar que há um equilíbrio entre o nível de interferência possível por parte do Judiciário em relação aos demais Poderes? Esses questionamentos são respondidos ao final da pesquisa.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DESENVOLVIMENTO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Como exposto na Introdução, muitos autores ao longo da história escreveram sobre a separação dos Poderes, dessa forma optou-se por pontuar os estudos de alguns deles para esclarecer o desenrolar histórico da construção deste princípio e, posteriormente, aqueles que se dedicaram a arquitetar o sistema de freios e contrapesos nos moldes adotados pelo Brasil. A presente pesquisa vale-se de pequenos fichamentos para pontuar o pensamento dos autores.

Compreender a diferença entre a separação pura dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos é algo importante e necessário para alcançar o correto entendimento do estudo proposto na presente pesquisa.

Inicia-se analisando as formas clássicas de governo, depois demonstra-se como elas estão intimamente ligadas à separação dos Poderes e ao sistema de freios e contrapesos.

1.1 AS FORMAS DE GOVERNO

O primeiro indício histórico de uma descrição aproximada das formas clássicas de governo pode ser identificado no diálogo fictício descrito por Heródoto¹ entre três persas – Otanes, Megabises e Dario – sobre a melhor forma de governo a adotar no seu país depois da morte de Cambises. No diálogo, cada um defende uma forma de governo: Otanes aponta que o poder deveria ficar nas mãos do povo; Megabises votou pela oligarquia, e Dario defendeu a monarquia. A obra foi escrita um século antes da sistematização feita por Platão e Aristóteles no século IV a.C.

As três formas de governo, de acordo com a divisão clássica, portanto, são: a monarquia, a república e a aristocracia. Existem variações nessas definições, como será visto adiante.

A análise inicia apresentando o pensamento dos autores da Antiguidade: Platão, Aristóteles e Políbio, depois os modernos: Locke e Montesquieu. Explica-se por que se considera necessário iniciar esse estudo a partir das formas de governo. Seguindo, apresentam-se os contemporâneos, Os Federalistas – Jay, Madison e

¹ HALICARNASO, Heródoto. **Los nueve libros de la Historia**. Tomo 3. Talía. - Libro III, §§ 58-62.

Hamilton. E, no derradeiro subcapítulo, traz-se de forma sucinta a contribuição de outros autores: Cícero, Visconde Bolingbroke, Benjamin Constant, Karl Loewenstein, M.J.C. Ville, Jeremy Waldron e Bruce Ackerman.

1.2 PLATÃO

Em *A República*, Livro VIII, Platão² propõe analisar as possíveis formas de governo de acordo com as características dos homens. Ele classifica quatro tipos: a *timocracia* ou *timarquia*; a *oligarquia*; a *democracia* e a *tiranía*.

A timocracia ou timarquia – do grego *timé*, que significa valor e honra, e *kratía*, que significa governo – se configurava em uma forma de governo na qual os membros ambicionavam glória e honra. Apenas participavam do poder aqueles que possuíssem bens, que produzissem mais ou que se destacassem de melhor forma no âmbito militar. Ela vigorou durante o governo de Sólon, na Atenas da Grécia antiga.

Na classificação platônica, a timarquia trata-se de uma transição entre a constituição ideal, que seria o governo dos filósofos, e as outras três formas de governo. Cita o autor que esse tipo de governo seria uma fase entre a aristocracia e a oligarquia.

A oligarquia, literalmente, é o "governo de poucos". Segundo Platão, “[...] um estado repleto de males sem conta”³. O autor define-a como “[...] a forma baseada em recenseamento da propriedade, em que os ricos são soberanos e os pobres não participam do governo”⁴. Trata-se de uma sociedade na qual as classes ricas e pobres vivem em permanente conspiração uma contra a outra.

O desprezo pelos pobres e a valorização apenas daqueles que possuem riqueza são a marca de uma sociedade governada por uma oligarquia. Os oligarcas governam apenas para si e em prol de seus interesses. A análise platônica mais preciosa em relação a essa forma de governo é a de que a principal característica de uma oligarquia é a “limitação”, visto que não são os melhores os escolhidos para ocupar os altos postos de governo, mas sim aqueles que possuem bens.

² Platão foi um filósofo grego, discípulo de Sócrates, que viveu em Atenas, na Grécia antiga. Nasceu em 428 a.C. e morreu em 348 a.C.

³ PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 240.

⁴ *Ibid.*, p. 246.

A democracia tem sua origem etimológica no grego *demos*, que significa povo, e *kratos*, que significa poder. Trata-se do governo do povo ou, ainda, o governo dos mais. A marca da democracia são a liberdade e a igualdade. O autor comenta que a democracia nasce por intermédio dos jovens que repudiam a oligarquia.

O democrata é um amante da igualdade, busca o equilíbrio em suas ações, posturas e pensamentos; honra os estudos, a ciência, os hábitos nobres. Trata-se de um agente vivaz, interessado pelas coisas do Estado, “[...] muitas vezes entra na política, salta para a tribuna e diz e faz o que consertar⁵”.

Por fim, a tirania: o líder ilegítimo. A perturbadora análise do filósofo grego esclarece que é do excesso de liberdade, presente na democracia, de onde nasce a tirania. Relata que a exigência de liberdade chega a tudo em tamanha demasia que corrompe a própria essência da liberdade, tornando-a uma exagerada imposição, que se transforma em uma verdadeira escravidão.

O autor explica que desse estado de coisas “[...] surgem as denúncias, os processos, as lutas de uns com os outros”⁶. Diante disso, o povo passa a buscar por um líder, a fim de organizar o caos que se encontra instalado nas relações sociais.

Vale destacar a clareza com que Platão descreve um tirano:

Nos primeiros dias e nos primeiros tempos, acaso não se sorri e cumprimenta toda a gente que encontrar, e não declara que não é um tirano, faz amplas promessas em particular e em público, liberta de dívidas, reparte a terra pelo povo e pelos do seu séquito e simula afabilidade e doçura para com todos?⁷

O tirano tem uma necessidade constante de desencadear guerras, pois com este pretexto pode perseguir seus inimigos. Busca excluir da sociedade todos aqueles que possuem alguma valia, sejam amigos ou inimigos. A tirania é a expressão pura do exercício de poder de dominação, sem nenhum limite, do tirano sobre o povo.

Platão afirmava que existiam dois tipos de constituição: a monárquica e a democrática. E, em seu entendimento, um bom governo deveria combinar elementos dos dois tipos:

Há duas formas de constituição que são, por assim dizer, as matrizes a partir das quais, que se o afirmar em verdade, todas as restantes nascem. Destas uma é chamada adequadamente de monarquia, e a outra, democracia, sendo

⁵ PLATÃO, Op. Cit., p. 259.

⁶ Ibid, p. 26.

⁷ Ibid, p. 265.

o caso extremado da primeira a forma de governo dos persas, e o da segunda a nossa; * * * as restantes são praticamente todas, com o eu disse, modificações dessas duas. Ora, é essencial que uma constituição encerre elementos dessas duas formas de governo se quisermos que disponha de liberdade e amizade combinadas com a sabedoria. E é isto que nossa argumentação pretende reivindicar a partir da afirmação de que a menos que um Estado participe dessas duas formas jamais poderá ser bem governado⁸.

As reflexões de Platão serviram para dar direcionamento a praticamente todos os grandes pensadores que trataram acerca da estrutura do Estado.

1.3 ARISTÓTELES

Aristóteles⁹ classificou três tipos de constituições puras: a monarquia¹⁰, a aristocracia e a república; e apresentou as três versões degeneradas dessas formas de governo: a tirania em relação à monarquia; a oligarquia em relação à aristocracia e a democracia¹¹ em relação à república.

Segundo ele: “[...] a tirania é uma monarquia que não tem outro objeto além dos interesses do monarca; a oligarquia só enxerga os interesses dos ricos; a demagogia só enxerga os interesses dos pobres. Nenhum desses governos se ocupa do interesse geral¹²”.

A distinção entre a oligarquia e a democracia ou demagogia é a riqueza. A oligarquia é o governo de poucos e ricos; enquanto a democracia é o governo de muitos e dos pobres.

O autor relata que a monarquia podia ser classificada em cinco espécies: (i) No *generalato vitalício*, o poder do rei não é absoluto, ele não detém escolha de vida e morte sobre seus súditos, exceto nos casos de estar fora do seu Estado em situação de guerra; (ii) uma modalidade tirânica, encontrada entre os bárbaros que toleravam mais um governo despótico por possuírem um caráter mais servil; (iii) a *oesinetia* ou despotismo eletivo, encontrada entre os helenos, tinha o caráter de ser por tempo determinado, não ser transmissível hereditariamente; (iv) a quarta espécie é chamada de *monarquia dos tempos beróicos* ou monarquia real. Era hereditária, o rei cumulava

⁸ PLATÃO, **As leis**. Incluindo Epinomis. Editora EdiPro. Livro Digital, domínio público. Disponível em: <https://www.livrariapublica.com.br/2019/07/as-leis-platao.html>. Acesso em: 14 de jan. 2021, p. 94.

⁹ Aristóteles foi discípulo de Platão, nasceu em Estagira, na Grécia antiga, em 385 a.C. e morreu em 323 a.C., em Calcis.

¹⁰ Ou “Realeza”, a depender da tradução escolhida.

¹¹ O autor cita a demagogia ao longo da obra também como uma forma de degeneração da república.

¹² ARISTÓTELES. **Política**. 15. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 67.

as competências de julgar os processos, organizar as questões de guerra e até os sacrifícios que fugissem da alçada dos sacerdotes¹³.

Em relação à realeza ou monarquia, Aristóteles adverte que o risco está na concentração do poder na mão de uma só pessoa, ainda que seja um homem¹⁴ absolutamente capaz. Ele faz uma comparação em relação à água, dizendo que uma quantidade menor de água tem uma chance maior de ser poluída do que um rio inteiro, no sentido de que uma multidão seria menos corrompível do que apenas um soberano.

A aristocracia, segundo o autor, é preferível à realeza¹⁵, tanto que seja possível encontrar um grupo de homens verdadeiramente virtuosos para compor o governo. “Um povo aristocrático é aquele que suporta naturalmente a dominação de homens livres cujo talento e a virtude os levam ao governo dos cidadãos.”¹⁶

O autor adverte que “[...] o melhor governo é forçosamente aquele que é administrado pelos melhores chefes”¹⁷. Ele explica que para alguns povos a monarquia pode ser um bom governo, para outros a aristocracia, a depender da qualidade dos cidadãos e dos líderes. Um governo perfeito é aquele que se guia pelo interesse geral, não particular.

Todos os governos são exercidos por homens, e são estes que se corrompem. Via de regra são corrompidos pela ganância, pelo amor ao dinheiro, que acaba se tornando maior do que o amor à coisa pública. Os desejos dos homens são insaciáveis, como bem descreve o autor. “O remédio para todos esses males não é igualar as fortunas, mas fazer de modo que os homens excelentemente dotados pela natureza não queiram enriquecer, e que os maus não possam.”¹⁸ Como realizar esse feito não está descrito na obra.

A república é um governo da maioria. Por uma questão de estrutura social, a maioria, em qualquer sociedade, é formada por pessoas pobres. Assim, os pobres tendem a tomar o poder nas repúblicas e torná-las democracias, que é o governo dos pobres.

¹³ ARISTÓTELES, op. Cit., p. 78-79.

¹⁴ Em razão da época, apenas os homens exerciam o poder, portanto, a obra só se refere aos homens nos cargos de comando.

¹⁵ “Se deve dar o nome de aristocracia à autoridade de diversos homens, todos virtuosos, e de realeza à dominação de um só.” Op. Cit., p.81

¹⁶ Ibid., p. 84.

¹⁷ Ibid., p. 85.

¹⁸ Ibid., p. 43.

Ainda que a república apresente essa degeneração natural, o autor aponta que são formas de governo – república e democracia – estáveis, pois as decisões são tomadas pela maioria. Ele destaca que nas democracias “[...] onde a lei é senhora não há demagogos”¹⁹.

O mal em si não está na democracia, mas na sua degeneração, que é a anarquia e a sua consequência natural, a tirania. As democracias se pautam na liberdade e igualdade, como já mencionado por Platão. O exagero ao exigir igualdade em relação às situações que não são iguais e liberdade exacerbada em relação a tudo faz com que a lei seja violada²⁰. E isso leva à anarquia, que é a ausência de leis, gerando uma completa ingovernabilidade²¹.

Tal estado de coisas gera um ambiente de absoluta confusão, na qual os demagogos e adutores da população prosperam e acabam por ser escolhidos pelo povo para salvá-los do caos criado por si mesmos. Nesse contexto, os demagogos assumem o poder com a desculpa de organizar a sociedade e acabam por instalar uma tirania.

Então, entende-se que a monarquia se degenera em tirania; a aristocracia em oligarquia; a república em democracia; a democracia em anarquia e desta surge uma tirania. Políbio, séculos adiante, explica que a tirania pode se tornar uma monarquia se o líder do povo corrigir os erros cometidos e conter a vaidade, ele poderá deixar de governar pelo medo e passar a ser aclamado pelo povo. Assim, restam esclarecidos os ciclos de instauração e fim de cada uma das formas de governo.

Por fim, imperioso destacar que o estagirita já mencionava em sua obra²² que o governo precisa ser dividido em três:

Há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas,

¹⁹ PLATÃO, Op. Cit, p. 137.

²⁰ “Acredita-se que os verdadeiros caracteres da democracia são a soberania da multidão e a liberdade. O direito é a igualdade, e a expressão da vontade do povo é a soberania; a liberdade e a igualdade consistem em fazer tudo aquilo que se quer de modo que, em tais democracias, cada qual vive segundo a sua vontade e fantasia, como diz Eurípedes. Há nisso um erro funesto; não se deve crer que seja servilismo, mas um meio salutar conformar a vida às necessidades do Estado. Tais são, pois, para dizê-lo em poucas palavras, as causas de revoluções e da ruína das repúblicas: tais os meios que podem conservá-las e fortalecê-las”. Op. Cit., p. 191.

²¹ “Então o povo se transforma numa espécie de monarca de mil cabeças; é soberano, não individualmente, mas em corpo. [...] Um povo tal, verdadeiro monarca, quer reinar como monarca; livrar-se do jugo da lei e torna-se déspota; o que faz com que os adutores sejam respeitados.” Op. Cit, p. 137.

²² ARISTÓTELES, op. Cit.

o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. A parte deliberativa decide soberanamente da guerra, da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia a sentença de morte, o exílio, o confisco, e examina as contas do Estado²³.

O poder deliberativo era o verdadeiro soberano, responsável por decidir as principais questões do Estado. O poder que tratava das deliberações de negócios públicos era exercido por magistrados escolhidos por sorteio ou eleitos, na quantidade e para as funções necessárias a cada pólis. A terceira função se liga às competências que o Poder Judiciário exerce atualmente, com variações próprias da estrutura social da época.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que essa divisão da estrutura social na Antiguidade trata-se de um embrião da teoria de separação dos Poderes:

É verdade que vêem alguns, na Política de Aristóteles, uma contribuição específica incorporada pela doutrina da separação dos poderes. Trata-se de uma classificação das funções desempenhadas pelo Estado, que transparece da sistematização das tarefas desempenhadas pelos diferentes órgãos que entre si dividiam o poder em Atenas. Na república ateniense, com efeito, havia uma Assembléia, à qual era deferida a função deliberativa, numerosos magistrados, que detinham o poder executivo, e juizes independentes que compunham o tribunal, os helialistas.

Essa separação identifica três espécies: deliberação, execução e justiça. Em uma generalização. Haveria três funções inerentes à cidade-Estado: a deliberativa, a executiva e a judicial.

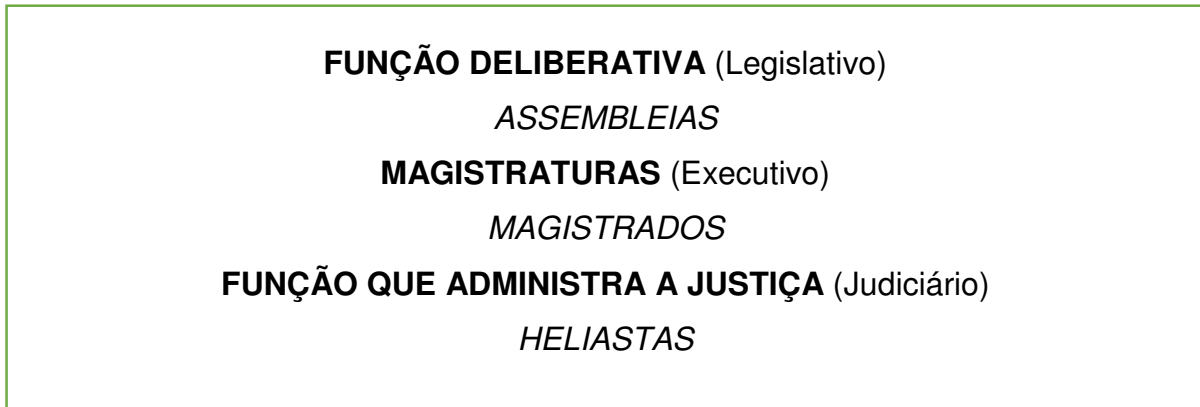
Essa classificação está, sem dúvida próxima da que a doutrina da separação dos poderes tomou por base. Há, entretanto, uma diferença essencial. A função deliberativa é mais ampla do que a função legislativa. Compreende, sim, legislar, mas também decidir da paz e da guerra, contrair alianças ou rompê-las, aplicar a pena de morte, de banimento e de confisco, bem como apreciar a prestação de contas dos magistrados²⁴.

Desta feita, é possível afirmar que o gérmen da separação das funções para o exercício dos Poderes já estava presente desde a Antiguidade.

²³ **Política**, Livro VI, Capítulo 11, p. 150.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251-252. (Grifo nosso).

Quadro 1: Divisão das funções de governo na Grécia Antiga (508–322 a.C.).



Fonte: Elaborado pela autora.

1.4 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO MISTA DE POLÍBIO

Políbio²⁵ relata a história das constituições romanas explicando como foi construída a lógica de que seria melhor “misturar” as formas de governo em uma única constituição, a fim de garantir uma longevidade maior ao governo²⁶. Licurgos foi o primeiro a compreender a necessidade de não estabelecer uma constituição pura, mas sim mista.

Após realizar a análise de como se constituem as formas de governo, de uma maneira mais didática que Aristóteles, o autor firma como parâmetros iniciais a existência de três formas clássicas: a monarquia, a aristocracia e a democracia²⁷. Ele também defendia que todas as formas de governo se degeneram inexoravelmente.

A riqueza da obra está em como ele descreve os ciclos de ascensão e degeneração de cada uma das formas de governo. Com pequenas variações, ele concorda com o que Aristóteles já explicara: a monarquia se degenera em tirania; a aristocracia em oligarquia e a democracia em olocracia²⁸.

Segundo Políbio, o ciclo do poder se inicia em um estado de selvageria, em que vale a lei do mais forte, então impor-se-á o tirano, o mais cruel entre os homens. Com o passar do tempo e o amadurecimento das relações sociais, o tirano se torna

²⁵ Políbio, ou *Polibius*, foi um historiador grego que nasceu em 203 a.C. em Megalópolis e morreu em 120 a.C.

²⁶ A constituição nos parâmetros estabelecidos por Licurgos durou 400 anos.

²⁷ Divergindo de Aristóteles, que coloca a república como terceira forma de governo, Políbio utiliza pela primeira vez o termo democracia como algo positivo.

²⁸ Na obra, o autor explica que a olocracia é a “selvageria, o império da violência”.

afável e razoável, deixa de ser temido e passa a ser amado por seu povo. Assim, nasce um monarca. Os filhos do monarca, que crescerão cercados de privilégios, sem experimentar as vicissitudes da vida, tenderão a ser mais duros e cruéis com o povo, revelando-se tiranos.

Os homens mais valorosos do povo são os que menos se vergam às injustiças, e serão eles, segundo Políbio, que se reunirão para depor o tirano. Assumindo o poder, esse grupo dos melhores do povo irão exercer o poder sabiamente. Entretanto, seus filhos, que não viveram as agruras da tirania, não gozarão da mesma sabedoria ao tomarem o poder. A segunda geração tenderá a fazer escolhas egoístas, pautadas em interesse próprio, ganância e ambição, e com isso instaurar-se-á uma oligarquia.

O povo, revoltado com os abusos desse grupo de homens ricos que governam apenas para si, se revoltará e tomará o poder. Nasce então uma democracia. Contudo, à medida que a igualdade e a liberdade crescem, aumentam as riquezas, instauram-se a ganância e a cupidez. As pessoas passam a se guiar pela vaidade, o amor ao poder, a ostentação e o exibicionismo. O povo, mesmo se definindo como democrático e liberto, estará, na verdade, mergulhado em uma olocracia, uma anarquia.

Como bem explicou Platão, em meio ao caos surgem os aduladores, os demagogos que prometem salvar o povo do caos em que se colocaram. Ao ascender ao poder, o demagogo se tornará um tirano. E assim o ciclo de ascensão e declínio das formas de governo se reproduz ciclicamente através da história.

Compreendendo a lógica que leva à degeneração das formas de governo, para que exista um equilíbrio de forças, a constituição ideal deve contemplar as três camadas da sociedade: a realeza, a nobreza e o povo. A constituição mista, descrita por Políbio, dividia o poder entre os Cônsules, o Senado e o Povo.

Quadro 2: A divisão das funções de governo na Constituição Romana (219-168 a.C.)

Realeza – Monarquia.

Exercida pelos Cônsules.

Nobreza – Aristocracia.

Exercida pelo Senado.

Povo – República.

Exercida pelas Assembleias e pelos Tribunos da Plebe.

Fonte: Elaborado pela autora.

O autor informa que os cônsules cuidavam de todos os assuntos públicos, exceto quando precisavam se ausentar em razão de alguma guerra. Todos os magistrados, à exceção os tribunos, lhes eram subordinados. Eram eles que propunham medidas para serem tomadas em relação à administração do Estado. Também eram os cônsules que faziam valer os decretos criados pelo povo, introduziam embaixadores ao Senado e eram os responsáveis por convocar assembleias nas quais o povo tomava as decisões. Em relação aos cônsules, a constituição romana era monárquica.

O Senado, por sua vez, cuidava do tesouro público, sendo responsabilidade dele autorizar qualquer tipo de desembolso por parte do Estado. Além disso, conduzia as investigações públicas em relação aos crimes que demandavam esse tipo de expediente: traição, conspiração, envenenamento e assassinio. Julgava casos de arbitragem; indenizações; pedidos de proteção e socorro; questões relacionadas a embaixadas; declarava guerras; fazia exigências para outros Estados ou decidia sobre submissão a eles e resolvia sobre assuntos de territórios romanos. Em relação ao Senado, a constituição romana era aristocrática.

O povo tinha uma importância vital: somente ele podia decidir sobre conceder distinções e infligir punições. Segundo o autor, essas medidas eram centrais para a coesão da sociedade e de suma importância para a convivência humana. Também era o povo que julgava os crimes punidos com multa quando estas fossem de grande vulto e os acusados ocupassem altos cargos; também era somente o povo que julgava casos de pena de morte. Ainda, era o povo que podia aprovar ou rejeitar leis, bem como deliberar sobre guerra e paz. Em relação ao povo, a constituição romana era democrática.

Mas não bastava distribuir o poder, era necessário que cada um deles tivesse recursos para criar obstáculos ou pudesse colaborar com as outras partes. Observa-se no relato do autor grego um embrião do sistema de freios e contrapesos, visto que cada um dependia, em alguma medida, da aprovação do outro poder político.

Os cônsules exerciam poder sobre os exércitos, que podiam sair para realizar operações militares, contudo, dependiam da aprovação e liberação de recursos do Senado. Ainda, cada cônsul possuía o direito de fazer uma espécie de “marcha” para apresentar e exaltar seus feitos: a chamada “procissão do triunfo”. Contudo, se o

Senado não aprovasse tal intento, o cônsul via seus feitos obscurecidos ou minimizados ante a negativa do Senado em aprovar o investimento com o evento.

Era essencial para os cônsules granjear a simpatia do povo, uma vez que eles, ao deixarem o cargo, precisavam prestar contas de sua atuação. Ainda, era o povo quem decidia a respeito da declaração de guerra e tratados de paz, decisões essas que impactavam diretamente nas atividades dos cônsules.

O Senado, por sua vez, precisava estar atento aos anseios do povo, que poderia, se assim quisesse, criar leis limitando os poderes do Senado ou, pior, privando-o de parte de suas fortunas, benefícios e prerrogativas. Todos os tribunos eram obrigados a respeitar a vontade do povo e observar seus desejos. O autor não relata quais as relações que definiriam a interferência dos cônsules em relação ao Senado.

Por seu turno, o povo temia a autoridade militar dos cônsules, e em razão disso os respeitava. O povo participava do poder reunido nas chamadas assembleias, representado pelos Tribunos da Plebe. O Senado julgava os casos que envolviam contratos públicos, e muitos cidadãos tinham interesses em tais contratos. Algumas decisões tinham o poder de efetivamente ajudar ou prejudicar o interessado em contratar com o Estado ou mesmo comprar os contratos dos censores. Em razão disso, o povo buscava colaborar com o Senado, não se opondo indevidamente às decisões do Senado.

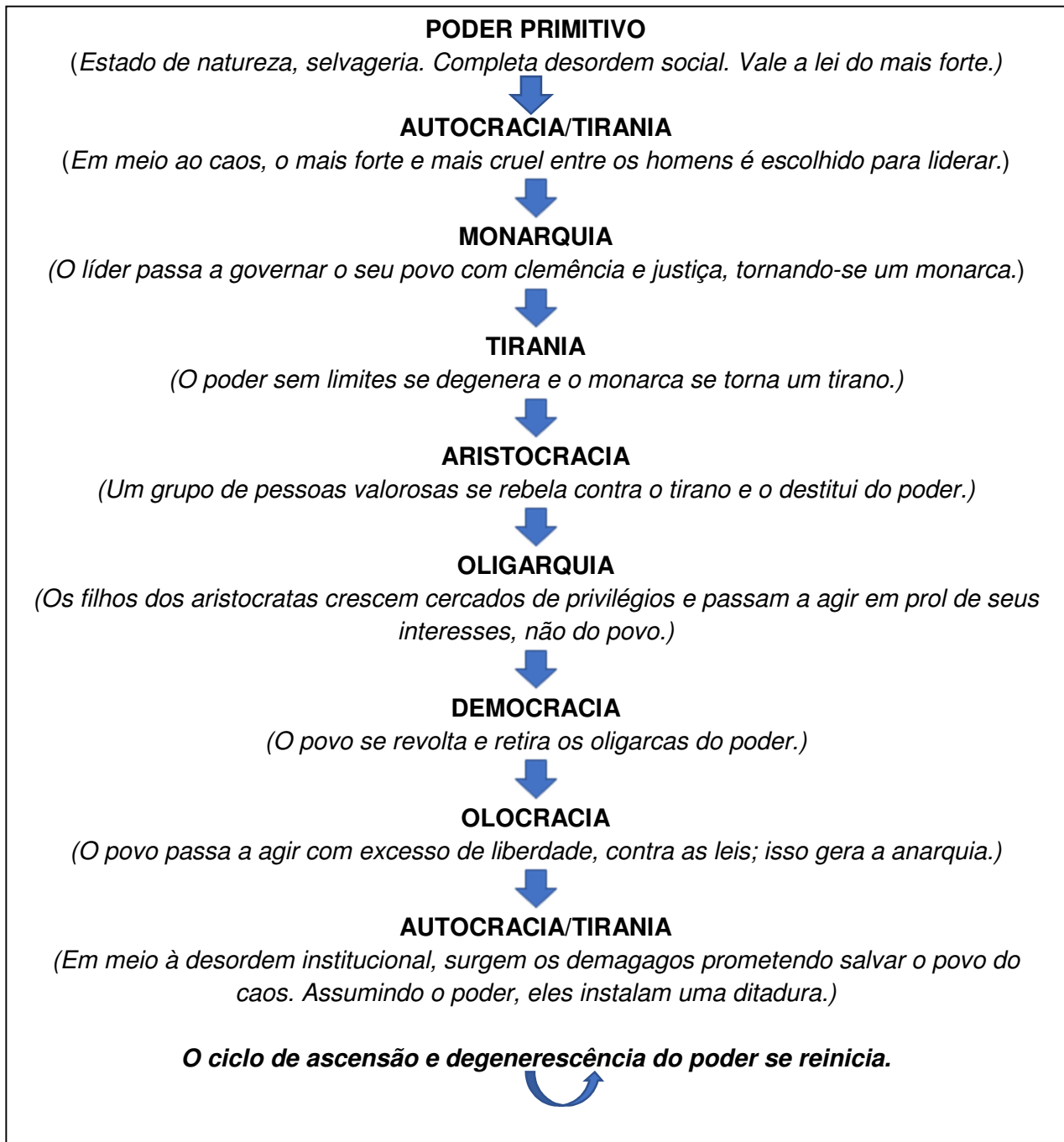
Após explicar esse sistema, o autor faz a seguinte reflexão, transcrita a seguir:

Sendo esses os meios de que dispõe cada um dos poderes do Estado para criar obstáculos aos outros ou cooperar com eles, sua união é benéfica em todas as contingências, a tal ponto que é impossível achar um sistema político melhor do que este²⁹.

Ao final do texto, o autor repisa a sua visão de que todas as formas de governo, todas as constituições, tendem a se degenerar.

²⁹ POLÍBIO. **Histórias**. Brasília: Editora UnB, 1985, Livro VI, p. 337.

Quadro 3: Ascensão e decadência de cada uma das formas de Poder, descritos por Políbio, que viveu entre 203 a.C.—120 a.C.



Fonte: Elaborado pela autora.

1.5 JOHN LOCKE

John Locke³⁰ ocupa-se em justificar a organização da sociedade em razão da necessidade de proteção à propriedade, a busca por segurança, paz e liberdade. Ele aponta como objetivo primordial do homem, ao formar uma sociedade, estabelecer o Poder Legislativo, o qual descreve como “supremo”³¹.

O Poder Legislativo precisa ser eleito para que as leis reflitam os anseios da comunidade. Uma lei não terá força se não tiver a sanção comunitária. Nenhuma outra lei ou potência estrangeira tem maior poder sobre os membros da sociedade do que a obediência devida ao poder supremo, o Legislativo. Mas não pode haver abusos, os legisladores não devem se arrogar a governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários.

Não haver leis fixas e conhecidas por todos viola o sentido de compor o contrato social³², visto que, sem a segurança trazida pelas regras previamente estabelecidas, o que se teria é o arbítrio, as decisões individuais movidas a paixões e intenções subjetivas, retomando-se assim a insegurança própria do estado de natureza, sendo o que se visa combater com o contrato social.

Segundo a divisão de poderes *lockeana*, existem, além do Poder Legislativo, o Executivo e o “Federativo”³³. O Poder Legislativo é composto por um grupo de pessoas que fazem as leis e também se submetem a elas. O Executivo é um Poder necessário para executar as leis em vigor, dando assistência constante ao seu cumprimento. E o chamado Poder Federativo poderia ser comparado às responsabilidades do povo, descritas por Políbio.

O autor explica que os poderes executivo e federativo são distintos, mas que “[...] seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas”³⁴. Ele considera impraticável duas pessoas decidirem sobre questões essenciais do

³⁰ John Locke foi um filósofo considerado um dos contratualistas. Viveu de 1632 a 1704 na Inglaterra.

³¹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 98.

³² Acordo fictício entre os homens a fim de abandonarem o estado de natureza, liberdade plena e individual de cada um, em prol de um acordo coletivo de respeito a decisões assumidas coletivamente.

³³ “Aí está, pois, a base do poder de guerra e de paz, de fazer e desfazer ligas e alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade; podemos chamar a isso de ‘poder federativo’, se quiserem”. LOCKE, op. Cit. , p. 107.

³⁴ Ibid., p. 107.

Estado, uma vez que elas poderiam divergir e com isso ocasionar desordens e desastres³⁵.

O que se destaca é que os demais poderes estão submetidos ao Poder Legislativo. Esse poder não precisa estar reunido continuamente, porque nem sempre se faz necessário criar novas leis, mas o Poder Executivo precisa ser permanente, pois é diária a tarefa de fazer com que as leis sejam devidamente cumpridas. Uma característica que merece destaque é a de que o Executivo tem poder para convocar e dispensar o Legislativo, mas não tem poder sobre ele.

O autor apenas cita a função do Poder Judiciário, sem elencá-lo entre os poderes principais, apenas como uma das funções existentes no Estado: “[...] juízes equânimes e corretos terão de resolver as controvérsias à luz dessas leis, e empregar a força da comunidade no seu território apenas na execução de tais leis”³⁶.

A obra tinha como objetivo contestar as monarquias absolutistas, nas quais o poder se concentrava integralmente nas mãos de uma só pessoa, o monarca. Ao explicitar a importância do Poder Legislativo, o autor retomou o debate a respeito da necessidade de dividir o poder, tema que ficou durante séculos distante do debate ao longo da Idade Média.

1.6 MONTESQUIEU

Montesquieu³⁷ descreveu ao longo da sua obra *Do espírito das leis* as formas de governo e apresentou, no capítulo “Da Constituição da Inglaterra”, o conceito de separação dos poderes. Ele não comenta diretamente sobre uma aproximação com a teoria da constituição mista, tratada por Políbio. O autor apenas cita o grego em meio a uma explicação a respeito da constituição de Roma, no capítulo XVII do Livro Décimo Primeiro³⁸.

³⁵ “Embora, como vimos, os poderes executivo e federativo de uma comunidade sejam de fato distintos entre si, seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos distintas. Ambos exigem a força da sociedade para seu exercício, e é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou seja, os poderes executivo e federativo em pessoas que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade a ficar sob comandos diferentes, o que, em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres. LOCKE, Op. Cit., p. 107-108.

³⁶ Op. Cit. p. 95.

³⁷ Charles de Secondat, Barão de Montesquieu, foi um filósofo francês que viveu de 1689 a 1755. Escreveu diversas obras, sendo a mais célebre **Do espírito das leis**, publicada em 1748.

³⁸ “A parte que o Senado representava no poder executivo era tão grande que Políbio diz que todos os estrangeiros pensavam que Roma era uma aristocracia”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 186.

A obra, escrita ao longo de vinte anos, traça toda a estrutura de funcionamento de cada uma das formas de governo. Nos mesmos moldes de Aristóteles, o autor descreve a maneira como cada uma delas se degenera. Montesquieu classifica três diferentes governos: o republicano; o monárquico e o despótico. Ele também explica sobre a democracia e a aristocracia, mas não as inclui como espécies de governo³⁹. A democracia e a aristocracia se classificam como formas de exercer o poder dentro de uma república.

A distinção entre natureza de governo: “[...] é aquilo que o faz ser tal como é [...] constitui a sua estrutura particular;”⁴⁰ e princípio: “[...] é aquilo que o faz agir [...] constitui as paixões humanas que o fazem movimentar”⁴¹. Juntamente com a indicação do tipo de educação que precisa ser ministrada para que os governos funcionem adequadamente, são contribuições extremamente relevantes trazidas na obra.

A natureza em um governo republicano “[...] é aquela em que o povo todo ou certas famílias têm o poder soberano”⁴². O princípio que rege um Estado popular é a virtude (amor às leis e amor à pátria) em uma democracia e, em uma aristocracia, a moderação. É preciso que a população seja educada para amar a pátria, pois para conservar esse tipo de governo é preciso amá-lo⁴³.

A natureza em um governo monárquico “[...] é a de que o príncipe tem o poder soberano, porém o exercendo segundo leis estabelecidas”⁴⁴. O princípio que rege a monarquia é a honra (busca por preferências e distinções)⁴⁵, e em alguma medida a honra pode ser mais bem interpretada como ambição. A educação do povo não se dá nos bancos escolares, mas no convívio entre as pessoas. Ao se guiar pela ambição de se distinguir dos demais, as pessoas buscam demonstrar polidez e boas maneiras,

³⁹ “Quando, em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma *democracia*. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, trata-se de uma *aristocracia*. O povo, na democracia, é, em certos aspectos, o monarca, e, em outros aspectos, súdito.” MONTESQUIEU, Op. Cit., p. 23.

⁴⁰ Ibid., p. 34.

⁴¹ Ibidem, p. 34.

⁴² Ibidem., p. 34.

⁴³ “Ora, o governo é como todas as coisas do mundo, para conservá-lo é preciso amá-lo”. MONTESQUIEU, Op. Cit., p. 49.

⁴⁴ Ibid., p. 34.

⁴⁵ Ibidem, p. 39.

porque isso é próprio de quem possui a almejada honra, nos termos descritos pelo autor⁴⁶.

A natureza em um governo despótico: “[...] é aquela em que um só governa de acordo com suas vontades e caprichos”⁴⁷. O princípio que rege o despotismo é o temor. A educação nesse tipo de governo procurará somente aviltar sentimentos como a honra ou a virtude, o que interessa ao déspota é que o povo seja o mais servil possível. É preciso incutir o medo nos corações, e é conveniente que as pessoas sejam incautas, limitadas e incapazes de discernir entre uma ordem justa e um tratamento que lhes reduza a condição de escravas⁴⁸.

Antes do trecho que trata sobre a Constituição da Inglaterra, o autor já comenta: “[...] para formar um governo moderado é necessário combinar os poderes, regulamentá-los, moderá-los, fazê-los agir; dar, por assim dizer, lastro a um deles, para colocá-los em condição de resistir a outro”⁴⁹. Precisamente este excerto é o primeiro indício que o autor traz sobre a necessidade de organizar os poderes de maneira que um conseguisse coibir um eventual arbítrio praticado por outro poder. Esse e outros trechos que serão citados adiante apresentam direcionamentos que mais tarde foram acolhidos por Jay, Hamilton e Madison, “os Federalistas”, e serviram como diretriz na estruturação do sistema de freios e contrapesos arquitetados na Constituição americana.

É essencial destacar que Montesquieu, ao descrever a necessidade de dividir o exercício do poder em três corpos distintos, desenvolve a doutrina da separação pura dos poderes. A arquitetura do sistema de freios e contrapesos, pensada especificamente de maneira a construir mecanismos para evitar a prática de condutas abusivas, por parte dos membros dos poderes, nos moldes adotados pelo direito brasileiro, foi desenvolvida pelos Federalistas, como será visto a seguir.

⁴⁶ “Não é, entretanto, de uma fonte tão pura que a polidez costuma tirar a sua origem. Ela nasce do desejo que cada um sente de se distinguir. É por causa de nosso orgulho que somos polidos: sentimos lisonjeados de possuir boas maneiras, que demonstram que não nos encontramos nas camadas mais baixas, e que não convivemos com essa espécie de gente que desde sempre se desdenhou.” MONTESQUIEU, Op. Cit., p. 45.

⁴⁷ Ibid., 34.

⁴⁸ “A extrema obediência supõe ignorância naquele que obedece; igualmente supõe ignorância naquele que comanda; este não terá de deliberar, de duvidar nem de raciocinar; não deve senão querer. [...] A educação, que consiste principalmente na vida em sociedade, é, portanto, muito limitada; reduz-se a incutir o medo nos corações e a dar ao espírito o conhecimento de alguns princípios muito simples de religião.” MONTESQUIEU, Op. Cit., p. 47.

⁴⁹ Ibid., p. 76.

É importante transcrever o trecho no qual o autor apresenta as razões pelas quais os poderes não podem se concentrar na mão de uma única pessoa, por se tratar de uma explicação direta e didática de muito proveito para o presente estudo:

Quando em uma só pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as querelas dos particulares⁵⁰.

No célebre Capítulo XI, que trata sobre Constituição da Inglaterra, o autor inicia mencionando que:

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado⁵¹.

Montesquieu defende que os poderes não podem se concentrar na mão de um só corpo, porque isso levaria ao abuso e ao arbítrio, como já se mencionou acima. O autor buscou um outro caminho para dizer o que Aristóteles já alertava quando explicou sobre a degeneração das formas de governo e da própria Constituição⁵²; e também se valeu, por certo, dos estudos de Políbio, que de forma muito segura já havia esclarecido que uma Constituição pura não é duradoura.

⁵⁰ MONTESQUIEU, Op. Cit., p. 166.

⁵¹ Ibid, p. 165.

⁵² “O Estado pode transformar-se de duas maneiras: ou porque a constituição é corrigida, ou porque ela se corrompe. Se o Estado conservou seus princípios, e a constituição se modifica, isto quer dizer que esta última se corrige; se o Estado perdeu os seus princípios e a constituição vem a ser modificada, isto acontece porque esta se corrompe.” MONTESQUIEU, Op. Cit., p. 181.

Montesquieu cita, no capítulo XII, a Constituição de Roma e como era a sua divisão dos três poderes⁵³, menciona a existência de uma “mistura” entre as formas de governo: “[...] a constituição era monárquica, aristocrática e popular”⁵⁴. Contudo, não cita a teoria da Constituição mista, tampouco atribui a Políbio a explicação que justifica a lógica realizada para se chegar à conclusão de que a melhor forma de governar é separando dos poderes.

O autor encerrou o capítulo dizendo que não esgotaria o assunto pesquisado, qual era, a quanto de liberdade cada um dos poderes deve ter para que o cidadão possa ser efetivamente livre. Segundo Montesquieu, “[...] é preciso fazer com que o leitor se esforce. Não se trata aqui de fazer ler, mas de fazer pensar”⁵⁵.

A separação dos Poderes montesquiana serve para limitar a atuação de cada uma das funções, cingindo-as a um escopo específico, estabelecendo competências próprias, a fim de evitar que o excesso de liberdade possa vir a degenerar o Poder, tornando-o tirânico e que, em razão disso, ele possa escravizar o povo.

Aqui está uma diferenciação importante que será discutida com maior vagar adiante: a tripartição do Poder, ou a divisão de funções serve para limitar o Poder; o sistema de freios e contrapesos serve para evitar erros e abusos por parte dos membros que exercem essas funções.

⁵³ “A constituição era monárquica, aristocrática e popular; e a harmonia do poder foi tal que não se viu nem inveja, nem disputa nos primeiros reinados. O rei comandava os exércitos e tinha a intendência dos sacrifícios; tinha o poder de julgar as questões civis e criminais; convocava o senado, reunia o povo, atribuía-lhe certas questões e regulamentava as demais com o senado.

O senado possuía grande autoridade. Os reis amiúde convidavam os senadores para julgar com eles; não levavam nenhuma questão ao povo antes que ela tivesse sido deliberada no senado.

O povo tinha direito de eleger os magistrados, de aceitar novas leis e, quando o rei o permitia, de declarar guerra e concluir a paz. Não tinha de maneira alguma o poder de julgar.” Op. Cit., p. 179.

⁵⁴ Como já explicado na citação anterior, na qual reproduzimos o trecho mencionado.

⁵⁵ Op. Cit., p. 195.

1.7 DO PORQUÊ AS FORMAS DE GOVERNO SE ENTRELAÇAM COM A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A partir das pesquisas apresentadas até aqui, é possível depreender que a separação dos Poderes, tal como se conhece, possui em sua matriz histórica uma correlação com as formas de governo, uma vez que o Poder Executivo possui características da Monarquia; o Poder Judiciário da Aristocracia e o Poder Legislativo, da República.⁵⁶

Nas Constituições romanas, explicadas por Políbio, os Cônsules eram o elemento monárquico; o Senado – a aristocracia; e as Assembleias e os Tribunos da Plebe – a democracia.

Nos mesmos moldes, outro exemplo histórico que dá conta da ‘mistura’ das formas de governo é a Liga Aqueia. A Liga foi uma confederação que governou doze cidades-estado da Acaia, região do Peloponeso, na antiga Grécia (final do século IV, início do V a.C), também governou aos moldes da Constituição mista descrita por Políbio. Conta Rego que:

O poder executivo estava a cargo dos *strategos*, eleito por um período de um ano, comandante-em-chefe das forças armadas e presidente da Liga. O presidente era assessorado por um Conselho de dez demiurgos, independentes de sua nomeação e que lhe limitavam o poder. Além disso, todos os assuntos de importância tinham que ser levados ao conhecimento e ratificados por dois tipos de assembleia. Uma, o *synodos*, reunia-se regularmente (4 vezes por ano) e era eleita por um tipo não perfeitamente conhecido de votação. Uma assembleia primária e extraordinária, o *synkletos*, era reunida para a ratificação de importantes decisões, como tratados declarações de guerra, etc. Como vemos, era um arranjo que se assemelhava em muito à noção de Constituição mista, com os elementos monárquico (*strategos*), aristocráticos (*demiurgos*) e democráticos (*synodos*) nela representados⁵⁷.

⁵⁶ “Na lição d’Espírito das Leis, o Executivo é visto como Monárquico, o Judiciário como aristocrático, o Legislativo partilhado, por meio do bicameralismo, entre aristocracia e povo”. FERREIRA FILHO, op. Cit., p. 14.

⁵⁷ REGO, Antonio Carlos Pojo do. Equilíbrio e contradição. A Constituição Mista na obra de Políbio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 18, n. 71, p. 95-126, 1981, p. 100

Quadro 4: Divisão de funções na Liga Aqueia (280 a.C a 146 a.C).

<p><i>Strategos</i> – Monarquia</p> <p><i>Demiurgos</i> – Aristocracia</p> <p><i>Synodos e Synkletos</i> – República / Democracia</p>
--

Fonte: Elaborado pela autora.

Embora desde a Antiguidade a ideia de que um poder ou função deveria ter recursos para barrar decisões de outro com vistas a evitar abusos, a engenharia do sistema com freios e contrapesos adotada pela Constituição brasileira foi a cunhada pelos Federalistas, já quase no início da contemporaneidade, como será visto a seguir.

Assim, afirma-se que a separação dos Poderes não se confunde com o sistema de freios e contrapesos. Nos capítulos seguintes, apresentar-se-ão conceitos para distinguir essas teorias com maior rigor.

1.8 OS FEDERALISTAS

O Federalista trata-se de uma obra que reúne os ensaios publicados na imprensa de Nova York ao longo do ano de 1788, por três autores federalistas: Alexander Hamilton, James Madison e John Jay; os artigos recebiam o pseudônimo de *publius*. O objetivo dessas publicações era contribuir com a ratificação do texto constitucional americano de 1787.

Em muito inspirados pelas ideias de Montesquieu e Locke, os chamados federalistas defendiam o federalismo, a existência de um governo central que pudesse governar a nação. Eles se preocuparam em dividir o exercício do poder⁵⁸ e desenvolveram mecanismos de controle recíproco entre os poderes, com vistas a comprovar que o sistema federativo funcionaria de forma segura⁵⁹.

⁵⁸ A preocupação em construir uma estrutura observando a separação dos poderes não se deu com base no pensamento de criar-se um governo misto, com a presença de todas as “camadas” sociais (realeza, aristocracia e o povo), até porque a nação americana estava nascendo e não havia essa divisão tão fortemente demarcada.

⁵⁹ “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 foram fixados.” Madison, Artigo 48.

Sobre o sistema de freios e contrapesos, há duas coisas a se dizer. Primeiro, que havia uma preocupação genuína em construir mecanismos aptos a limitar o exercício dos Poderes para que o governo pudesse funcionar e prosperar. A segunda motivação, menos conhecida e debatida, tem por fundamento a preocupação em criar condições para o desenvolvimento econômico, afastando o poder decisório das massas⁶⁰. Para tanto, seria essencial encontrar mecanismos que pudessem conter o “excesso de democracia”, como explica Wood:

Quaisquer que fossem os termos usados, os federalistas, em suas declarações públicas, não podiam dizer francamente o que pelo menos alguns haviam dito dentro do sigilo da Convenção de Filadélfia: que a fonte de suas dificuldades vinha do excesso de democracia local e que a solução era limitar esta democracia local erigindo sobre ela uma estrutura mais aristocrática⁶¹.

A preocupação com a participação popular também foi externada por John Adams, em sua autobiografia, na qual ele relata o encontro com um ex-cliente que havia defendido algumas vezes em razão de dívidas, em 1775. Segundo ele, o homem estava festejando, esfuziantemente, o fato de a Grã-Bretanha ter fechado os tribunais da colônia de Massachusetts. No entendimento do devedor, não haver mais tribunais na região se configurava uma vitória e uma solução para os seus problemas. A fala e a reação de seu cliente levou Adams a escrever o seguinte trecho em seu diário:

“É este o objetivo pelo qual lutei?”, perguntei a mim mesmo. Pois segui meu caminho sem nenhuma resposta para esse infeliz. São esses sentimentos dessas pessoas, e quantas delas existem no país? Metade da nação, pelo que sei; pois metade da nação é de endividados. Se o poder cair em suas mãos, e há grande perigo de que caia, para que fim teremos sacrificado nosso tempo, saúde e tudo mais? Certamente devemos nos proteger contra esse espírito e esses princípios, ou nos arrependemos de toda a nossa conduta⁶².

⁶⁰ “[...] não houve a nítida divisão classista, característica dos chamados governos mistos. Pelo menos, não aparentemente. O que se viu foi um engenhoso quadro de contenção popular, em que a estrutura jurídica emudeceu o poder constituinte com seu sistema de checks and balances.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **O caráter antimajoritário da Constituição Americana de 1787 e da França Pós-Revolução**. Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda nº 1, de 1969. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 547-548., p. 38.

⁶¹ YOUNG, Alfred. Os conservadores, a Constituição e o espírito de conciliação. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (org.) **A Constituição norte-americana. Capitalismo/democracia**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 207.

⁶² KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 16.

Kramnick explica que as colônias, após a guerra pela independência, se organizaram de forma muito independente e autônoma, sobremaneira porque a luta pela libertação do jugo da coroa se tratava de uma luta por liberdade em todos os sentidos. Entretanto, esse excesso de liberdade existente em cada colônia se revelava um caos, uma olocracia, de acordo com Políbio. O autor cita que cada colônia tinha a sua marinha e que chegava ao ponto de uma colônia apreender embarcações de outras colônias que precisavam ultrapassar suas águas para chegar ao destino⁶³.

Cada colônia tinha a sua Constituição, e a regra era a participação popular nas decisões. Conta também, o mesmo autor, que a Constituição da Pensilvânia previa que nenhuma lei poderia ser aprovada sem antes ser debatida e votada por todos os grupos da população⁶⁴. A participação popular era muito presente e importante em âmbito “estadual”⁶⁵. A ideia de conceder novamente o poder, agora para um governo central, na figura de um presidente, soava para muitos como a instauração de uma nova monarquia ou aristocracia.

Em razão disso, existiu o movimento dos federalistas, que buscavam convencer a população de que a Constituição trazia uma estrutura adequada para a organização do poder, e os “antifederalistas”, que criticaram de forma contundente a ideia de um poder centralizado.

Richard Henry Lee, ferrenho antifederalista, assim pontuou: “[...] é realmente espantoso que as mesmas pessoas que acabaram de emergir de uma guerra longa e cruel em defesa da liberdade concordem agora em estabelecer um despotismo eletivo sobre si mesmas e sua posteridade”⁶⁶.

Os federalistas, portanto, se preocuparam em criar uma estrutura que possibilitasse a organização do Estado e que apresentasse elementos que fizessem com que o povo se sentisse seguro de que continuaria participando das decisões, só que através de seus representantes, e que estes se vigiarium mutuamente. Eles fundamentaram toda a arquitetura do sistema de freios e contrapesos com base em uma ideia bastante realista em relação à conduta humana:

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

⁶³ Op. Cit., p. 11-12.

⁶⁴ Op. Cit., p. 14.

⁶⁵ Não existia a noção de Estado como conhecemos, está se utilizando o termo em sentido figurado.

⁶⁶ Op. Cit., p. 8.

governo. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos do governo. Ao constituir-se um governo – integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens –, a grande dificuldade está em que se deve, primeiro habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência ensinou que há necessidade de precauções suplementares⁶⁷.

No artigo 51, escrito por Madison, intitulado “Freios e contrapesos”, o autor explica de forma resumida como seria possível assegurar a repartição de atribuições dos Poderes na prática, evitando-se que um avançasse sobre a competência do outro. Ele esclarece que:

[...] a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. As medidas para a defesa devem, neste caso como em todos os demais, ser compatíveis com as ameaças de ataque⁶⁸.

O autor defende que é da natureza humana a ambição e, portanto, esse sentimento deve ser utilizado para neutralizar a própria ambição, associando-se direitos pessoais do governante com os limites constitucionalmente estabelecidos. Oferecer uma estrutura na qual os membros dos Poderes possuam força e interesse para vigiar os atos uns dos outros é uma maneira eficiente de conferir equilíbrio ao exercício do poder⁶⁹.

A organização dos controles mútuos entre os poderes restou organizada da seguinte maneira: o Poder Legislativo é formado por um parlamento bicameral que se autorregulamenta ante a troca de interesses entre as duas casas (Câmara – que reúne os representantes do povo – de caráter republicano; e Senado – que reúne os membros da aristocracia), ainda, seus representantes seriam controlados pelo povo através das eleições. O Legislativo atua como fiscal do Poder Executivo, inclusive julgando o Presidente em caso de *impeachment*.

O Poder Executivo, descrito por Hamilton dos artigos 67 a 77, na obra *O federalista*, tem a função de administrar, governar, possui o poder de vetar leis que

⁶⁷ WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. vol. I. São Paulo: Ática, 2002. Artigo 51, p. 273.

⁶⁸ WEFFORT, Op. Cit, p. 273.

⁶⁹ “Este sistema, que consiste em fazer uso da oposição e rivalidade de interesses, na falta de motivos melhores, é o segredo de todos os negócios humanos, quer sejam particulares, quer sejam públicos.” KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 218.

não se revelem de interesse do povo. Como já mencionado, seus atos podem ser contidos via *impeachment*, em caso de irregularidade. Por fim, algumas de suas decisões restaram reservadas à autorização senatorial. Convencer os antifederalistas de que a concentração de poder nas mãos do Presidente não se traduziria em uma nova forma de monarquia foi um dos grandes desafios enfrentados pelos Federalistas.

O Poder Judiciário é regulado através das nomeações feitas pelo Chefe do Poder Executivo, e em alguns casos através de eleições populares de seus membros. Considerado um poder essencial para equilibrar as disputas entre os Poderes Legislativo e Executivo. Hamilton defendeu que o Poder Judiciário seria o guardião da Constituição⁷⁰, embora este dispositivo não tenha sido inserido no texto constitucional americano, só veio a se concretizar após a decisão do caso *Marbury vs Madison*⁷¹. Após fixar sua competência como guardião da interpretação constitucional, deixa de ser um poder de menor importância, como retratado por Montesquieu, e passa a ter um papel de protagonismo na estrutura institucional americana.

São muitos os relatos na doutrina que apontam o caráter antidemocrático e conservador da Constituição americana. Segundo os críticos, trata-se de um texto estrategicamente pensado para instalar não uma democracia, mas uma aristocracia que iria contar, em parte, com a participação popular. Vale destacar o pensamento de Bercovici sobre o tema: “O governo central forte não visava tanto os perigos externos, mas sim as ameaças internas, buscando frear e anular as tendências democráticas e democratizantes⁷²”.

Robert Dahl, em sua obra *A Constituição norte-americana é democrática?*, aponta que, para corrigir os aspectos antidemocráticos do texto, seria necessário enfrentar: a extrema desigualdade de representação entre as Casas Congressuais, destacadamente a desproporcionalidade no Senado Federal; menciona que o sistema constitucional precisaria se tornar mais claramente consensual ou mais decididamente

⁷⁰ “O poder judicial, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, porque será o menos capaz de molestá-los ou de lhes causar danos. O Executivo não só distribui as honrarias, mas empunha a espada da comunidade. A legislatura não só comanda a bolsa, mas prescreve as normas pelas quais se devem regular os deveres e os direitos de todos os cidadãos. O judicial, pelo contrário, não tem nenhuma influência sobre a espada ou sobre a bolsa; e não pode tomar nenhuma resolução activa, seja ela qual for. *Pode ser dito com verdade que não tem Força nem Vontade, mas apenas juízos.* HAMILTON, Alexander. O federalista 78 – O Departamento Judicial. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 683.

⁷¹ Célebre decisão do Justice John Marshall, em 1803.

⁷² BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013, p. 111.

majoritário; que a Suprema Corte deveria se abster de legislar sobre políticas públicas pautadas em interesses políticos e se concentrar apenas em direitos fundamentais e federalismo; a identificação do Chefe do Poder Executivo com a figura de um monarca deveria mudar; e, por fim, que seriam necessárias mudanças no colégio eleitoral. Contudo, ele se demonstra extremamente pessimista em relação à possibilidade de essas mudanças acontecerem⁷³.

Assim, o que se extrai da análise histórica da criação do texto constitucional americano é que ele teve um propósito claro: resolver uma problemática interna da sociedade americana. Toda a arquitetura do modelo de Estado, incluindo as ferramentas do sistema de freios e contrapesos, possuíam um fundamento prático ancorado na realidade estadunidense. Logo, não poderia servir de parâmetro para solucionar as questões próprias do Estado brasileiro.

1.9 CÍCERO, BOLINGBROKE, CONSTANT, LOEWENSTEIN, VILE, WALDRON E ACKERMAN

Como já mencionado, muitos autores de grande relevo trataram a respeito da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. Considera-se importante destacar a contribuição dos seguintes pensadores: Cícero - Antiguidade; Visconde Henry St. John Bolingbroke e Benjamin Constant - Idade Moderna; e os contemporâneos: Karl Loewenstein; Maurice John Crawley Vile; Jeremy Waldron; Bruce Ackerman⁷⁴.

Cada um deles trouxe uma reflexão importante, mas não alteraram o formato que já foi apresentado e debatido pelos demais autores referendados. Em relação aos contemporâneos, embora tragam divergências e sugestões de aprimoramento do modelo, concretamente falando ainda não houve uma alteração da configuração

⁷³ DAHL, Robert A. **A Constituição norte-americana é democrática?**, 2. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015, p. 139.

⁷⁴ Em regra, a doutrina constitucional brasileira remonta aos conceitos clássicos colhidos nas célebres obras desses publicistas. Os autores estrangeiros, aqui comentados, contribuem com seu ponto de vista em relação à problemática que se põe como um sustentáculo ao objetivo final da pesquisa. Seria impossível analisar o sistema de freios e contrapesos no âmbito do Poder Judiciário sem antes definir o que é este mecanismo e distingui-lo do princípio da separação dos Poderes satisfatoriamente. Para construir uma definição adequada, é de bom alvitre consultar aqueles que já se debruçaram sobre a temática, contudo, sem importar integralmente um entendimento que é construído a partir de uma dinâmica social diversa. É necessário partir da realidade brasileira, tomá-la como parâmetro para alcançar um resultado que seja satisfatório para o ordenamento jurídico brasileiro.

originária. Nessa quadra, a menção ao pensamento dos autores é suficiente para posicionar o debate na atualidade, sem a necessidade de aprofundar a discussão, visto que sobeja a proposta deste capítulo, que é a apenas o contexto histórico que cunhou a estrutura da separação dos poderes.

Cícero

O pensador romano⁷⁵, em sua obra *Da república*, retoma o debate feito por Aristóteles e Políbio, tratando do governo misto: “[...] desses três sistemas primitivos, crio que o melhor é, sem disputa, a monarquia; mas ela mesma é sempre inferior à forma política que resultaria da combinação das três”⁷⁶.

O autor tece severas críticas à forma de governo democrática. Segundo ele, trata-se de uma modalidade de “despotismo da multidão”⁷⁷. E assevera: “[...] esse conjunto de homens tão tirano como se fosse um só e tanto mais digno de ódio quanto, nada há de mais feroz do que essa terrível fera que toma o nome e imita a forma do povo”⁷⁸.

Visconde Henry St. John Bolingbroke

O pensador inglês⁷⁹ é mencionado por diversos autores⁸⁰ como o mentor do sistema de freios e contrapesos, pois em sua obra *The Idea of a patriot king*, ele defende a teoria da necessidade de uma oposição constante a fim de controlar o Poder, e que a limitação da monarquia não a desnaturizaria.

Entre as muitas razões que me determinam a preferir a monarquia a todas as formas de governo, esta é a principal. Quando a monarquia é a forma essencial, ela pode ser mais fácil e mais proveitosamente temperada com a aristocracia, ou democracia, ou ambas, do que qualquer uma delas, quando são as formas essenciais, pode ser temperada com a monarquia. Parece-me que a introdução de um poder monárquico permanente real, ou qualquer coisa além do esplendor dele, em qualquer um deles, deve destruí-los e

⁷⁵ Marco Túlio Cícero foi um advogado, político e filósofo que nasceu em 106 a.C. Ele escreveu a obra **Da república** em 51 a.C.

⁷⁶ CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. São Paulo: Edipro, 1996, p. 40.

⁷⁷ CÍCERO, Op. Cit., p. 78.

⁷⁸ Ibid..

⁷⁹ Visconde Henry St. John Bolingbroke foi um estadista e escritor inglês que viveu no século XVIII (1678-1751). Ele escreveu a obra **A ideia de um rei patriota**, em 1738. Foi contemporâneo de Montesquieu, que publicou **Do espírito das leis** dez anos depois da publicação de Bolingbroke.

⁸⁰ V.g., Fides Ommati cita que Carl Schmitt considerava Bolingbroke o verdadeiro autor da teoria do equilíbrio entre os poderes. *In: Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado*, nota de rodapé 4, p. 57; o autor também é mencionado por Paulo Bonavides como o mentor do sistema de freios e contrapesos. *In: BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 268.

extingui-los, como uma luz maior extingue uma menos. Considerando que pode ser facilmente mostrado, e a verdadeira forma de nosso governo demonstrará, sem buscar qualquer outro exemplo, que consideráveis poderes aristocráticos e democráticos podem ser concedidos em uma linha monárquica, sem diminuir o brilho, ou restringir o poder e autoridade de o príncipe⁸¹.

Em igual sentido:

Meu objetivo é fixar este princípio: que as limitações de uma coroa devem ser levadas tão longe quanto for necessário para garantir a liberdade de um povo; e que todas essas limitações podem subsistir, sem enfraquecer ou pôr em perigo a monarquia⁸².

O autor foi contemporâneo de Montesquieu. Bolingbroke publicou a sua obra dez anos antes de o autor francês publicar o célebre *Do espírito das leis*. Uma coincidência que remonta ao debate presente à época. A necessidade de limitar e modificar o sistema político que reinou do século XV ao XVIII, a monarquia absolutista.

Benjamin Constant

O autor francês⁸³ dedicou-se aos estudos da separação dos Poderes, principalmente em razão dos exageros pós-Revolução Francesa que o levaram a crer que a tripartição dos Poderes se demonstrava insuficiente para conter arroubos autoritários. Seria necessário um quarto poder que fosse capaz de moderar a atuação das três funções principais do Estado: legislar, administrar e julgar.

A Constituição brasileira de 1824 se inspirou no modelo proposto por Constant e incluiu o “Poder Moderador”⁸⁴ na estrutura do Estado. A função foi atribuída ao Imperador, reunindo em uma só pessoa o Poder Executivo e o Poder Moderador. A quadripartição do Poder no Brasil seguiu vigente até o advento da Constituição de 1891.

Constant valeu-se em sua obra do termo “poder real”, segundo revela Afonso Arinos:

⁸¹ BOLINGBROKE, Visconde Henry St. John. The Idea of a Patriot King. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/bolingbroke/king.html> Acesso em: 22 jan. 2021. Tradução automática.

⁸² Op. Cit. Sem numeração de página.

⁸³ Henri-Benjamin Constant de Rebecque foi um escritor, político e jurista francês, nasceu em 1767 e morreu em 1830.

⁸⁴ “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.” **Constituição de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 25 jan. 2021.

[...] o próprio Constant reconhece que a originalidade da propositura desse instituto não lhe pertencia; ele se inspirara nos escritos de Clermont TANNERRE, deputado aos Estados-Gerais, que fora morto no período revolucionário francês⁸⁵.

O autor defendia a necessidade de um poder neutro que pudesse analisar com o afastamento necessário as atitudes dos demais Poderes. Nas Monarquias Constitucionais, esse poder se encontra presente na figura do Chefe de Estado. Como no sistema presidencialista as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado estão reunidas no Presidente da República, faz-se necessário um poder externo que possa agir de forma soberana.

A função de moderar os Poderes, atualmente, é exercida pelos Tribunais Constitucionais, nos países que possuem uma Corte exclusiva para analisar questões constitucionais, de acordo com o modelo proposto por Hans Kelsen.

No Brasil, muito já foi discutido a esse respeito, principalmente ao longo dos debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88. Durante um longo período dos trabalhos, cogitou-se a criação de um Tribunal Constitucional. O projeto foi abandonado, após intensa discussão, dada a propositura da Emenda 4c-oo16-5, de autoria do Constituinte Prisco Vianna⁸⁶, que suprimiu do texto o inteiro teor da proposta.

Assim, é visível que a teoria de Benjamin Constant contribuiu de forma muito profícua para o debate acerca da separação do Poderes.

Karl Loewenstein

O autor alemão⁸⁷ analisa as funções do Estado e propõe uma nova divisão, afastando-se do modelo montesquiano: "*policy execution* (nível vertical executivo), *policy determination* (nível vertical deliberativo) e *policy control* (nível vertical

⁸⁵ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Curso de direito constitucional brasileiro**. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 56.

⁸⁶"Pretende o eminente Constituinte PRISCO VIANA, por intermédio da Emenda n. 4c0016-5, suprimir, por inteiro, o Capítulo II do Anteprojeto, que versa sobre o "Tribunal Constitucional", além de expungir do texto todas as referências àquele sodalício. Justifica sua pretensão, preliminarmente, na circunstância de o Supremo Tribunal Federal, há um século, vir exercendo as funções que se pretende atribuir ao Tribunal Constitucional. Em segundo lugar, por se tratar de "uma inovação que não tem tido o sucesso que se alardeia". Em terceiro lugar, porque "as Cortes Constitucionais de outros países, invocadas pelo ilustre relator, não atingiram, ainda, nessa matéria, nosso nível de evolução". Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em: 25 jan. 2021.

⁸⁷ Karl Loewenstein, jurista, escritor e político alemão, nasceu em 1891 e morreu em 1973. A obra que serve como referência para o presente estudo é **Political power and the government process**, cuja primeira publicação foi em 1957.

controlador)”⁸⁸. Segundo a sua teoria, primeiro seria necessária uma deliberação, depois a execução e, por fim, o controle.

Cezar Saldanha explica com muita clareza a teoria de Loewenstein:

Contribuição que não pode deixar de ser mencionada, por abrir horizontes para um plano bem mais amplo, é a de KARL LOEWENSTEIN. Este classifica as funções políticas também em três: (a) *policy determination* (a função de tomar decisões políticas conformadoras ou fundamentais, como aquelas do poder constituinte, do eleitorado, do Governo e do Parlamento, que afetam fortemente a vida política, religiosa e econômico social); (b) *policy execution* (a função de executar as decisões políticas conformadoras, cabendo, entre outros, ao Legislativo, ao Governo, à Administração e ao Poder Judiciário); a (c) *policy control* (a função de exercer fiscalização horizontal e vertical sobre o exercício do poder), onde se inserem, p. ex., a responsabilização política do governo, a dissolução da Câmara (no parlamentarismo) e o controle de constitucionalidade⁸⁹.

O raciocínio de Loewenstein se diferencia dos demais autores citados, pois apresenta um olhar não para a divisão do poder com a função de delimitá-lo, mas sim observa a distinção de funções estatais necessárias ao bom funcionamento do Estado, cabendo a cada um dos Poderes observá-las dentro do exercício de suas competências.

Maurice John Crawley Vile

O autor britânico⁹⁰ publicou a obra *Constitutionalism and the separation of powers*, na qual pontua a existência de uma confusão doutrinária em relação aos termos atinentes à separação dos poderes:

A "doutrina da separação de poderes" não é de forma alguma simples e imediatamente reconhecível, conjunto inequívoco de conceitos. Ao contrário, representa uma área do pensamento político em que houve uma confusão extraordinária na definição e no uso dos termos⁹¹.

O livro traz uma pesquisa aprofundada de todo o desenvolvimento histórico da separação dos Poderes, e ao final pontifica:

⁸⁸LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: **Political power and the government process**. Primeira publicação em 1957, p. 62.

⁸⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia política do Estado e sistemas de poderes**. Tese (Livre-docência em Direito) – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 143.

⁹⁰ Maurice John Crawley Vile é professor da Universidade Canterbury e Kent, na Inglaterra. Nasceu em 1927. Autor da obra **Constitutionalism and the separation of powers**, publicada em 1967.

⁹¹ Vile, MCJ. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998, p. 2. (Tradução nossa).

A impressão dominante deixada por esta pesquisa de três séculos de pensamento constitucional ocidental é que nós, no meio do século XX, vivemos em uma época que herdou várias tradições diferentes, sem sermos capazes de unir essas várias vertentes em um padrão coerente, para derivar uma teoria reconciliadora unificada de governo constitucional⁹².

A obra do autor merece ser referenciada por retomar o debate e apresentar as dificuldades enfrentadas pela doutrina em desenvolver conceitos e definições capazes de situar a teoria de forma eficiente nos dias atuais.

Jeremy Waldron

O autor neozelandês⁹³ publicou *Separation of powers in thought and practice* em 2013⁹⁴, no qual aponta a falta de rigor técnico ao se utilizar os princípios que, segundo ele, compõem a separação os Poderes. Esse posicionamento demonstra que essa confusão não se opera apenas no Brasil.

Waldron apresenta um raciocínio em que distingue o princípio da separação dos Poderes, da divisão do poder e do sistema de freios e contrapesos.

Meu tema é a separação de poderes, concebida como um princípio político para avaliar os arranjos jurídicos e constitucionais de um estado moderno. Qual é este princípio e por que ele é importante? A questão nos leva a direções interessantes se distinguirmos a separação de poderes de dois outros princípios importantes que são comumente associados, se não identificados com ele. Esses outros princípios são, em primeiro lugar, o **princípio da divisão de poder – aconselhando-nos a evitar concentrações excessivas de poder político nas mãos de qualquer pessoa, grupo ou agência**; e, em **segundo lugar, o princípio de freios e contrapesos – mantendo que o exercício do poder por qualquer detentor do poder precisa ser equilibrado e verificados pelo exercício de poderes por outros titulares de poderes**⁹⁵. (Grifo nosso)

Segundo o Professor, o princípio da Separação do Poderes contempla subprincípios: a divisão do poder, o sistema de freios e contrapesos, o bicameralismo e o federalismo. A Separação dos Poderes seria como um “supraprincípio”⁹⁶ constitucional, e embora não esteja positivado na Constituição Americana de 1776,

⁹² Op. cit., 343. (Tradução nossa).

⁹³ Jeremy Waldron professor de Direito e Filosofia na Universidade de Nova York. Nascido em 1953, na Nova Zelândia.

⁹⁴ Jeremy Waldron, **Separation of powers in thought and practice**, 54 BCL Rev. 433, 2013. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2> Acesso em: 18 jan. 2021.

⁹⁵ WALDRON, Jeremy. **Separation of powers in thought and practice**, 54 B.C.L. Rev. 433, 2013. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>, p. 433. (Tradução nossa).

⁹⁶ Expressão criada pela autora, não foi retirada do artigo do autor.

ele deve ser considerado tanto quanto a democracia, que é um princípio norteador do direito americano, mas não escrito.

O autor afirma ainda que:

A separação de poderes aconselha uma separação qualitativa do diferentes funções do governo – legislação, adjudicação e administração executiva. Mas a justificativa para essa separação não ficou clara na literatura canônica da teoria política dos séculos XVII e XVIII: as "justificativas" de Montesquieu, por exemplo, eram principalmente tautologias. E no espírito dessas tautologias, o constitucionalismo moderno tem, até recentemente, considerado a separação de poderes como algo certo – o que significa dizer que se assume que a separação de poderes é necessária para evitar a tirania, mas não explica por quê⁹⁷.

Há de se discordar do autor, já que, com base nas explicações trazidas na presente pesquisa, resta claro porque a separação das funções do poder é essencial para evitar a concentração do poder, fenômeno que leva inexoravelmente à tirania. As explicações de Montesquieu traduzem de forma muito assertiva a necessidade dessa divisão, não se traduzindo em pensamentos redundantes⁹⁸. O autor explica com vagar e profundidade os fundamentos de seu entendimento⁹⁹.

Waldron também afirma que Montesquieu não é claro ao explicar a conexão entre a necessidade de separar o poder em funções distintas e a ligação disso com a questão da liberdade. Considerando a concatenação dos estudos já mencionados alhures, depreende-se que a leitura de Montesquieu só consegue ser efetivamente compreendida a partir dos ensinamentos Platão, Aristóteles e, destacadamente, Políbio. A fim de compreender-se que a concentração do poder leva à sua degenerescência¹⁰⁰ e que a manifestação dessas formas degeneradas invariavelmente impacta na liberdade dos governados.

Tomando a teoria da Constituição mista como parâmetro, se o poder se concentrasse no Executivo – de característica monárquica –, estaríamos diante de uma tirania. A tirania é uma forma de governo na qual os governados não têm liberdade, porque qualquer ação pode ser objeto de censura e punição de forma arbitrária por parte do tirano.

Se o poder se concentrasse no Judiciário – de características aristocráticas –,

⁹⁷ Op. Cit., p. 434. (Tradução nossa).

⁹⁸ Tautologia seria repetir termos sinônimos a fim de explicar a mesma coisa. E não é o caso do autor francês.

⁹⁹ As justificativas foram apresentadas no capítulo que tratou da obra do autor.

¹⁰⁰ Este termo não é citado no artigo do autor.

o poder se degeneraria em oligarquia, um grupo de pessoas que decidiriam pensando apenas em seu próprio bem, não no bem comum. Como o povo teria liberdade, sem poder confiar que as leis seriam interpretadas e cumpridas com vistas a produzir a justiça, não para beneficiar interesses escusos?

Se o poder se concentrasse no Legislativo – de características republicanas e democráticas –, a degeneração se refletiria em uma anarquia (ou olocracia, nos termos de Políbio), um total desrespeito às leis gerais, já positivadas e naturais. Não existe liberdade se todos podem fazer tudo o que querem.

Para bem compreender isso, é preciso partir do conceito de liberdade apresentado por Montesquieu:

O que é a liberdade. É verdade que nas democracias o povo parece fazer aquilo que quer, mas a liberdade política não consiste em fazer aquilo que se quer. Em um Estado, isto é, em uma sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido em fazer o que não se deve desejar. Deve-se sempre ter em vista o que é independência e o que é liberdade. Esta última é o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem não teria mais liberdade, uma vez que os outros também teriam esse poder¹⁰¹.

O autor sinaliza que o tema da separação dos Poderes é pouco estudado¹⁰² e finaliza sua análise dizendo que o princípio pode estar obsoleto, mas não é inútil, uma vez que oferece lastro para algo valioso um “governo articulado por meio de sucessivos fases de governança, cada uma das quais mantém sua própria integridade”¹⁰³.

¹⁰¹ MONTESQUIEU. Op. Cit. 164.

¹⁰² Em relação a tomar o princípio como certo e não pensar de forma mais aprofundada a respeito dele, com certeza é algo com o qual se concorda. Talvez esse fenômeno se coloque porque o tema é, em regra, considerado ‘grande demais’ para ser tratado em dissertações e arriscado demais para ser enfrentado em uma tese. E como os pesquisadores são dissuadidos de pensar a respeito da temática, logo no início de sua vida acadêmica, ela tem sido deixada para trás.

Os grandes pensadores do passado, como Platão, Aristóteles, Leonardo da Vinci, Galileu, dentre outros tantos, tinham um perfil abrangente. Tratavam a respeito das mais diversas manifestações da vida, pensavam e escreviam sobre tudo que lhes instigava. Na atualidade, essa característica não é vista com bons olhos pela academia. Há a necessidade de especializar-se em um tema, aprofundar-se nele e dedicar-se a ele ao longo de toda a vida, para assim tornar-se referência na matéria: é o objetivo granjeado pelos acadêmicos hodiernamente.

Não há mal nisso, tirante o fato de que talvez muitos pensadores deixem de escrever e até mesmo de dedicar-se a pensar sobre temas relevantes por se sentirem constrangidos em falar sobre algo que não são ‘especialistas’. Contudo, mesmo um raciocínio parco e insuficiente, em um primeiro olhar, pode demonstrar-se importante, considerando que se presta a convidar a academia a debater sobre o tema proposto.

¹⁰³ MONTESQUIEU, Op. Cit., 467.

Bruce Ackerman

O autor americano¹⁰⁴ publicou a obra *A nova separação dos poderes* em 2013, na qual apresenta a sua teoria “o parlamentarismo limitado”. Ele define essa estrutura da seguinte forma: uma Casa bicameral, em que uma delas seja eleita para escolher o governo e aprovar as leis ordinárias, denominada “Câmara Federalista”¹⁰⁵, e uma segunda casa, composta por membros consultivos, que poderiam ser escolhidos pela primeira casa, seria a “Câmara Consultiva”¹⁰⁶. Ele dá a essa estrutura o nome de “solução de uma casa e meia”, uma casa forte e uma fraca.

Ackerman defende fortemente a ideia de dividir as decisões com o parlamento e com o povo, e antes de o Poder Executivo decidir por medidas que serão impostas a todos é preciso deliberar sobre a decisão envolvendo ao máximo os membros da sociedade. Em relação a esse ponto, ele propõe a realização de referendos sequenciais¹⁰⁷.

O autor ainda apresenta dois pontos essenciais para o funcionamento desse novo modelo de separação dos Poderes: Cortes Constitucionais estruturadas com regras mais claras em relação à nomeação e com um prazo limite de mandato, sem possibilidade de recondução¹⁰⁸. E instâncias de controle, divididas em “instância de integridade”, que cuidariam dos atos afetos à corrupção, e “instância democrática”, que seria responsável por organizar os referendos sequenciais. Os membros dessas instâncias não poderiam fazer parte de nenhum dos Poderes que compõem a divisão clássica.

Por fim, Ackerman destaca que já existem modelos próximos ao que ele descreve em sua teoria que funcionam bem em outros países, citando Japão e Alemanha como bons modelos de governança que não se limitam à antiga separação do Poderes. Segundo o autor, o valor de sua proposta para a doutrina constitucional é “[...] nos empurrar para além dos encantamentos ritualistas de Madison e Montesquieu”¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Bruce Arnold Ackerman é um jurista americano, professor na Universidade de Yale, nascido em 1943. Publicou a obra **A nova separação dos poderes** em 2013.

¹⁰⁵ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcellos e Eliana Valadares dos Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.

¹⁰⁶ Op. Cit., p. 55.

¹⁰⁷ Op. Cit. p. 41.

¹⁰⁸ Op. Cit. p. 42.

¹⁰⁹ Op. Cit., p. 113.

1.10 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO 1

O combinado dos saberes trazidos aqui possibilita concluir, com relativa segurança, alguns achados importantes:

(i) Dos autores clássicos aqui mencionados, nenhum acreditava que o povo tinha condições de tomar boas decisões para se autogovernar. E nenhum deles defendeu a república (forma de governo) e a democracia (o sistema de governo republicano) como melhor opção para governar.

Platão apontou como melhor forma de governo a *politeia*, um governo do sábio filósofo (praticamente um Deus). Aristóteles tendia para a aristocracia e a monarquia. Políbio pontificou que mesmo a melhor Constituição tende a se degenerar, portanto, o governo precisa ser misto. Locke, de todos os pensadores, era o que mais apostava na participação do povo por meio do Legislativo; mas, para tanto, a participação deveria ser organizada por intermédio de representantes. Montesquieu cita que o povo não tem condições de se governar¹¹⁰.

(ii) É essencial compreender que os Federalistas construíram a estrutura do sistema de freios e contrapesos valendo-se de todo esse acúmulo de conhecimento decantado por séculos, não para fazer com o que o povo pudesse participar verdadeiramente das decisões, mas afastá-lo do debate político. Tanto por ter consciência desses pareceres exarados por todos os pensadores que os precederam, como por questões econômicas que os levaram a “vender” a ideia de uma democracia, quando na verdade eles estavam estruturando e instituindo uma aristocracia.

Tocqueville descreve em sua obra *A democracia na América* as virtudes e dificuldades da democracia americana. Pós-Revolução Francesa, o autor identificou que o excesso de liberdade enseja a violência. Considerando que a liberdade e a igualdade são as bases da democracia, ele dedicou-se a compreender o fenômeno que a doutrina nomeia como dilema tocquevilliano: quanto mais liberdade, menos igualdade; quanto mais igualdade, menos liberdade.

O autor comenta a respeito da qualidade da participação popular nos espaços decisórios: “Não acredito que haja um país no mundo onde, em proporção à população, haja tão poucos indivíduos ignorantes e, ao mesmo tempo, tão pouco

¹¹⁰ “A grande vantagem dos representantes é que estes são capazes de discutir questões públicas. O povo não é, de modo algum, apto para isso, fato que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia.” Montesquieu. Op. cit, p. 168.

eruditos”¹¹¹. Muita liberdade conduz à pouca igualdade, e isso leva ao perecimento da democracia. Segundo Tocqueville, embora o poder tenha origem na vontade da maioria, existe uma lei universal que precisa ser respeitada pelos membros dessa maioria: a justiça.

Portanto, a maioria tem, nos Estados Unidos, imenso poder de fato, e poder de opinião quase tão grande; e quando esta se forma a respeito de um assunto, não há, talvez, obstáculos que possam, não digo detê-la, mas mesmo retardar-lhe a marcha, deixá-la escutar as queixas dos que esmaga na passagem. As consequências desse estado de coisas são funestas e perigosas para o futuro. Considero ímpia a máxima segundo a qual, em matéria de governo, a maioria de um povo tem o direito de tudo fazer e, no entanto, situo a origem de todos os poderes nas vontades da maioria. Estaria em contradição comigo mesmo? Existe uma lei geral que foi feita, ou pelo menos adotada, não somente pela maioria de tal ou tal povo, mas pela maioria de todos os homens. Essa lei é a justiça. A justiça forma, portanto, o limite do direito de qualquer povo (...) Quando me recuso a obedecer a uma lei injusta, não nego à maioria o direito de dirigir; apelo à soberania do gênero humano contra a soberania do povo”¹¹².

Godoy e Cheuri explicam que o constitucionalismo popular sempre existiu nos Estados Unidos, a participação do povo como principal intérprete do texto constitucional ocorria com frequência até o advento da crise de 1929 e, com ela, os muitos debates advindos do New Deal¹¹³, que acabaram por fortalecer e consolidar a atuação da Suprema Corte como órgão responsável pela interpretação da Constituição.

Paulatinamente, a ideia de que a Suprema Corte teria maior e melhores condições de analisar se uma lei estaria ou não em conformidade com a Constituição foi se assentando, e o povo foi se conformando em não ser consultado a respeito dessas questões.

A estrutura constitucional americana foi arquitetada de maneira a convencer o povo de que o poder seria controlado de forma orgânica, sem a necessidade de interferências em todas as decisões importantes do Estado. Durante um longo período o constitucionalismo popular seguiu firme, mas gradativamente o povo foi sendo afastado do espaço decisório.

De acordo com a finalidade buscada, a estrutura serviu e serve para estruturar o Poder na democracia americana nos moldes pensados pelos pais fundadores.

¹¹¹ TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. Posfácio de Antonio Paim; tradução de Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1987. p. 65.

¹¹² TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. Tradução J. A. G. Albuquerque. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 241 (Os pensadores, 19)

¹¹³ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison**, uma leitura crítica. Curitiba: Juruá, 2017, p. 101.

2. CONCEITOS E DIFERENCIAÇÕES

Considerando que a proposta deste estudo é revelar e explicar como funciona o sistema de freios e contrapesos no Poder Judiciário, entende-se como um ponto de partida necessário apresentar os conceitos dos princípios envolvidos e construir uma classificação geral para bem definir os instrumentos que compõem o sistema de freios e contrapesos, a fim de tornar possível a análise do fenômeno a que se está propondo estudar.

Como visto supra, a doutrina revela que ainda existe uma confusão entre os conceitos separação dos Poderes e sistema de freios e contrapesos. O presente capítulo merece destaque por trazer uma proposta autoral de conceituação e diferenciação desses princípios.

Primeiramente, trata-se de princípios? A separação dos Poderes, sim. Princípio é a “[...] norma de valor genérico que orienta a compreensão do direito, em sua aplicação e integração”¹¹⁴. A separação dos Poderes orienta e molda a estrutura do Estado.

O sistema de freios e contrapesos fornece os mecanismos necessários para o funcionamento da tripartição dos Poderes. Trata-se de uma condição para que a estrutura se movimente de forma segura e atenda aos princípios democráticos. Não se considera um princípio autônomo, mas um subprincípio inserto na separação dos Poderes.

2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como foi visto alhures, a separação dos Poderes nasce na Antiguidade, primeiramente, com o sentido de dividir funções entre as diversas camadas sociais para evitar conflitos e dar maior legitimidade às decisões. No final da modernidade, com Montesquieu, e posteriormente com Os Federalistas, essas funções ganham nomes específicos: Executivo, Legislativo e Judiciário.

A separação dos Poderes foi positivada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 469.

tem Constituição”¹¹⁵. Esta afirmação uniu o princípio da separação dos Poderes ao constitucionalismo moderno de forma indissociável.

Neste ponto da pesquisa, a proposta é analisar a separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos, buscando fornecer conceitos e uma classificação que possa organizar a análise desses fenômenos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, é relevante apontar duas reflexões autorais importantes. Primeiro: há distinção entre o princípio e o subprincípio decorrente daquele. A separação dos Poderes não é o sistema de freios e contrapesos em si¹¹⁶. Segundo: a separação dos Poderes é um princípio que rege a organização do Estado, e o sistema de freios e contrapesos é o mecanismo que oferece instrumentos para que o funcionamento das funções estatais transcorra de maneira lícita e da forma mais democrática possível.

A separação dos Poderes serve para organizar o exercício do poder, definindo funções específicas com vistas a limitar a atuação de um corpo de agentes públicos a um escopo de competência determinado.

Já o sistema de freios e contrapesos trata-se dos mecanismos disponíveis para corrigir as falhas inerentes ao exercício do poder e evitar erros por parte dos agentes que compõem os Poderes, contrabalanceando decisões, dividindo a responsabilidade entre os Poderes.

A separação dos Poderes limita o exercício do poder, estabelecendo funções específicas. O sistema de freios e contrapesos oferece instrumentos para evitar abusos.

Restará o questionamento: quando se está limitando o Poder, automaticamente não se está evitando o abuso? Uma coisa não está para outra sem distinção? Entende-se que, embora a motivação seja a mesma, existem distinções no funcionamento dessa engrenagem, o que torna cada peça única e essencial.

¹¹⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html#:~:text=Todos%20os%20cidad%C3%A3os%20s%C3%A3o%20iguais,virtudes%20e%20do%20seus%20talentos>. Acesso em: 22 de jan. 2021.

¹¹⁶ Em relação a essa afirmação, discorda-se do posicionamento do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A separação dos Poderes como sistema de freios e contrapesos. A doutrina de Montesquieu é uma ‘receita de arte política’. Exprime a ideia de que a divisão funcional por ela proposta estabelecerá um sistema de freios e contrapesos, impedindo o abuso dos governantes. Isto porque somente o ‘poder detém o poder’”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A ressurreição da democracia**. São Paulo: Dia a Dia Forense, 2020. p. 149.

Como foi visto, a ideia de dividir o exercício do Poder nasce a partir da noção de que as várias camadas da sociedade (realeza, nobreza e povo) deveriam participar das decisões do Estado a fim de torná-las legítimas. Essa divisão de tarefas, segundo os autores mencionados, seguiu a lógica do funcionamento de cada uma das formas de governo clássicas: República - Legislativo; Monarquia - Executivo; Aristocracia - Judiciário.

Quadro 5: Divisão das funções de acordo com a forma de governo que as inspirou.

LEGISLATIVO
<i>República</i>
EXECUTIVO
<i>Monarquia</i>
JUDICIÁRIO
<i>Aristocracia</i>

Fonte: Elaborada pela autora.

O Poder Legislativo é a casa do povo, sua atuação, tal como em uma república, se dá por meio da participação popular nos ditames do governo. A degeneração de uma república ocorre quando aquele povo abusa dos direitos de igualdade e liberdade e cada membro passa a seguir sua noção própria do que é o certo, descumprindo as leis que levam a república a se degenerar em anarquia.

Um Poder Legislativo que toma decisões desrespeitando as limitações estabelecidas no texto constitucional tende a transformar o Estado em uma sociedade anárquica, uma olocracia, como definido por Políbio.

O Poder Executivo detém a concentração de decisões necessárias para governar de forma eficiente o Estado, seguindo a lógica de um governo monárquico, que tinha por característica uma maior eficácia na gestão por se tratar de um único centro decisório. Contudo, essa concentração de força degenerava-se em tirania. Um Poder Executivo que não seja constantemente fiscalizado em suas decisões tenderá facilmente a abusar do poder que possui revelando-se um tirano.

O Poder Judiciário trata-se de um grupo de pessoas que possuem uma expertise tal que os torna capacitados a julgar outros membros da sociedade. A aristocracia era considerada o governo “dos melhores”, dos mais sábios, dos mais justos. É precisamente o que se espera dos membros do Poder Judiciário. Entretanto, a aristocracia clássica tendia a se degenerar em oligarquia, um grupo de pessoas que governava de acordo com os seus próprios interesses¹¹⁷.

Um Poder Judiciário que se afaste de seu desiderato, qual seja, ser o guardião do texto constitucional e fiel observador do ordenamento jurídico, cujos membros passem a crer que sua opinião é mais bem qualificada que o arcabouço delineado através da moldura do Estado Democrático de Direito, pauta-se não pela sabedoria que lhe é esperada, mas pela vaidade, bem de maior valor dentro do referido grupo. O que se teria, portanto, seria a degeneração de uma postura que deveria ser aristocrática, forjada em valores altivos de puro interesse social, em um grupo oligarca, que decide por si e no proveito de sua própria vaidade. Transformando-se em uma oligarquia tirânica das vaidades.

O que se está dizendo é que os poderes, tal como as formas de governo, também podem se degenerar caso não existam meios eficazes para evitar abusos. A divisão de funções limita e delimita o que cada poder poderá fazer, mas é o sistema de freios e contrapesos que se propõe a evitar o abuso.

Quando Montesquieu advertiu que “[...] o poder vai até onde encontra limites”, ele estava explicando, *v.g.*, a necessidade de impedir que o mesmo poder criasse uma lei, executasse-a e julgasse. Ele estava delineando a limitação do que cada uma das funções poderia fazer no exercício do poder.

Se é possível traçar uma metáfora, os Poderes poderiam se traduzir em veículos que levam as pessoas ao ponto que elas precisam chegar. Cada um tem o seu percurso específico. Um não faz o caminho do outro. A limitação está aí, na trajetória que lhes é permitido fazer. O sistema de freios e contrapesos se apresenta como as regras de trânsito: são os mecanismos que proíbem os motoristas desses veículos de saírem da rota que lhes é designada, andarem na contramão, estacionarem em local proibido atrapalhando a correta circulação das decisões e, principalmente, que um Poder atravesse o caminho designado a outro, algo que inevitavelmente causa acidentes, cuja vítima é a democracia.

¹¹⁷ Na Antiguidade, as oligarquias se pautavam por decidir com base em seu próprio proveito financeiro.

O presente estudo não se propõe a explicar como melhorar o funcionamento da separação de funções ou do sistema de freios e contrapesos, está-se apenas identificando as peças dessas estruturas, com maior clareza, no Direito Constitucional Brasileiro.

2.2 FREIOS E CONTRAPESOS

Buscando construir um conceito próprio para o sistema de freios e contrapesos, entende-se que:

O sistema de freios e contrapesos é um mecanismo formado por diversos dispositivos constitucionais que possibilitam a interferência de um poder em outro, sem usurpar a competência precípua daquele poder.

A função do sistema é evitar o abuso de poder. Para tanto, os mecanismos servem para contrabalancear decisões (contrapesos) ou suprimir atos, bem como retirar agentes públicos (freios) que violem preceitos estabelecidos no ordenamento jurídico.

Assim como apresentar um conceito a respeito do que é o sistema de freios e contrapesos, faz-se necessário criar uma classificação, dividindo o que é um freio e o que é contrapeso. Ainda, de acordo com a teoria desenvolvida por esta autora, defende-se a necessidade de criar subdivisões dessas categorias para melhor compreensão de seu funcionamento.

Quanto ao que se definiu aqui como “freio”: **trata-se de instrumentos que servem para retirar um agente público do poder ou suprimir a força de um ato praticado por um dos Poderes; trata-se de uma decisão terminativa de caráter irrecorrível.**

Relevante destacar que, para que se possa considerar efetivamente o mecanismo como um freio, a decisão emanada pelo Poder deve ser “irrecorrível”. Está-se aqui tomando o termo recorrer em sentido lato, não jurídico estrito. Entende-se por ‘irrecorríveis’ as decisões terminativas, que não podem ser modificadas ou revertidas de nenhuma forma. Por exemplo: controle de constitucionalidade (que suprime a força de um ato típico do Poder Legislativo ou, eventualmente, do Poder Executivo) e o *impeachment* (que retira um agente público que tenha incorrido em prática de crime de responsabilidade – Chefe do Poder Executivo e Ministros do

Executivo; Membros do Poder Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça).

Para melhor exemplificar, o veto do Poder Executivo – embora se trate de uma interferência que pode retirar a força de um ato típico do Poder Legislativo; considerando que o veto pode ser derrubado pelo próprio Poder Legislativo, não se trata de um freio, mas de um contrapeso, já que é possível alterar a decisão.

Os freios se dividem em **internos**¹¹⁸ – quando praticados pelo próprio poder dentro da sua casa – e **externos**¹¹⁹ – quando o mecanismo serve para um Poder atuar em face de outro.

O que se classifica como “contrapesos” **são os mecanismos que possibilitam contrabalancear o processo de tomada de decisão, dividindo-o em atos que demandam a interferência de órgãos distintos.**

Os contrapesos se dividem em **positivos**¹²⁰, quando a participação na decisão não tem força de modificar a natureza do ato exarado pelo Poder que o praticou, ou seja, possui um caráter meramente chancelatório. Os contrapesos positivos têm o escopo de fundir as vontades de dois Poderes em relação a uma decisão. E **negativos**¹²¹, quando a interferência de um Poder em um ato praticado por outro Poder tem força de modificá-lo; assim, tem o escopo de ingerência qualificada sobre a decisão da qual participa.

É relevante dizer que se classificou algo como um freio ou um contrapeso negativo/positivo, considerando a força que aquele “instrumento”¹²² possibilita interferir na decisão. Não se qualificou os mecanismos considerando o resultado do manejo, ou seja, *v.g.*, um veto não passa a ser um freio caso não seja derrubado.

Buscou-se mapear o funcionamento do sistema, verificando quais são os mecanismos disponíveis a cada um dos Poderes, visando, ao final, poder avaliar o Poder Judiciário em relação aos demais. Entende-se que apenas a partir desta análise será possível compreender o sistema como um todo, possibilitando assim localizar os possíveis desequilíbrios.

Por fim, quando um Poder está agindo em relação ao outro, seja manejando um freio ou um contrapeso, se ele está interferindo no outro, classificando-se a

¹¹⁸ Na classificação adotada, como se verá adiante, menciona-se a cassação de parlamentar.

¹¹⁹ *V.g.* Impeachment.

¹²⁰ *V.g.* Sanção.

¹²¹ *V.g.* Veto.

¹²² Daremos o nome de instrumento ou mecanismo à capacidade de agir de um Poder em relação a outro.

atuação em **status ativo**¹²³, e se ele está recebendo uma intervenção por parte de outro poder, ele estará em um **status passivo**¹²⁴.

2.2.1 Freios Internos

Como mencionado acima, freios trata-se dos mecanismos disponíveis para que um Poder possa intervir em relação aos demais, retirando a força de um ato próprio de outro Poder ou o próprio agente público, caso violem disposições estabelecidas no ordenamento jurídico.

Em relação ao freio interno, conceituou-se da seguinte forma:

Será um **freio interno** quando o mecanismo que retira o agente do poder é manejado *interna corporis*, pelo próprio Poder. Notadamente, a cassação de mandato parlamentar, que é executado pela própria Casa Legislativa, e o controle de constitucionalidade prévio, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

No capítulo específico, vai-se analisar brevemente a tramitação desses mecanismos, a fim de comprovar que não há participação externa de outro poder no procedimento de cassação e de controle de constitucionalidade na atuação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ).

2.2.2 Freios externos

O freio será externo quando o seu manejo se dá de um Poder em face de outro. Ou seja, será um **freio externo** quando o mecanismo tiver o condão de interferir em relação a outro Poder, retirando um agente público ou a força de um ato praticado por um dos Poderes.

Entende-se que se faz necessário apresentar esse mapeamento do funcionamento do sistema de freios e contrapesos, identificando e nomeando seus instrumentos a bem de identificar de forma mais clara como está posta essa estrutura da engenharia constitucional brasileira.

¹²³ O Poder Judiciário está em *status* ativo quando exerce, *v.g.*, o controle de constitucionalidade, freio do controle de constitucionalidade em face de um ato próprio do Poder Legislativo ou Executivo.

¹²⁴ O Poder Legislativo estará em um *status* passivo ante um contrapeso positivo exercido pelo Poder Legislativo, *v.g.*, sanção.

2.2.3 Contrapesos positivos

Os contrapesos positivos perfazem-se em participações de um Poder em atos praticados por outro, trata-se de uma decisão mista de caráter não infringente. O fator que distingue o contrapeso positivo de um negativo é a força de poder interferir ou não na decisão final.

Nos contrapesos positivos, a participação de um Poder nos atos de outro é positiva-chanceladora, de certificação e publicização. Trata-se de uma forma de unir as vontades dos Poderes envolvidos na decisão.

O instrumento será por natureza cancelador, tal como a sanção. Sua função dentro do processo legislativo é fundir a vontade do Legislativo com a do Executivo e transformar o projeto aprovado em lei¹²⁵. A sanção não modifica o projeto de lei.

De igual forma Resolução do Senado Federal – que suspende lei ou ato normativo declarado inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade; serve para unir os entendimentos do Poder Judiciário e Legislativo. O mecanismo não altera o teor da decisão, apenas amplia seus efeitos.

A função da participação do Presidente do Supremo Tribunal Federal em um processo de *impeachment* é certificar que o procedimento respeitou o devido processo legal, visto que julgar é função típica do Poder Judiciário, não do Poder Legislativo; e, após a certificação, dar publicidade à decisão, promulgando o que foi decidido pela Casa. Novamente, essa participação não modifica a decisão, mas demonstra uma sintonia entre o Poder Judiciário e o Legislativo.

Assim, um contrapeso positivo caracteriza-se pelo fato de que o espaço reservado ao Poder dentro de um processo não lhe permite alterar o ato praticado por outro, a participação tem um caráter de contribuição positiva, por isso a escolha do termo. Essa sinergia entre os Poderes é de fundamental importância dentro da engenharia constitucional, estabelece respeito, prudência e assertividade nas relações, atribuindo legitimidade às decisões.

Portanto, é possível a existência de um contrapeso positivo no bojo do processamento de um instrumento aqui classificado como “freio”, em razão do caráter não infringente dos contrapesos positivos.

¹²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Processo legislativo**. p. 236.

2.2.4 Contrapesos negativos

Os contrapesos negativos caracterizam-se por potencialmente poder modificar e interferir em um processo decisório. É importante dizer que o instrumento tem força para tanto, mas não quer dizer que irá necessariamente modificar a decisão adotada por um outro Poder. É o caso do veto que pode se manter, modificando o rumo do processo legislativo, ou ser derrubado pelo Poder Legislativo.

De acordo com a classificação que se fez aqui, contrapesos negativos diferenciam-se dos freios justamente por terem esse caráter não definitivo.

2.3. STATUS ATIVO E PASSIVO

Quando um Poder interfere nos outros Poderes está agindo em *status* ativo, e quando ele recebe essa interferência está em *status* passivo. Por exemplo: o Poder Judiciário estará agindo em *status* ativo quando exerce o controle de constitucionalidade em face de uma lei promulgada pelo Poder Legislativo, que estará recebendo esta ingerência em *status* passivo.

2.4 FUNÇÃO TÍPICA E ATÍPICA

Entende-se como necessário traçar outra diferenciação que normalmente é mencionada pela doutrina: função típica e atípica de cada um dos “Poderes”.

Função típica: está ligada à natureza do Poder, é a competência precípua, própria, específica daquele Poder. Quais sejam: Poder Legislativo: legislar e fiscalizar; Poder Executivo: governar o povo e administrar os interesses públicos; Poder Judiciário: interpretar as leis e julgar.

Função atípica¹²⁶: é uma competência atribuída constitucionalmente que extrapola a esfera de atuação do poder sem usurpar ou invadir o âmbito de atuação

¹²⁶ “Celso Bastos adverte no sentido de que hodiernamente os órgãos estatais não exercem simplesmente funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos.” MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos:** desenvolvimento no Estado brasileiro. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020, p. 18.

e/ou a competência do outro poder¹²⁷. Poder-se-ia dizer que é uma função formalmente típica, porque está dentro das competências estabelecidas no texto constitucional, mas materialmente atípicas porque não se ligam à natureza do Poder, são estranhas a sua função precípua¹²⁸.

A divisão entre função típica e atípica é complementar, não excludente em relação ao sistema de freios e contrapesos. Algumas funções típicas e atípicas fazem parte do sistema de freios e contrapesos, outras não, conforme será explicado ao analisar-se cada um dos institutos.

2.5 DECISÕES EXTERNAS

Importante pontuar uma questão controvertida. As eleições, tanto para o Executivo como para o Legislativo, fazem parte do sistema de freios e contrapesos?

Partindo da classificação que se está propondo aqui, entende-se que não. Porque a eleição não interrompe o exercício do poder com o intuito de corrigir um ato (freio) ou contrabalancear decisões (contrapeso). As eleições servem para trazer alternância no poder, expediente endógeno, natural, necessário ao funcionamento da democracia.

Obviamente, os mecanismos do sistema de freios e contrapesos também são próprios e necessários ao funcionamento da democracia, contudo, funcionam sob o impulso de um princípio distinto. As eleições possuem o caráter de dar fluxo de continuidade, enquanto é da natureza do sistema de freios e contrapesos gerir a fruição do exercício do poder, controlando ou extirpando atos praticados pelos agentes que ocupam os Poderes que possam se traduzir em abusos de poder.

Ainda, a eleição não se trata de um ato de um dos Poderes agindo em relação a outro, a decisão parte de um agente externo, o povo. O cidadão não escolhe outro

¹²⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Dircêo Torrecillas Ramos denominam a função atípica como interpenetração dos Poderes.

¹²⁸ Ao longo de um bom tempo, durante o período em que se realizou o presente estudo, apontava-se que as funções típicas e atípicas não fariam parte do sistema de freios e contrapesos, que se trataria de questões distintas.

Ocorre que, com o andar do estudo, identificou-se que, por exemplo, grande parte dos contrapesos positivos e negativos exercidos pelo Poder Legislativo em face do Poder Executivo se ligam à função típica de caráter fiscalizatório, própria do Legislativo; e, ainda, é atípico o Legislativo julgar, mas é indubitoso que um procedimento de *impeachment* é um instrumento próprio do sistema de freios e contrapesos.

representante porque o anterior errou de alguma forma, ainda que possa parecer, caso um representante não seja reeleito (quando há tal possibilidade); o caráter da escolha não é deliberado em razão de uma causa específica, mas sim um processo compulsório. Querendo ou não, o representante será substituído. E não há que se falar em contrapesos, pois o voto não se trata de uma decisão mista, muito pelo contrário, trata-se de uma decisão personalíssima, tomada pelo cidadão de forma individual e única, sendo indiferente e imune a qualquer interferência de outros.

Com estas breves linhas introdutórias, torna-se possível compreender a estrutura da dissertação, já que a classificação está organizada a partir dos conceitos aqui apresentados.

2.6 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO 2

Considera-se importante fazer uma observação que se apresenta de grande relevância. O sistema adotado pelos pais fundadores da Constituição Americana servia para solucionar um problema, “o excesso de democracia”. Para tanto, construíram um sistema fincado em uma lógica adversarial entre os Poderes. Um com força suficiente para barrar o outro. Agentes guiados pela ambição de defender seu espaço do “ataque” de outros Poderes. Essa estrutura e esse *animus* pavimentaram a exclusão das maiorias, do povo, dos espaços de Poder.

O Brasil, em 1891, importou integralmente o modelo de Estado estadunidense: o federalismo, o presidencialismo, a tripartição dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos; importando no bojo dessa estrutura uma solução para um problema que nunca se teve no Brasil, o “excesso de democracia”. Pelo contrário, nunca chegamos a desenvolver um senso de comunidade tal a ponto de se poder afirmar que o povo brasileiro compreende com clareza o significado do termo democracia, uma vez que as massas nunca foram instadas a participar, debater e opinar qualificadamente sobre questões de Estado.

Nesse sentido, afirma-se que a lógica por detrás do sistema de freios e contrapesos insculpido no texto constitucional americano não atendia e ainda não atende a sociedade brasileira. Porque o sistema precisa ser pensado a partir do histórico e das necessidades de cada povo. Benjamin Fletcher Wright, ao analisar as

intenções dos autores da Constituição americana, tece um comentário que ilustra o que se está mencionando:

As limitações da natureza humana devem ser levadas em consideração do mesmo modo que o arquiteto atenta para o ponto de ruptura da viga de aço. Assim como o arquiteto deve conhecer a resistência do aço, da madeira ou da pedra, os projetistas de um novo governo terão de estar a par da capacidade e das limitações humanas¹²⁹.

O que se está a dizer é que é impossível pensar em um sistema de freios e contrapesos sem considerar os aspectos sociológico e antropológico existentes no ambiente político. O sistema precisa ser pensado a partir do contexto social e histórico existente, a fim de se tornar uma solução para o bom funcionamento dos três Poderes. É relevante repisar, a partir de tudo que foi estudado até aqui, que o sistema de freios e contrapesos rege a forma como o povo participa ou não do Poder.

Se no Brasil nunca houve excesso de democracia, qual desafio se coloca à realidade brasileira? Como bem explica Raymundo Faoro, em sua obra clássica *Os do poder*, nosso país era, e continua sendo, um país estratificado, dividido por estamentos. Ou seja, o objetivo que deveríamos buscar como nação visando ao amadurecimento da sociedade brasileira seria diminuir as diferenças e distâncias sociais, proporcionando uma maior participação de todo o povo nos desígnios do país.

O que se colheu dos ensinamentos trazidos na presente pesquisa é que o sistema apontado por Políbio contribuía precisamente para construir uma integração entre as camadas da sociedade. E como se deu tal engenharia? A arquitetura institucional que garantiu a longevidade das Constituições romanas foi justamente engendrar as funções de maneira tal que um Poder, em alguma medida, dependesse e colaborasse com o outro.

Para que os membros de um dos Poderes pudessem alcançar algo de seu interesse, eles precisariam exercer a sua função da melhor forma. Por exemplo, como já me mencionado anteriormente, o ápice na vida de um cônsul era poder realizar a “procissão do triunfo”, momento em que os méritos de sua vida como político eram celebrados e reconhecidos por todo o povo. Para que tal marcha pudesse ser realizada, era essencial que o seu trabalho fosse desempenhado da melhor forma,

¹²⁹ WRIGHT, Benjamin Fletcher. Introdução. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: UnB, 1984. p. 87-88.

porque os senadores avaliariam seu comprometimento com a coisa pública no momento de autorizar ou não a verba para a realização do evento.

Ao analisar essas questões, o que se observa é que, em nosso país, o sistema de freios e contrapesos deveria funcionar de forma a valorizar a participação das diversas camadas sociais, nos moldes descritos por Políbio. Há uma necessidade premente de se construir caminhos que façam com que os Poderes se relacionem de maneira mais colaborativa e cooperativa. Construir em seus agentes, a ponto de refletir e espriar para a sociedade brasileira, um ideário comunitário de busca pelo bem comum. No dizer da professora Fides Ommati:

São os poderes do Estado, com efeito, um sistema de vasos comunicantes, e quanto mais houver essa comunicação e essa ajuda mútua, de forma compreensiva e harmônica, melhormente funcionará o mecanismo estatal, com consequências positivas na vida da Nação¹³⁰.

Por fim, só será possível descobrir como construir caminhos para gerar maior eficiência na conformação de ações entre Poderes, após aclarar os que hoje existem, compreendendo meticulosamente como funcionam, e se funcionam. Posteriormente, tecer uma análise considerando de forma específica a realidade do direito brasileiro, sem se valer de espelhos trazidos por doutrinas alienígenas.

Como explicitado, as ideias de fora não solucionam os problemas internos porque não se parte das mesmas premissas. É preciso construir um sistema de freios e contrapesos pautado no contexto de nosso país. É necessário passar a ver os vetores que regem o Direito Constitucional Brasileiro sem interferências externas tão marcantes, do contrário, construir soluções a partir de uma avaliação da conformação histórica da nação brasileira, as características próprias de nosso povo, considerando os vícios e valorando as virtudes que nos são peculiares.

Assim, temos que a Constituição Brasileira define, em seu artigo 2º: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Entretanto, considerando todo o debate aqui apresentado, melhor redação seria “São Poderes da União, interdependentes, e colaborativos entre si [...]”. Pois o que melhor aproveitaria ao Brasil seria um sistema de freios e contrapesos com uma lógica integrativa, pautado pela colaboração entre os Poderes.

¹³⁰ OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, n. 23, p. 23-52, mar. 1979. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181023>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 62.

3. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A contextualização histórica trazida inicialmente possibilita uma visão clara das origens da separação dos Poderes, fato que ensejou a construção da conceituação apresentada no capítulo seguinte. Com esses elementos essenciais se torna possível analisar o sistema de freios e contrapesos na Constituição Federal brasileira, visto que agora já se definiu com maior precisão o parâmetro que será analisado: o sistema de freios e contrapesos.

O presente estudo visa compreender o funcionamento desse mecanismo no âmbito do Poder Judiciário. Para tanto, analisar os demais Poderes é um passo de suma importância, pois, da aferição do contexto presente no Poder Legislativo e Executivo, é possível estabelecer um referencial para poder-se afirmar se o Judiciário possui instrumentos eficazes e em uma proporção necessária para de fato alcançar a finalidade de evitar o abuso por parte dos membros deste Poder.

3.1 LEGISLATIVO

Apenas com o fito de ilustrar, cumpre retomar a estrutura básica do Poder Legislativo, que está presente em todos os entes federativos. Nos municípios, os representantes da população são os vereadores, que atuam na Câmara de Vereadores. Nos estados-membros, o Poder Legislativo é composto pelos deputados estaduais, que atuam na Assembleia Legislativa dos estados. O Distrito Federal, ente *sui generis*, possui deputados distritais, e sua Casa é a Câmara Distrital.

No âmbito federal, o Poder Legislativo funciona de modo bicameral: a Câmara dos Deputados – que reúne os representantes do povo, os deputados federais, eleitos por estado, num total de 513 representantes – e o Senado Federal, que é formado pelos representantes dos estados, sendo 81 ao total. As duas casas formam o Congresso Nacional.

3.1.1 Função Típica e Atípica

Como já mencionado, uma função é considerada típica ou atípica de acordo com a natureza do poder, sua competência precípua. Se a função tiver por finalidade

retirar um agente público do poder ou a força de um ato emanado por outro poder, será considerada um freio; se tiver o condão de contrabalancear decisões, tratar-se-á de um contrapeso. Não havendo tais características, os “instrumentos” serão unicamente competências próprias daquele Poder, mas não farão parte do sistema de freios e contrapesos.

- **Função típica:** legislar e fiscalizar.

Função típica é aquela que está ligada à natureza do Poder, a razão de sua existência, considerando a divisão de funções dentro do Poder. O Legislativo representa o povo, portanto, sua função precípua é dar voz aos interesses da população através de legislações que possam proteger e melhor organizar a sociedade; e, por força do princípio republicano, fiscalizar os atos do Poder Executivo.

São muitos os exemplos de interferência direta em decisões e medidas fiscalizatórias exercidas pelo Poder Legislativo¹³¹ em face dos atos praticados pelo

¹³¹ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

- I - Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
- II - Autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;
- III - Autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;
- IV - Aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;
- V - Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
- VI - Mudar temporariamente sua sede;
- VII - Fixar idêntica remuneração para os Deputados Federais e os Senadores, em cada legislatura, para a subsequente, observado o que dispõem os arts. 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.
- VII - Fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
- VIII - Fixar para cada exercício financeiro a remuneração do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;
- VIII - Fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
- IX - Julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;
- X - Fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;
- XI - Zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;
- XII - Apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;
- XIII - Escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;
- XIV - Aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;
- XV - Autorizar referendo e convocar plebiscito;

Poder Executivo. Como o presente trabalho não tem como objeto o estudo do sistema de freios e contrapesos no âmbito do Poder Legislativo, não se irá analisar cada uma das funções exercidas em caráter fiscalizatório por parte do Poder Executivo, pois são muitas, basta ver as que estão elencadas no artigo 49 da Constituição Federal.

Embora outros Poderes possuam como função atípica a faculdade de legislar, como o Poder Executivo através de medidas provisórias¹³² ou possuir a prerrogativa da iniciativa legislativa, como é o caso do Judiciário em relação ao Estatuto da Magistratura¹³³, o constituinte originário concedeu a competência para legislar de forma ampla apenas aos membros do Poder Legislativo.

Em relação à fiscalização, o Poder Legislativo possui a prerrogativa de avaliar os atos vinculados e discricionários¹³⁴ no âmbito da administração pública. Ainda, através da instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), o Legislativo investiga situações que violem a ordem constitucional, afrontem a legalidade, afetem a economia ou os direitos sociais, de tal forma que o impacto desses atos resulte em uma significativa insegurança.

As CPIs não compõem o sistema de freios e contrapesos, pois, de acordo com a conceituação proposta, os atos praticados no âmbito de uma CPI não têm o condão de extirpar a força de um ato próprio de um Poder ou retirar um agente público que tenha praticado um ato violador do ordenamento jurídico (freio). Ainda, não se configura em uma espécie de decisão com vistas a contrabalancear um ato de outro Poder (contrapeso).

Uma CPI, embora seja um instrumento de grande valor e importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, apenas reúne informações que se caracterizam como atos preparatórios que poderão, ou não, resultar um inquérito. Sem qualquer mitigação à importância desse expediente, entende-se que a CPI não compõe o sistema de freios e contrapesos em razão dos parâmetros estabelecidos no presente estudo.

XVI - Autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - Aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

¹³² 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.

¹³³ Art. 93, CF: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios.

¹³⁴ No caso dos atos discricionários típicos do Poder Executivo analisaremos em qual medida eles podem sofrer interferência de outros Poderes.

- **Função atípica:** Julgar

Quando o Poder Legislativo julga casos de pedido de *impeachment* e quando realiza a sabatina dos indicados pelo Poder Executivo para compor órgãos do Poder Judiciário, está exercendo uma função atípica, pois afasta-se da sua natureza, que é unicamente legislar e fiscalizar.

3.2 FREIOS INTERNOS E EXTERNOS

Como dito supra, os mecanismos que se denominam aqui como “freios” servem para retirar ou o agente público do Poder, ou para que um Poder possa anular a força de um ato típico praticado por outro Poder.

3.2.1 Internos

Os freios internos servem para retirar um agente do Poder ou para evitar o cometimento de atos que se configurem abuso de poder. A cassação de mandato parlamentar se enquadra como um freio interno, por ter o condão de retirar um parlamentar de seu cargo, caso ele viole os limites legais e de decoro constitucionalmente estabelecidos. Já o controle preventivo de constitucionalidade, através da atuação da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, previne a formulação de leis inconstitucionais.

O freio funciona dentro do Poder, o controle não é externo, mas interno; parte dos membros das Casas do Poder Legislativo. A razão da existência desses mecanismos é preservar a confiabilidade da Casa, buscando refrear a atuação indevida de agentes que venham a abusar do poder, violando os limites estatuídos no texto constitucional.

Como foi feito no subcapítulo anterior, oferece-se uma breve explicação de como se dá o procedimento da cassação de mandato e do controle preventivo de constitucionalidade, a fim de esclarecer por que esses mecanismos compõem o sistema de freios e contrapesos, perfazendo-se em uma espécie de freio interno.

3.2.2 Cassação de mandato parlamentar

As hipóteses de cassação de mandato dos parlamentares, na esfera federal, encontram-se estabelecidas no texto constitucional, no art. 55¹³⁵ da CF. Qualquer cidadão é parte legítima para requerer que a Mesa Diretora represente um parlamentar por quebra de decoro, basta especificar fatos e indicar provas que evidenciem a violação aos limites estabelecidos constitucionalmente para a atuação do agente público.

Se a informação partir de um cidadão, a Mesa Diretora avaliará o requerimento e poderá, ou não, encaminhá-lo ao Conselho de Ética: é o que dispõe o Ato da Mesa, nº 37/09. Sendo encaminhado, o presidente do Conselho instaurará um inquérito para apurar os fatos e designará um relator. As representações encaminhadas por partidos políticos são remetidas diretamente ao Conselho de Ética sem análise prévia.

Ou seja, apenas a Mesa Diretora da Câmara (na qualidade de órgão colegiado) e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional têm legitimidade para representar junto ao Conselho de Ética os parlamentares por quebra de decoro. Caso a representação venha de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, deverá ser apreciada pela Mesa Diretora e submetida à Corregedoria Parlamentar para sua manifestação.

Todos os trabalhos do Conselho de Ética são redigidos pelo regulamento próprio de cada Casa Legislativa. Após apurados os fatos, sempre assegurando ao

¹³⁵ **Art. 55.** Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - Que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - Cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - Que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - Que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - Quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - Que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

representado o direito de ampla defesa e providenciando todas as diligências que se fizerem necessárias, o relator emitirá seu parecer.

O parecer será discutido e votado pelos membros do Conselho de Ética, sendo facultado ao deputado ou senador recorrer à Comissão de Constituição e Justiça de sua respectiva Casa. Sendo aprovada a quebra de decoro parlamentar com a perda de mandato, o processo seguirá para ser votado pelo Plenário (votação aberta, em até 90 dias), nos termos da Emenda Constitucional 76/13.

Caso a situação não enseje a perda do mandato, é possível que o Plenário defina como penalidades a suspensão temporária do exercício do mandato de no máximo 30 dias e determine a suspensão das prerrogativas parlamentares.

A falibilidade desse mecanismo esbarra no senso de autopreservação que norteia as decisões de um parlamentar em relação ao outro. Ao investir em condenar um colega, cria-se um precedente segundo o qual, aquele que votou pela condenação, poderá ser condenado também.

Considerando que o objeto de estudo é o sistema de freios e contrapesos no âmbito do Poder Judiciário, é oportuno apontar a tentativa de interferência do Poder Judiciário em relação ao funcionamento desse freio interno. Destaca-se que, em 2016, o Ministro Marco Aurélio de Melo (STF) exarou uma decisão monocrática¹³⁶, determinando o afastamento de Renan Calheiros¹³⁷ do cargo. Contudo, o Senador se recusou a cumprir a decisão e contou com o apoio dos demais colegas da Casa para se manter no cargo.

A decisão gerou uma cizânia entre os dois Poderes. A Presidente do STF à época, Ministra Carmen Lúcia, apressou o julgamento da ação pelo pleno, que acabou derrubando a liminar. Deve-se destacar que a decisão do Ministro Marco Aurélio seguiu a jurisprudência da Corte, que já havia afastado o então Presidente do Senado, Eduardo Cunha, a pedido do então Procurador da República Rodrigo Janot, sob a alegação de que o parlamentar estaria atrapalhando as investigações da Lava Jato¹³⁸.

Sem aprofundar o debate a respeito das duas ações, o que se colhe é que o Judiciário¹³⁹ pode atuar em relação ao afastamento, se necessário, mas a cassação

¹³⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402.

¹³⁷ Então Presidente da mesa do Senado Federal.

¹³⁸ Decisão do Ministro Teori Zavasck. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/ac4070.pdf> Acesso em: 29 de jan. 2021.

¹³⁹ Ato da Mesa da Câmara dos Deputados, confirmado pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação da referida Casa Legislativa, sobre a cassação do mandato do impetrante por comportamento

efetiva se dá apenas a partir da decisão exarada pela mesa do Senado, nos termos do §2º do artigo 55 da CF, que pontua “[...] a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou do Senado Federal”¹⁴⁰.

3.2.3 Controle de Constitucionalidade no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania está presente em todas as casas legislativas, no Congresso Nacional tanto na Câmara dos Deputados¹⁴¹ como no Senado Federal¹⁴²; nas Assembleias Legislativas estaduais, Câmara Distrital

incompatível com o decoro parlamentar. (...) Não cabe, no âmbito do mandado de segurança, (...) discutir deliberação, *interna corporis*, da Casa Legislativa. Escapa ao controle do Judiciário, no que concerne a seu mérito, juízo sobre fatos que se reserva, privativamente, à Casa do Congresso Nacional formulá-lo. [MS 23.388, rel. min. Néri da Silveira, j. 25-11-1999, P, DJ de 20-4-2001.]

¹⁴⁰ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (...) § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será DECIDIDA pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

¹⁴¹ Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento; d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça; e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial; f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições; g) registros públicos; h) desapropriações; i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração; j) intervenção federal; l) uso dos símbolos nacionais; m) criação de novos Estados e Territórios; incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios; n) transferência temporária da sede do Governo; o) anistia; p) direitos e deveres do mandato; perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI do art. 55 da Constituição Federal; pedidos de licença para incorporação de Deputados às Forças Armadas; q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral;”

¹⁴² À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário; II - ressalvadas as atribuições das demais comissões, emitir parecer, quanto ao mérito, sobre as matérias de competência da União, especialmente as seguintes: a) criação de Estado e Territórios, incorporação ou desmembramento de áreas a eles pertencentes; b) estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal (Const., art. 49, IV), requisições civis e anistia; c) segurança pública, corpos de bombeiros militares, polícia, inclusive marítima, aérea de fronteiras, rodoviária e ferroviária; d) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico, espacial, marítimo e penitenciário; e) uso dos símbolos nacionais, nacionalidade, cidadania e naturalização, extradição e expulsão de estrangeiros, emigração e imigração; f) órgãos do serviço público civil da União e servidores da administração direta e indireta do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Territórios; g) normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, da Constituição, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III, também da Constituição

e Câmaras Municipais. Cada uma tem competências próprias de acordo com o ente federativo que compõe. O Regimento Interno da Casa indica os temas que devem ser submetidos à apreciação dos membros da CCJ.

A Comissão é considerada um freio interno do Poder Legislativo, pois, dentre suas funções, a mais relevante é analisar a constitucionalidade dos projetos de lei que irão tramitar na respectiva Casa, evitando-se, assim, que prospere um processo legislativo eivado por vício de inconstitucionalidade. Um parecer unânime pela inconstitucionalidade de um projeto de lei enseja a rejeição do PL e seu arquivamento, sem possibilidade de nenhum recurso que venha a derrubar o entendimento dos membros da Comissão.

Considerando que o Poder Legislativo não é objeto de estudo na presente pesquisa, a menção à CCJ e o esclarecimento a respeito de sua função no sistema de freios e contrapesos é suficiente para explicar sua classificação de acordo com a finalidade do mecanismo. Como cada Casa possui suas competências e trâmites próprios, mas todas detêm a função de controlar previamente os possíveis vícios de inconstitucionalidade, não se faz necessário discorrer sobre o procedimento específico dentro de cada Casa Legislativa. Cabe somente esclarecer que essa função se encaixa como um freio interno, nos termos aqui defendidos.

(Const., art. 22, XXVII); h) perda de mandato de Senador (Const., art. 55), pedido de licença de incorporação de Senador às Forças Armadas (Const., art. 53, § 7º); i) escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e de Governador de Território, escolha e destituição do Procurador-Geral da República (Const., art. 52, III, a, c e e); j) transferência temporária da sede do Governo Federal; l) registros públicos, organização administrativa e judiciária do Ministério Público e Defensoria Pública da União e dos Territórios, organização judiciária do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal; m) limites dos Estados e bens do domínio da União; n) desapropriação e inquilinato; o) criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas, assistência jurídica e defensoria pública, custas dos serviços forenses; p) matéria a que se refere o art. 96, II, da Constituição Federal; III - propor, por projeto de resolução, a suspensão, no todo ou em parte, de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (Const., art. 52, X); IV - opinar, em cumprimento a despacho da Presidência, sobre as emendas apresentadas como de redação, nas condições previstas no parágrafo único do art. 234; V - opinar sobre assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente, de ofício, ou por deliberação do Plenário, ou por outra comissão; VI - opinar sobre recursos interpostos às decisões da Presidência; VII - (Revogado). § 1º Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254. § 2º Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício. (Regimento Interno - Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970)

3.3 FREIO EXTERNO

Como dito no capítulo da classificação, em relação ao movimento de interferência, se vinda de outro Poder ou partindo do Poder que se está analisando, classifica-se o *status* do referido Poder; se ele estiver sofrendo a intervenção de outro Poder, ele estará em *status* passivo; se estiver manejando um mecanismo em face de outro, estará agindo em *status* ativo.

Para fins de organização, no sentido de que não haja uma repetição dos instrumentos analisados, a avaliação será sempre realizada em relação aos instrumentos disponíveis, para que o Poder possa agir de forma ativa, intervir, em face de outro¹⁴³.

3.3.1 Julgar ações de impeachment

O *impeachment* trata-se de um mecanismo que serve para afastar os chefes do Poder Executivo, Vice-Presidente, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁴⁴ de suas funções, caso eles tenham praticado atos que se amoldem aos ilícitos administrativos fixados na Lei de Responsabilidade¹⁴⁵.

Como o presente trabalho visa apresentar o manejo de alguns dos mecanismos que compõem o sistema de freios e contrapesos, elegeu-se para fins de exemplificação neste capítulo o processo de *impeachment* em face do Chefe do Poder Executivo Federal. Em razão do princípio da simetria, os órgãos do Poder Legislativo Estadual e Municipal também têm competência para julgar agentes públicos, mas como o Poder Legislativo Federal é o que reúne competência para julgar um maior número de agentes públicos, tomar-se-á como exemplo a esfera federal.

A responsabilização de agentes públicos, Ministros de Estado e juízes, está presente no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição de 1824¹⁴⁶. Como o

¹⁴³ Reforça-se que não se irá esgotar a análise no âmbito do Poder Legislativo, por não se tratar do objeto de estudo da presente pesquisa.

¹⁴⁴ Considerando o Poder Legislativo Federal.

¹⁴⁵ Lei 1.079/50.

¹⁴⁶ O art. 134 tratava da responsabilização dos Ministros de Estado: “Art. 134. Uma Lei particular especificará a natureza destes delictos, e a maneira de proceder contra elles.”. O artigo foi regulamentado pela lei de 15 de outubro de 1827. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-15-10-1827.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

Imperador era o Chefe do Poder Executivo¹⁴⁷ e ele era inviolável, não consta no texto da Carta Imperial nenhum tipo de responsabilização em face de atos praticados pelo Imperador, mas o tema foi suscitado na Assembleia Constituinte de 1823:

Um poder não julga outro poder, mórmente quando este poder, é, por sua essencia inviolavel, como é o monarca em todas as constituições do mundo. Para que a falla do imperador entre em discussão, é mister, que venha introduzida por uma moção, e revestida com as palavras de um deputado, e só assim é da nossa competencia discutil-a: o sol que não podemos olhar directamente, facilmente encaramos quando um corpo menos radiante lhe amortece a luz¹⁴⁸.

Com o advento do texto Constitucional de 1891, o ordenamento jurídico brasileiro se afastou do Direito Inglês, que considerava o *impeachment* um instituto de natureza criminal, e passou a adotar o entendimento do Direito Americano, que o considerava de natureza política.

4.3.1.1 Como funciona o processo de impeachment do Chefe do Poder Executivo Federal

O art. 85¹⁴⁹ da Constituição, a Lei 1.079/50 e o regimento interno das Casas do Congresso Nacional regulamentam as ações de *impeachment*, trazendo as suas diretrizes do processamento. O Poder Legislativo conduz todo o andamento do processo de *impeachment*.

O processo se inicia com uma petição inicial assinada por um advogado, podendo ser autor da denúncia qualquer cidadão. Faz-se necessário que a peça seja

¹⁴⁷ “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.” Constituição de 1824.

¹⁴⁸ Fala do Sr. Andrada Machado. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Imperio/1823/1823%20Livro%201.pdf. Acesso em: 4 jan. 2021.

¹⁴⁹ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I - A existência da União;
- II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - A segurança interna do País;
- V - A probidade na administração;
- VI - A lei orçamentária;
- VII - O cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

subscrita por pelo menos cinco pessoas, testemunhas, e que sejam anexadas, quando possível, provas à peça exordial.

O pedido precisa ser aceito pelo presidente da Câmara dos Deputados, que julga se dará ou não início ao processo. Caso aceite a denúncia, uma comissão especial deverá analisar o caso e encaminhá-lo ao Plenário. É preciso haver aprovação de pelo menos dois terços dos membros da Câmara para que a acusação siga para o Senado Federal. Acatada a acusação, o presidente é afastado do cargo.

No Senado Federal, recebido o decreto de acusação da Câmara dos Deputados, o processo seguirá três passos: a admissão, a pronúncia e o julgamento. A acusação deverá ser votada pelo Plenário, e para ser admitida precisará da aprovação de um quórum de maioria simples dos presentes.

Forma-se, então, uma comissão especial no Senado Federal, que irá ouvir testemunhas e produzir provas. Após a conclusão dos trabalhos de apuração, a comissão irá dizer se considera a denúncia verdadeira ou não. O Plenário, novamente, irá votar, e se a maioria simples entender pela procedência da pronúncia, o processo seguirá, caso contrário ele será arquivado.

Pronunciado, o acusado deverá ser julgado em um prazo de no máximo seis meses, caso contrário o presidente poderá retomar o cargo até o julgamento. A sessão de julgamento é conduzida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰. Para haver condenação, é necessário que 54, dos 81 membros do Senado Federal votem favoravelmente ao *impeachment*.

Aprovado o *impeachment*, o presidente é afastado, perderá o mandato e ficará inelegível por oito anos¹⁵¹.

Importante destacar que, em relação aos Ministros de Estado, do STF e os membros do CNJ, o processamento não é o mesmo descrito aqui, pois, como mencionado inicialmente, o trabalho se presta a identificar os mecanismos, classificá-los, não se propondo a esgotar os temas transversais.

¹⁵⁰ Contrapeso positivo.

¹⁵¹ No caso *do impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, a condenação prevista no texto constitucional foi “fatiada”, o Presidente da sessão, Ministro Ricardo Lewandowski, não aplicou a sanção de inelegibilidade, como prevê o parágrafo único do art. 52 da CF: “**Parágrafo único.** Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, **à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública**, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.” (grifo nosso)

A fragilidade do instrumento encontra-se na possibilidade de seu uso indevido pautado exclusivamente em interesses políticos, não jurídicos. Um exemplo dessa situação foi o *impeachment* processado em face da ex-Presidenta Dilma Rousseff, cujos fundamentos passaram ao largo da juridicidade necessária para justificar o julgamento procedente da ação.

Segundo Ronald Dworkin, “O poder de impeachment de um presidente é uma arma nuclear constitucional e deve ser usada apenas nas emergências mais graves”¹⁵². Fragiliza a democracia a retirada de um representante legitimamente eleito do poder.

O *impeachment* é um dos instrumentos mais marcantes do sistema de freios e contrapesos, pois trata-se de um mecanismo ao alcance de qualquer cidadão. Muito embora o *impeachment* seja um processo de julgamento eminentemente político, precisa estar fundamentado na lei e no texto constitucional.

É o que esclarece Pedro Estevam Serrano:

A característica maior do Estado de Direito está na submissão do político ao Direito. Isso significa que toda decisão, por mais discricionária e aparentemente livre e autônoma que seja, quando adotada pelo Estado, será sempre, de alguma forma, heterônoma, isto é, condicionada pela ordem jurídica. Assim é que o crime de responsabilidade traz em si um regime jurídico, que visa estabelecer certas garantias ao Presidente da República. No regime presidencialista, o mandato não pode ser interrompido por mero voto de desconfiança do Legislativo¹⁵³.

Assim, o *impeachment* trata-se de um recurso extremo, que só pode ser manejado ante uma violação muito grave, um atentado ao texto constitucional e à ordem jurídica. Revelando-se um ato atentatório ao Estado Democrático de Direito o uso leviano desse mecanismo.

¹⁵² Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/1999/01/14/a-kind-of-coup/> Acesso em: 14 jan. 2020.

¹⁵³ Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/103/edicao-1/impeachment> Acesso em: 8 jan. 2020.

3.3.2 Sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa

A espécie normativa decreto legislativo possui várias finalidades¹⁵⁴, uma delas serve para sustar atos do Chefe do Poder Executivo, portanto, encaixa-se como parte do sistema de freios e contrapesos. Considera-se para fins classificatórios também um freio externo, visto que serve para retirar a força normativa de um ato originário de outro Poder.

Relevante esclarecer que o decreto legislativo, como será visto a seguir, pode eventualmente ser superado por um novo decreto do Poder Executivo. Assim como uma decisão em sede de controle de constitucionalidade pode ser superada através de reação legislativa¹⁵⁵, também tratado de forma ampla como “efeito *backlash*”¹⁵⁶. Mas, por que ainda assim esses instrumentos são considerados freios e não um contrapeso negativo, uma vez que, aparentemente, se assemelham à possibilidade de superação, tal qual o veto?

Em relação ao veto, tem-se um “contrafreio”¹⁵⁷ instalado dentro do próprio mecanismo. A lógica de funcionamento comporta uma revisão da decisão por parte do Legislativo, não é um fator extraordinário e inesperado. O decreto legislativo e o controle de constitucionalidade não são atos que carregam por natureza a possibilidade revisão.

¹⁵⁴ “Regula matérias de competência exclusiva do Congresso, tais como: ratificar atos internacionais, sustar atos normativos do presidente da República, julgar anualmente as contas prestadas pelo chefe do governo, autorizar o presidente da República e o vice-presidente a se ausentarem do país por mais de 15 dias, apreciar a concessão de emissoras de rádio e televisão, autorizar em terras indígenas a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de recursos minerais.” Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/decreto-legislativo> Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁵⁵ Será explicado no capítulo que tratará do Poder Judiciário

¹⁵⁶ Superação de uma decisão judicial através da formulação de uma lei em sentido contrário, por parte do Legislativo.

¹⁵⁷ A expressão foi utilizada pela autora Fides Ommati em artigo já citado neste trabalho, “Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado”. (1979, p. 62)

4.3.2.1. Processamento: decreto legislativo para sustar um decreto do Chefe do Poder Executivo

O processamento de um projeto de decreto legislativo está regulamentado no regimento interno das Casas¹⁵⁸. Essa espécie normativa exige aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo promulgada pelo Presidente do Senado Federal. Não há possibilidade de veto, nem necessidade de sanção, por parte do Presidente da República.

Os decretos legislativos têm um peso muito importante no sistema de controles recíprocos dos Poderes. Através da edição de um decreto legislativo, o Congresso Nacional refreia os abusos por parte do Chefe do Poder Executivo, que por vezes podem ser extremamente danosos à população¹⁵⁹.

Destaca-se uma dificuldade enfrentada no ano de 2019¹⁶⁰, ante a ação do Chefe do Poder Executivo, que ignorou a decisão do Parlamento e, adotando uma clara postura autoritária, publicou reiteradas vezes decretos com conteúdo semelhante a respeito do Estatuto do Desarmamento, buscando solapar o entendimento firmado pelo Congresso Nacional a respeito do tema. O Poder Legislativo respondeu publicando vários decretos legislativos que sustavam os efeitos dos decretos do Poder Executivo, sucessivamente. Um desgaste desnecessário entre os dois Poderes.

¹⁵⁸ Art. 109, § 2º Os Projetos de decreto legislativo e de resolução podem ser apresentados por qualquer Deputado ou Comissão, quando não sejam de iniciativa privativa da Mesa ou de outro colegiado específico. Art. 110. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros da Câmara, ou, nos casos dos incisos III a VIII do § 1º do artigo anterior, por iniciativa do Autor, aprovada pela maioria absoluta dos Deputados. (Regimento Interno da Câmara dos Deputados)

¹⁵⁹ Em 18 de junho de 2019, o Congresso Nacional sustou o Decreto Presidencial 9.785/2019, assinado pelo Chefe do Poder Executivo, que regulamentava o Estatuto do Desarmamento. O decreto ultrapassava em muito o poder de apenas regular o texto da lei, trazendo, na verdade, inovações legislativas que não são permitidas pela via desta espécie normativa.

O Projeto de Decreto Legislativo 233/2019, proposto pelo Senador Randolfe Rodrigues (REDE-AP), foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal, tornando sem efeito o Decreto Presidencial.

¹⁶⁰ “Um novo decreto de armas, editado pelo presidente **Jair Bolsonaro**, foi publicado no Diário Oficial da União no início da madrugada desta quarta-feira. É a sétima edição da medida desde o início do atual governo. O novo texto revoga decreto publicado na terça-feira, mas mantém alguns pontos polêmicos que vêm sofrendo resistência do **Congresso** desde que o governo decidiu mudar as regras sobre **porte e posse de armas** no país. Continua existindo a brecha para compra de modelo de **fuzil** ao repetir a definição técnica sobre o que é uma arma de uso permitido. Antes do governo Bolsonaro, fuzil era arma de uso restrito das forças policiais”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-edita-setimo-decreto-das-armas-mantem-brecha-para-compra-de-fuzil-23764723>. Acesso em: 26 jul. 2019.

Ainda que exista essa possibilidade, antidemocrática, de contornar esse freio próprio do Poder Legislativo com a edição de um novo decreto com teor similar, não ocorre a superação do entendimento exarado pelo Congresso Nacional em relação ao decreto editado. A declaração de invalidade não se modifica. Portanto, trata-se precisamente de um freio, nos termos da classificação aqui proposta.

3.4 CONTRAPESOS NEGATIVOS E POSITIVOS

Como já mencionado, os contrapesos são os mecanismos que possibilitam contrabalancear o processo de tomada de decisão, dividindo-o em atos que demandam a interferência de órgãos distintos.

Assim como foram tratados os freios, em relação aos contrapesos, serão apresentados apenas os mecanismos que o Poder Legislativo pode se valer em *status* ativo – em face de outros Poderes, mas sem a ambição de esgotar a temática, pois o Legislativo possui muitos contrapesos negativos e positivos.

3.4.1 Contrapesos positivos

Contrapesos positivos são decisões que, por sua natureza estabelecida constitucionalmente, não possuem força para modificar uma decisão exarada por outro Poder, caracterizando-se como uma chancela, não possuem um viés interventivo. Eles se qualificam por seu escopo de certificação e assentimento, que é valioso para a estrutura constitucional¹⁶¹.

3.4.1.1 Resolução do Senado Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso – Suspende a execução, no todo, ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

A faculdade de poder editar uma resolução suspendendo ou não uma lei declarada inconstitucional é uma forma de contrapeso positivo, pois a atuação do Legislativo nesse contexto tem a função de suspender a legislação declarada

¹⁶¹ Como o Poder Legislativo não é objeto direto de estudo da presente pesquisa, não serão analisadas todas as funções atinentes ao referido Poder.

inconstitucional de forma incidental; dessa forma, a Resolução tem o poder de ampliar os efeitos da decisão exarada pelo STF.

Essa decisão é de imensa importância, pois, nos mesmos moldes da sanção (que une as vontades do Legislativo e Executivo), a Resolução une as vontades do Poder Judiciário e do Legislativo. Embora ela não possua um caráter infringente, uma vez que não modifica a decisão em si, apenas amplia seus efeitos, trata-se de um expediente de grande valor para o sistema de freios e contrapesos.

Cabe ao Senado a prerrogativa de analisar e decidir se a lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso, ante um caso concreto, deverá ser suspensão do ordenamento jurídico. Tal medida acaba por atribuir um efeito *erga omnes* à decisão exarada pelo órgão julgador apenas com alcance *inter partes*.

4.4.1.2 Processamento: Resolução Senatorial

O artigo 52, inc. X da Constituição Federal, estabelece que cabe ao Senado Federal: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Este instrumento concede ao Parlamento a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei em abstrato, a partir de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em face de um caso concreto.

Como será visto no capítulo que tratará do Poder Judiciário, o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil é híbrido, admite tanto o controle concentrado como pela via difusa. O efeito da decisão nos casos que chegam ao Supremo pela via incidental é somente *inter partes*. Contudo, se o Senado Federal editar uma resolução declarando inconstitucional aquele dispositivo legal, ou constitucional, envolvido na lide julgada pelo Pretório Excelso, a decisão passará a ter um efeito *erga omnes*.

A atuação do Senado em face das decisões do Supremo Tribunal Federal foi alvo de questionamento por parte de alguns membros da Corte¹⁶². Segundo a avaliação de Ministros do STF, ocorre uma “preclusão consumativa”, ou seja, se dentro do caso analisado a lei, ou disposição constitucional, é inconstitucional, ela não

¹⁶² Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Edson Fachin e Carmem Lúcia se pronunciaram no sentido de ter ocorrido uma mutação constitucional, a resolução do Senado teria um caráter meramente declaratório, de publicidade, não constitutivo.

pode seguir vigente no ordenamento jurídico regulando outros casos, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica. O fundamento principal que embasa o posicionamento é que ocorreu uma mutação constitucional, portanto, essa exigência estaria superada.

Analisar-se-á com vagar o tema no capítulo que tratará do Poder Judiciário, pois é uma questão importante, que debate ao fim e ao cabo uma ampliação dos poderes do próprio Poder Judiciário.

3.4.2 Contrapesos negativos

Contrapesos negativos configuram-se em decisões que têm força para modificar o resultado de uma decisão exarada por outro Poder, podendo ou não ser definitivas.

O Poder Legislativo possui grande número de contrapesos negativos, em razão de sua função fiscalizatória, que exerce grande ingerência nos atos do Poder Executivo.

3.4.2.1 Aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas

Contrapesos caracterizam-se por decisões tomadas de forma mista, dividindo a responsabilidade pelo ato decisório. Os contrapesos negativos exercem uma força capaz de modificar o resultado final da decisão, não são decisões meramente certificatórias.

Ante a classificação aqui proposta, aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio ou suspender qualquer uma dessas medidas, perfaz-se em uma espécie de contrapeso negativo, porque o Poder Legislativo possui força para modificar uma decisão proposta ou requerida pelo Chefe do Poder Executivo.

3.4.2.2 Processamento das medidas: estado de defesa; estado de sítio e intervenção federal.

Primeiramente, cabe esclarecer a razão pela qual tais institutos – estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal – podem ser adotados dentro de um Estado Democrático de Direito.

Segundo José Afonso da Silva, tais normas fazem parte do “sistema constitucional das crises”, servem para “[...] estabilizar a defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional, mas também a defesa do Estado quando a situação crítica derive de guerra externa”¹⁶³.

O estado de defesa caracteriza-se como uma medida temporária, nos termos do art. 136, da CF “[...] para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. O governo federal pode suspender, de forma excepcional e temporária, direitos dos cidadãos dentro dos limites estabelecidos constitucionalmente.

O estado de sítio possui uma abrangência maior, sua decretação afeta todo o território nacional. Por tratar-se de medida extremamente gravosa, uma vez que suspende um rol ainda maior de direitos fundamentais, não pode ser decretado por um período superior a trinta dias, podendo ser prorrogado apenas por igual período, exceto nos casos de guerra, quando poderá ser decretado pelo período que durar a agressão externa.

A intervenção federal é bastante diferente dos institutos acima, pois trata-se de uma medida administrativa na qual o governo federal retira, momentaneamente, a autonomia de um ente federativo (estado-membro ou Distrito Federal). As hipóteses de cabimento da intervenção federal se encontram nos artigos 34 a 36 da Constituição

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 761.

Federal. Das três medidas mencionadas no artigo 49, inc. IV, apenas a intervenção federal¹⁶⁴ já foi decretada, em 2018, em face do estado do Rio de Janeiro¹⁶⁵.

¹⁶⁴ CAPÍTULO VI - DA INTERVENÇÃO - Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996); e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000); IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário; II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral; III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII; III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);

IV - De provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º - O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º - Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembleia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

§ 3º - Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

§ 4º - Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

¹⁶⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm
Acesso em: 30 set. 2020.

As demais medidas, estado de defesa¹⁶⁶ e estado de sítio¹⁶⁷, que compõem o capítulo “Do Defesa do Estado e das Instituições Democráticas” da Constituição, nunca foram adotadas pelo Estado brasileiro, mas estão devidamente delineadas no texto constitucional.

É relevante destacar que a participação do Poder Legislativo na decisão em relação à decretação dessas medidas de legalidade extraordinária é crucial, não sem razão, já que tais providências vulneram liberdades essenciais, suspendendo direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, a participação da Casa que representa e defende os interesses do povo brasileiro deve ser realmente decisiva e indispensável.

O estado de defesa e a intervenção federal poderão ser decretadas pelo Chefe do Poder Executivo em caráter de emergência, contudo, o Congresso Nacional possui um prazo de dez dias para apreciação do decreto que institui o estado de defesa, e de vinte e quatro horas para o de intervenção federal. Caso as motivações do

¹⁶⁶ **Art. 136.** O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar **estado de defesa** para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. § 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º Na vigência do estado de defesa: I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - A comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação; III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - É vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias. § 6º O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

¹⁶⁷ **Art. 137.** O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o **estado de sítio** nos casos de:

I - Comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - Declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

Presidente sejam rejeitadas pelo Congresso, o decreto, em ambos os casos, será revogado. O julgamento pela aprovação ou rejeição caracteriza-se como um contrapeso negativo.

Já o estado de sítio não pode ser decretado de ofício pelo Presidente, ele precisa pedir autorização ao Congresso Nacional para decretar tal medida, em face da gravidade que tal expediente representará na vida dos cidadãos brasileiros.

Por fim, cabe mencionar que a Constituição prevê a oitiva dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, antes de o Presidente tomar qualquer uma das medidas aqui esposadas. O Conselho da República possui em sua composição:

VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 89).

Embora a opinião dos conselhos não vincule a decisão do Presidente, a Constituição exige que o Chefe do Poder Executivo ouça esses dois grupos¹⁶⁸. A exigência da oitiva dos conselhos, por certo, trata-se de uma tentativa do constituinte originário de evitar ao máximo a adoção dessas medidas com fundamentos meramente autoritários.

Em 16 de fevereiro de 2018¹⁶⁹, o então Presidente Michel Temer editou o Decreto Interventivo nº 9288/18, em face do Estado do Rio de Janeiro. Não cabe aqui tecer esclarecimentos aprofundados a respeito dos fundamentos do decreto, mas pode-se afirmar que se tratou de um preocupante uso indevido desse tipo de mecanismo, que precisa ser utilizado estritamente nos casos delineados no Texto Maior, e não o foi. A atuação do Congresso Nacional foi perigosamente política, não jurídica.

Este exemplo da história serve como um alerta, pois os mecanismos previstos constitucionalmente para servirem como recurso estabilizador do Estado Democrático de Direito podem ser desvirtuados e manipulados como meio para fins outros. Sem

¹⁶⁸ Poder-se-ia considerar essa oitiva um contrapeso positivo *sui generis*: os contrapesos positivos servem para que o poder que tem aquela função precípua possa certificar um ato praticado por outro poder. No caso da oitiva dos conselhos, considerando que eles são formados por agentes advindo de diversos Poderes, inclusive do Poder Executivo, não seria possível identificar qual Poder estaria agindo em relação ao outro. E a opinião do conselho não certifica a decisão do Executivo, já que é prévia a decisão. De fato, trata-se de uma espécie *sui generis*.

¹⁶⁹ Escrevemos sobre o tema. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/adriana-cecilio-intervencao-rio-passivel-controle-adi> Acesso em: 2 out. 2020.

um controle efetivo por parte do Parlamento do uso dessas medidas, está-se exposto à instauração de um regime autoritário com vestes constitucionais.

3.4.3 Aprovação de medida provisória

O processo de aprovação de uma medida provisória¹⁷⁰ é uma espécie de contrapeso negativo, pois o Poder Legislativo atua ao longo do processo de edição e validação da lei.

¹⁷⁰ **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 sequestro 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, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando 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.

§ 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.

Há três possibilidades de desfecho do uso deste instrumento¹⁷¹: (i) alteração do texto e transformação em projeto de lei, neste caso, um notório contrapeso negativo; (ii) a rejeição tácita, se o Congresso Nacional não votar, a medida provisória ela perderá a sua eficácia, o Poder Legislativo terá retirado a força normativa de um ato próprio de outro Poder, contudo, isso não o transformará esse instrumento em um freio; (iii) aprovação da medida provisória, o que também não transforma o ato em contrapeso positivo.

Foi após analisar essas possibilidades múltiplas que a aprovação de medida provisória contempla, que se considerou por bem definir que **não é o resultado do manejo do mecanismo que o qualifica, mas a sua característica própria, ou seja, qual é o alcance da força atribuída ao instrumento para que ele possa interferir¹⁷² nos atos de outros Poderes**. No caso da aprovação de medida provisória, a força em si atribuída ao Poder Legislativo é a de interferir na decisão final.

Uma característica própria dos contrapesos negativos perfaz-se justamente nessa pluralidade de possibilidades, é um instrumento que possui ingerência por natureza, podendo essa interferência resultar em efeitos diversos. Já um freio tem como característica intrínseca a função única de extirpar um ato ou retirar um agente, caso tenha ocorrido alguma violação ao ordenamento jurídico que assim o justifique e possui a característica de ser uma decisão terminativa, irrecorrível. Os contrapesos positivos só possuem um desiderato: certificar o andamento de um procedimento, firmando concordância entre os Poderes em relação ao ato praticado.

4.4.3.1 Processamento do processo legislativo de uma medida provisória

O Presidente edita a lei (*lato sensu*) e a encaminha ao Congresso Nacional com sua motivação; no prazo de 14 dias, uma comissão mista integrada por deputados federais e senadores analisará a constitucionalidade da medida, os pressupostos de relevância e urgência, de mérito e de adequação financeira.

Nos seis primeiros dias após a publicação no Diário Oficial da medida provisória (MP), os parlamentares poderão oferecer emendas. A MP então será votada, em

¹⁷¹ Lembrando que definimos “instrumento” o ato praticado por um Poder em face de outro, por força do sistema de freios e contrapesos.

¹⁷² Se é possível modificar o resultado de um ato, estamos diante de um contrapeso negativo. Se a força atribuída resulta em uma decisão irrecorrível, estamos falando de um freio. Se for um ato de concordância, chancelador, tratar-se-á de um contrapeso positivo.

sessão separada pelo plenário de cada uma das Casas Parlamentares, sendo a Câmara dos Deputados a casa iniciadora e o Senado Federal a casa revisora. O quórum de aprovação para MP é de maioria simples.

No caso de aprovação integral do texto, não há necessidade de retorno da MP para que o Presidente sancione a lei após a votação. Se o texto da MP for aprovado sem alterações, será promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional. Como dito acima, ainda assim o ato não se tornará um contrapeso positivo.

Se houver alteração do texto para sua aprovação, a MP transformar-se-á em projeto de lei e, portanto, seguirá para o Presidente sancionar ou vetar o texto final. A MP tem validade por sessenta dias, e caso o Congresso Nacional não aprecie a MP dentro desse prazo, ela poderá ser prorrogada por mais sessenta dias. Um claro exemplo de ingerência em um ato de outro Poder, um contrapeso negativo em sua apresentação mais evidente.

Passados cento e vinte dias sem que o Congresso Nacional aprecie a MP, ocorrerá a chamada “rejeição tácita”. A MP perderá sua eficácia desde a sua edição (*ex tunc*), devendo o Congresso Nacional editar decreto legislativo para regulamentar as relações jurídicas decorrentes da MP rejeitada. Caso o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas decorrentes da MP continuarão por ela regidas. O que também não tornará o ato um freio, como já explicado.

O processo de participação do Poder Legislativo em relação à validação do processo legislativo das medidas provisórias é fundamental. Trata-se claramente de um importante instrumento do sistema de freios e contrapesos por meio do qual o constituinte originário buscou oferecer recursos para o que a Casa do povo pudesse interferir em um ato unilateral do Chefe do Poder Executivo.

3.5 NOMEAÇÃO DOS MINISTROS

A participação do Poder Legislativo no processo de arguição do candidato a ocupar uma cadeira em um Tribunal Superior é uma forma de contrapeso negativo, visto que a decisão do Senado Federal tem força para modificar, não acatando a indicação feita pelo Presidente da República.

Embora o ato aparentemente seja direcionado ao Poder Judiciário, dentro da classificação proposta o ato se encaixa como um contrapeso negativo, em *status* ativo, do Poder Legislativo em relação a uma decisão do Poder Executivo. O Poder Judiciário está inerte, de acordo com a classificação aqui apresentada, o ato não enquadra como um freio, uma vez que não retira a força de um ato próprio ou um agente de outro Poder; tampouco se trata de uma decisão partilhada entre o Poder Executivo e o Judiciário, pois o Judiciário não opina ou interfere no trâmite de nomeação de um novo membro.

No tocante ao rito da sabatina, no Brasil o que se percebe é que, na prática, esse contrapeso negativo tão importante se desvirtuou e acabou tornando-se um contrapeso positivo, com um caráter meramente chancelatório. Contudo, seguir-se-ão os parâmetros adotados pela classificação proposta, que avalia a força da decisão, ou seja, se possui ou não o condão de modificar a decisão de outro Poder.

3.5.1 Do Procedimento de nomeação de ministro para o Supremo Tribunal Federal

A forma de nomeação dos ministros para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, como mencionado, está definida no texto constitucional¹⁷³. Observadas as exigências estabelecidas pelo constituinte originário, caberá ao Presidente da República indicar um candidato para suprir uma vaga nas referidas Cortes.

Entre a indicação e a efetiva nomeação, ocorre a chamada “sabatina”, um processo realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do Senado Federal, composta por vinte e sete membros, através do qual o candidato é

¹⁷³ “**Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal: [...] **III** - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: **a)** Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição”;

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. **Parágrafo único.** Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. **Parágrafo único.** Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

submetido a diversas perguntas acerca de temas polêmicos, posicionamentos políticos e demais atualidades.

Todo o procedimento da sabatina está previsto no Regimento Interno do Senado Federal¹⁷⁴. A exigência para a instauração da sessão é de um quórum de maioria absoluta¹⁷⁵. Após ser apregoado o nome do candidato, é lido o seu currículo e demais informações a respeito da sua vida profissional e eventualmente pessoal, se houver algum dado que mereça referência.

Ultrapassada a apresentação do candidato, os membros da CCJ passarão a indagá-lo sobre as mais variadas questões, buscando conhecer seu posicionamento, principalmente, em relação às questões mais candentes do momento político que o país estiver vivenciando¹⁷⁶.

A sabatina é pública e atualmente recebe perguntas da população, que são selecionadas e incluídas na arguição do candidato. As sabinas mais recentes foram transmitidas ao vivo, pelos canais da TV Senado e da TV Justiça. Já o voto dos parlamentares é secreto. Após a votação é emitido um relatório no qual consta a aprovação ou não do candidato. Esse documento é encaminhado ao Chefe do Poder Executivo, para que dê prosseguimento, agendando a posse, no caso de aprovação, ou indicando outro candidato, no caso de reprovação.

Segundo a obra *Notas Informativas sobre o STF*, ao longo do período que compreende a história republicana brasileira (130 anos), apenas cinco candidatos foram rejeitados pelo Senado Federal, e todas as rejeições ocorreram durante o governo do Presidente Floriano Peixoto¹⁷⁷.

Muito se questiona a respeito da eficiência da sabatina, se ela de fato tem o condão de aferir a qualidade dos candidatos, se consegue mensurar seu notório saber jurídico ou se, na verdade, trata-se de um procedimento *pro forma*, apenas para

¹⁷⁴ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno> Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁷⁵ art. 107, I, "c", RISF.

¹⁷⁶ art. 383, inciso II, RISF.

¹⁷⁷ "Na história republicana brasileira, ao longo de 122 anos (1889 a 2011), o Senado Federal, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), rejeitou cinco (5) indicações presidenciais, negando aprovação a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, das seguintes pessoas: (1) Barata Ribeiro, (2) Innocência Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo. Nota: Cabe registrar que, nos Estados Unidos da América, no período compreendido entre 1789 e 2011 (222 anos), o Senado norte-americano rejeitou 12 (doze) indicações presidenciais para a Suprema Corte americana." **Notas Informativas sobre o STF**, p. 18. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_informativas_sobre_o_STF_versao_de_2012.pdf Acesso em: 30 set. 2020.

cumprir uma etapa prevista no texto constitucional, contudo, sem conseguir alcançar a eficácia pretendida pelo constituinte¹⁷⁸.

A participação do Poder Legislativo deveria servir realmente para averiguar de maneira isenta a capacidade do candidato. Entretanto, devido ao fato de que, sendo o candidato aprovado, ele irá julgar o parlamentar que o está indagando, por vezes as perguntas são demasiadamente simples, ou mesmo as respostas dadas são acolhidas, ainda que insuficientes.

O processo merece ser repensado e talvez reestruturado. Aumentar o quórum de aprovação, que hoje é de maioria absoluta, para maioria qualificada (2/3) pode ser considerada uma medida que auxilie a melhorar a eficiência desse procedimento¹⁷⁹.

Por fim, conforme mencionado inicialmente, o Poder Legislativo é o que mais possui freios e contrapesos, os instrumentos trazidos aqui possuem um caráter exemplificativo, com vistas a demonstrar a estrutura classificatória proposta no presente estudo. Assim, os mecanismos mencionados já exemplificam alguns instrumentos de forma suficiente, sendo certo que existem outros que não foram analisados.

¹⁷⁸ Esses questionamentos serão tratados no capítulo oportuno.

¹⁷⁹ O professor Sérgio Antônio Ferreira Victor aventou essa hipótese em aula, sendo acolhida pela autora deste trabalho.

Quadro 6: O sistema de freios e contrapesos no Poder Legislativo.

O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

PODER LEGISLATIVO

FREIOS

Externos

Status ATIVO – quando ele age em face de outro Poder –

- Impeachment (*Executivo e Judiciário*);
- Decreto que susta efeitos de um Decreto do Executivo (*Executivo*);

Status PASSIVO – quando recebe interferência de outro Poder –

Controle de Constitucionalidade (*Judiciário*)

Internos

- Cassação de Mandado Parlamentar;
- Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania

*CONTRAPESOS

POSITIVOS

Status ATIVO – Resolução Senatorial; (*Judiciário*)

Status PASSIVO –

- Participação do Presidente do STF no julgamento do processo de Impeachment; (*Judiciário*)
 - Sanção (*Executivo*)

NEGATIVOS

Status ATIVO –

- Nomeação de Membros para os Tribunais Superiores (*Judiciário*);
- Aprovação de Estado de Sítio; Estado de Defesa e Intervenção Federal;
 - Aprovação de Medida Provisória; (*Executivo*);

Status PASSIVO – Veto (*Executivo*);

*Existem muitos outros, vide artigo 49 da Constituição. Os instrumentos não foram analisados, pois o Poder Legislativo não é o objeto de estudo do presente trabalho.

Fonte: Elaborado pela autora.

3.6. EXECUTIVO

A função precípua do Poder Executivo¹⁸⁰ é administrar. O Poder Executivo está presente em todos os entes federativos: União: Chefe do Poder Executivo é o Presidente¹⁸¹, que administra o governo federal com o auxílio de seu vice-presidente e do corpo de Ministros de Estado; no âmbito estadual, o Governador é o Chefe do Poder Executivo Estadual e governa com o suporte do vice-governador e dos Secretários de Estado; O Município é administrado pelo Prefeito, vice-prefeito e os Secretários Municipais; o Distrito Federal tem um governador, vice-governador e os Secretários Distritais.

O princípio constitucional da simetria, extraído de interpretação doutrinária e da jurisprudência das Cortes Superiores, preceitua que o cerne das funções estabelecidas ao Poder Executivo Federal¹⁸² sejam replicadas nos demais entes federativos. Assim, a estrutura hierárquica, bem como as prerrogativas e competências do Chefe do Poder Executivo no âmbito da União, normalmente são idênticas no município, estados-membros e no Distrito Federal.

O Poder Executivo tem a função de administrar o ente federativo, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Ao todo, o país possui 5.598¹⁸³ estruturas autônomas de Poder Executivo.

No Brasil, o Chefe do Poder Executivo Federal precisa gerir o Estado, então, ele busca consensos com o Poder Legislativo para alcançar maioria e conseguir a aprovação dos projetos necessários para assim poder governar. Doutrinariamente, esse fenômeno é chamado de “presidencialismo de coalizão”.

O professor Sérgio Antônio Ferreira Victor explica como o “poder de agenda” torna possível a governabilidade ante os muitos desafios existentes no presidencialismo de coalizão:

¹⁸⁰ Partindo do pressuposto que a estrutura do Poder Executivo não é o foco da pesquisa, tratando-se apenas de um esclarecimento circunstancial que se entende como pertinente para a contextualização do tema proposto, o presente capítulo não trará explicações aprofundadas sobre a estrutura do Poder Executivo.

¹⁸¹ O artigo 76 da Constituição cita apenas “*O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado*”. Contudo, o vice-presidente compõe a estrutura do Poder Executivo.

¹⁸² A Constituição descreve a estrutura e as competências do Poder Executivo nos artigos 76 ao 91.

¹⁸³ O país possui, segundo dados do IBGE, 5.570 municípios, 26 estados-membros, o Distrito Federal e a União, totalizando 5.598 entes autônomos que possuem estrutura de Poder Executivo.

‘Agenda’ é o termo que tem relação imediata com compromissos assumidos e com os momentos em que eles foram assumidos e em que deverão ser cumpridos. Desse modo, o poder de agenda que detém o Executivo pode ser definido como “a capacidade de determinar não somente quais propostas serão consideradas pelo congresso nacional, mas também quando serão”. É importante salientar que, segundo linha influente da doutrina, a formação de agenda é um processo relacionado ao governo e envolve (i) o reconhecimento dos problemas a serem solucionados; (ii) a geração de propostas políticas para fazer frente aos problemas; e (iii) os eventos políticos que se relacionam com a opinião pública, resultado das eleições, entre outros.¹⁸⁴

E conclui:

O processo de formação de agenda se desenvolve no interior do arcabouço constitucional, de modo independente do processo legislativo e, portanto, envolvendo relações entre Executivo e Legislativo. Esse processo não depende exclusivamente da atividade administrativa, mas da utilização dos instrumentos constitucionais postos à disposição de ambos os poderes envolvidos, especialmente daqueles que conferem ao Executivo capacidade de influir no processo legislativo. O Executivo demanda algum apoio de sua base parlamentar para dar força e forma de lei aos seus atos e programas de governo.¹⁸⁵

A explicação de Victor demonstra a existência de diálogo institucional entre os Poderes. Adiante, será analisado se, e como, a definição de diálogo institucional se aproxima, em alguma medida, com o sistema de freios e contrapesos, no capítulo que tratará a respeito do Poder Judiciário.

O sistema de freios e contrapesos exerce um papel expressivo na arquitetura institucional, portanto, tem o poder de interferir na questão da governabilidade. Um exemplo disso é a possibilidade de o Congresso Nacional aceitar o pedido de *impeachment* contra o Chefe do Poder Executivo, caso ele cometa um crime de responsabilidade¹⁸⁶.

Agora, passa-se a analisar a estrutura do Poder Executivo.

¹⁸⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão**: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015. **Presidencialismo de coalizão**, p. 111.

¹⁸⁵ VICTOR, op. Cit. p. 111.

¹⁸⁶ Esse mecanismo, que possui a finalidade de punir eventuais abusos de poder por parte do governante, é um fator que tem um peso significativo para o governante. É indubitável que a possibilidade de perda do mandato faz com que o governante observe com maior atenção as suas ações.

3.6.1 Função Típica e Atípica

Como já explicado, as funções típica e atípica podem compor ou não o sistema de freios e contrapesos. A depender da lógica da utilização do instrumento, ele irá amoldar-se ou não à classificação trazida neste trabalho.

Poder-se-á questionar qual a utilidade de realizar essas distinções. Entende-se que, ao visualizar com clareza as peças da engrenagem, será possível identificar falhas e sugerir correções. Sem saber para que serve cada um dos instrumentos presentes na engenharia constitucional, segue-se criticando o mau funcionamento, sem identificar a origem dos defeitos no sistema.

3.6.1.1 Funções típicas

O artigo 86 da Constituição Federal traz um rol de vinte e sete incisos que definem as competências privativas do Presidente da República. Como já mencionado acima, em razão do princípio da simetria, algumas dessas competências¹⁸⁷ são replicadas aos Chefes do Poder Executivo nos demais entes federativos.

É muito importante mencionar que, no Presidencialismo, o Presidente reúne as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo. A chefia de governo está para a administração em si, que comporta o cumprimento estrito do que a lei prescreve e decisões discricionárias de mérito. A chefia de Estado contempla decisões afetas aos rumos da nação. Todos esses atos são sindicáveis através do sistema de freios e contrapesos.

Retomando a origem dessas funções, pode-se apontar a divisão de competências existente nos Estados absolutistas, nos termos que se colheu da lavra do professor Georges Abboud:

Depois, já em um ambiente de Estado Absoluto, solidifica-se a conformação dos poderes do rei em torno de duas chaves conceituais, que são o *gubernaculum* e a *iurisdictio*. Embora não se possa falar aqui em divisão de poderes – ao contrário, nesse contexto o poder do rei era indivisível, é possível perceber algo como uma especialização de funções que, por um lado, autorizam ao rei tomar decisões políticas que estão fora de qualquer controle jurídico (*gubernaculum*) e, no outro caso, impõem já uma limitação

¹⁸⁷ Excetuando-se, por exemplo, as dispostas nos incisos: VII; VIII; XII; XIII; XIV; XV; XIX; XX; XXII.

jurídica ao poder do rei a exigir que, nos casos de clareza e justeza do direito positivo, proceda o rei a julgamentos *secundum legem (iurisdictio)*¹⁸⁸.

Desta feita, a Chefia de Estado pode ser “comparada”¹⁸⁹ com o que se chamava de *gubernaculum*, um poder que tem como desiderato tomar decisões qualificadas em nome do Estado, com base na confiança que o Chefe de Estado possui¹⁹⁰.

Por meio do *gubernaculum*, o rei relacionava-se com outros Estados e cuidava internamente dos chamados assuntos de Estado (*arcana imperii*), cuja própria natureza determinava que eles fossem confiados a uma única pessoa para que pudessem ser decididos de forma rápida. Esse poder, por sua própria natureza, era discricionário, *extra legem*, e não podia ser exercido com base nas leis estabelecidas, além de ser confiado à prudência do rei. Tratava-se verdadeiramente de um poder arbitrário porque, ao exercê-lo, o rei não prestava conta de seus atos para ninguém¹⁹¹.

A chefia de Estado se inspira na ideia do *gubernaculum*, mas não se confunde em igual medida, pois, nos Estados contemporâneos, todas as decisões, mesmo as consideradas como próprias do Chefe de Estado, precisam ser exercidas com base no que a lei prescreve e são controladas através do sistema de freios e contrapesos.

A decisão de um governante em uma democracia é discricionária, não arbitrária. Contudo, o referido controle só pode ser exercido na exata medida descrita na Constituição, sob pena de comprometer a engenharia constitucional.¹⁹²

Ainda, nos Estados absolutistas, o *gubernaculum* se sustentava na ideia de que o poder do monarca advinha de Deus. Nos Estados contemporâneos, em específico os regidos pelo sistema de governo presidencialista, a legitimidade do chefe de Estado advém do voto, da confiança do eleitorado que elege o Chefe do Poder Executivo para representar os anseios do povo.

Já a chefia de governo traduz-se no ato de administrar, que envolve, sobremaneira, a tomada de decisões em relação aos recursos públicos, para que sejam direcionados da melhor forma, a fim de atender às demandas da população, como saúde, educação, segurança pública etc. Essa tarefa é de extrema relevância

¹⁸⁸ ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação dos poderes. Entre a interpretação da Constituição e como modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 233, p. 13-31, 2014, p. 4.

¹⁸⁹ Nos limites que se explicará a seguir.

¹⁹⁰ Obviamente, nos Estados absolutistas essa legitimidade estava ligada ao poder divino, e nos Estados contemporâneos ao poder que o representante eleito adquire através do voto.

¹⁹¹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad* cit., n. 2, p. 39. *Apud.* Op. cit., p. 04.

¹⁹² O comentário será mais bem esclarecido no capítulo que tratará do Poder Judiciário.

e, em razão disso, existe uma legislação que rege o direcionamento desses recursos, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)¹⁹³.

O descumprimento das regras estabelecidas na Lei Complementar 101/00, por parte do administrador público, enseja punição que pode ser no âmbito fiscal¹⁹⁴ e penal¹⁹⁵. A Lei se aplica aos administradores de todos os entes federativos. Cabe ao Poder Legislativo, ao Ministério Público e aos Tribunais de Conta analisar o cumprimento da LRF.

Será apresentada uma distinção entre funções próprias de Chefia de Governo e Chefia de Estado, tomando como parâmetro o Chefe do Poder Executivo Federal¹⁹⁶. Algumas funções, em razão do princípio da simetria, aplicam-se aos Chefes do Poder Executivo estaduais, municipais e distritais, outras não.

Funções próprias de Chefia de Estado

- nomear e exonerar os Ministros de Estado, em âmbito federal; dos Secretários Estaduais;
- Municipais e Distritais¹⁹⁷;
- manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos¹⁹⁸;

¹⁹³ Lei Complementar 101/2000.

¹⁹⁴ “Existem dois tipos de punições para o não cumprimento das regras estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal: as punições fiscais, que correspondem ao impedimento do ente para o recebimento de transferências voluntárias, a contratação de operações de crédito e a obtenção de garantias para a sua contratação; e, as sanções penais, que envolvem o pagamento de multa com recursos próprios (podendo chegar a 30% dos vencimentos anuais), a inabilitação para o exercício da função pública por um período de até 5 anos, a perda do cargo público e a cassação de mandato, e, finalmente a prisão.” NASCIMENTO, Edson Ronaldo. Punições para o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 3, n. 24, maio 2001.

¹⁹⁵ Alguns exemplos de transgressões à LRF e suas punições penais: Contratação irregular de op. de crédito - Reclusão de 1 a 2 anos; Alienação de bens sem autorização - perda de cargo, reclusão; descumprir o orçamento aprovado - cassação de mandato; não reduzir despesas com pessoal - multa de 30% dos vencimentos; Liquidação de aros fora dos prazos legais - perda de cargo, inabilitação.

¹⁹⁶ Dividimos estas funções para seguir o critério classificatório que estamos adotando ao longo da pesquisa. Visando “radiografar” a Constituição Federal, organizando questões de ordem teórica. Não localizamos escritos a respeito, porque não se trata do objeto do presente estudo, mas é provável que já existam pesquisas tratando sobre a questão.

¹⁹⁷ Art. 84, inc. I. As nomeações e exonerações são feitas *ad nutum*, ou seja, são revogáveis de acordo com a vontade do agente público que detém o poder para fazer as escolhas. Essa equipe de governo tem uma responsabilidade muito importante, que é a de assessorar o Chefe do Poder Executivo na tomada de decisões relativas à pasta que o agente administra, e tomar decisões para a consecução de políticas públicas que de fato sejam efetivas para a população. É extremamente importante que a escolha da equipe técnica seja verdadeiramente técnica, disso depende toda a boa administração e a eficiente execução das políticas públicas.

¹⁹⁸ Art. 84, inc. VII.

- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional¹⁹⁹;
- decretar o estado de defesa e o estado de sítio²⁰⁰;
- decretar e executar a intervenção federal²⁰¹;
- conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei²⁰²;
- exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos²⁰³;
- 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 lei²⁰⁴;
- nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União²⁰⁵;
- nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União²⁰⁶;
- nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII²⁰⁷;
- convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional²⁰⁸;
- declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional²⁰⁹;
- celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional²¹⁰;

¹⁹⁹ Art. 84, inc. VIII.

²⁰⁰ Art. 84, inc. IX.

²⁰¹ Art. 84, inc. X.

²⁰² Art. 84, inc. XII.

²⁰³ Art. 84, inc. XIII.

²⁰⁴ Art. 84, inc. XIV.

²⁰⁵ Art. 84, inc. XV.

²⁰⁶ Art. 84, inc. XVI.

²⁰⁷ Art. 84, inc. XVII.

²⁰⁸ Art. 84, inc. XVIII.

²⁰⁹ Art. 84, inc. XIX.

²¹⁰ Art. 84, inc. XX.

- conferir condecorações e distinções honoríficas²¹¹;
- permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente²¹².

Funções próprias de Chefia de Governo

- exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal²¹³;
- dispor, mediante decreto, decidindo a respeito da extinção de funções ou cargos públicos quando vagos²¹⁴;
- iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição²¹⁵;
- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução²¹⁶;
- vetar projetos de lei, total ou parcialmente²¹⁷;
- organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos²¹⁸;
- extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos²¹⁹;
- remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias²²⁰;
- enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstas nesta Constituição²²¹;

²¹¹ Art. 84, inc. XXI.

²¹² Art. 84, inc. XXII

²¹³ Art. 84, inc. II.

²¹⁴ Art. 84, inc. VI, alínea b.

²¹⁵ Art. 84, inc. III.

²¹⁶ Art. 84, inc. IV.

²¹⁷ Art. 84, inc. V.

²¹⁸ Art. 84, inc. VI, alínea “a”.

²¹⁹ Art. 84, inc. VI, alínea “b”.

²²⁰ Art. 84, inc. XI.

²²¹ Art. 84, inc. XXIII.

- prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior²²²;
- prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei²²³;
- editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62²²⁴.

Destaca-se que foi feita essa diferenciação com base no artigo 84 da Constituição Federal, sendo que o inciso XXVII aponta como função privativa do Presidente da República “*exercer outras atribuições previstas nesta Constituição*”. Como o objeto do presente estudo não se propõe a examinar essa estrutura, não será esgotada essa análise diferenciando todas as funções que podem ser classificadas como próprias de Chefia de Estado ou Chefia de Governo, de acordo com a percepção pessoal ao longo de todo o texto constitucional, mas apenas as que constam no artigo 84.

A métrica adotada para realizar tal distinção foi analisar quais funções são exercidas com o fito de administrar o Estado (chefia de governo) – as decisões tomadas com base em ações de caráter organizativo; e quais decisões são tomadas quando o Chefe do Poder Executivo tem o dever/poder de representar o Estado brasileiro, bem como quando a sua decisão reclama uma escolha discricionária que se sustém na confiança atribuída ao representante eleito em bem decidir (chefia de Estado).

4.6.1.2 Funções atípicas

A prerrogativa de editar medidas provisórias com força de lei²²⁵ insere-se na categoria de funções atípicas do Poder Executivo. Posto que, como descrito supra, a função precípua do Executivo é administrar, e como é consabido, cabe ao Poder Legislativo legislar.

²²² Art. 84, inc. XXIV.

²²³ Art. 84, inc. XXV.

²²⁴ Art. 84, inc. XXVII.

²²⁵ Prevista no artigo 86, inc. XXVII; disposta no rol de espécies normativas contidas no artigo 59, inc. V e regulamentada no artigo 62, todos da Constituição Federal.

As funções atípicas nem sempre fazem parte do sistema de freios e contrapesos. A edição de medida provisória não se trata de um expediente que serve para retirar um agente do poder ou a força de uma decisão precípua de um outro Poder (freio); tampouco a MP em si se configura um mecanismo de contrapeso, já que ela não influencia a decisão de outros Poderes.

A medida provisória sofre a influência do Poder Legislativo por ocasião da votação que pode transformá-la ou não em lei²²⁶. Trata-se de um contrapeso negativo, como já explicado, exercido em *status* ativo pelo Poder Legislativo em face do Poder Executivo. Ela pode ser extirpada do ordenamento jurídico via controle de constitucionalidade, via Poder Judiciário, ou pelo veto tácito, o ato de o Congresso Nacional ao não analisar e votar a MP.

A medida provisória, ao ser votada aprovada ou rejeitada, sofre a incidência de um contrapeso negativo, sendo a participação do Poder Legislativo no processo legislativo de vital importância. Fulcral repisar que a aprovação sem alterações por parte do Legislativo não se configura em um contrapeso positivo, ainda que a decisão tenha um caráter cancelador. O que vale, de acordo com a classificação proposta, é poder de interferir ou não com força para modificar a decisão final de outro Poder.

Por tratar-se de uma espécie normativa, descrita no rol do artigo 59, inc. V²²⁷, da Constituição Federal, caso haja alguma dúvida sobre a constitucionalidade da MP, é possível provocar o Supremo Tribunal Federal para que analise o ato normativo. Se restar comprovada a existência de vício de inconstitucionalidade, este será declarado pela Corte, conseqüentemente a lei (*lato sensu*) será retirada do ordenamento jurídico.

É relevante destacar que o STF possui jurisprudência consolidada no sentido de não adentrar no mérito das medidas provisórias. A análise da constitucionalidade só é possível em casos excepcionalíssimos, nos quais seja possível identificar a flagrante ausência dos requisitos de relevância e urgência estabelecidos no texto constitucional²²⁸.

²²⁶ Como já mencionado no primeiro capítulo, a MP recebe um contrapeso passivo, vindo de outro Poder, no momento em que o Poder Legislativo avalia a transformação ou não da MP em lei.

²²⁷ **Art. 59.** O processo legislativo compreende a elaboração de: (...)

V - Medidas provisórias;

²²⁸ “Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. [ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, P, DJ de 23-11-2007.]” “Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de “relevância” e “urgência” (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da

A edição de medida provisória por parte do Poder Executivo trata-se de uma função atípica, uma vez que o poder de legislar é atípico em relação à natureza do Poder Executivo. No entanto, essa prerrogativa passa a fazer parte das funções próprias do Poder Executivo, já que está estabelecida constitucionalmente.

As funções atípicas, tal como a possibilidade de o Executivo legislar valendo-se de medidas provisórias, são de uma função materialmente atípica, posto que não faz parte das funções precípua do Poder Executivo, mas formalmente típica, uma vez que tal competência advém diretamente do texto constitucional. Isso vale para todas as demais funções que desbordam a competência precípua de um Poder, mas que são permitidas constitucionalmente²²⁹.

Considerando que já se analisaram aqui as possibilidades de incidência do sistema de freios e contrapesos em relação à medida provisória, não serão mencionadas nos capítulos seguintes, para não repetir o que já foi explicitado.

É válido retomar que o sistema de freios e contrapesos foi desenvolvido com o intuito de que um Poder pudesse conter a possibilidade de abuso do poder por parte de outro. A edição de uma medida provisória não controla outros Poderes, ela serve para suprir uma necessidade do Poder Executivo de bem administrar mediante o advento de uma situação de notória relevância e urgência que precise ser solucionada através de uma medida legislativa imediata.

Dessa forma, a edição de medidas provisórias não pode ser considerada um mecanismo próprio do sistema de freios e contrapesos.

3.6.2 Freio externo

Como explicado, os mecanismos denominados como freios servem para retirar um agente do Poder ou anular a força de uma decisão típica de um Poder.

regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 23-4-2004; ADI 1.647, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 26-3-1999; ADI 1.753 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12-6-1998; ADI 162 MC, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 19-9-1997). [ADC 11 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, *DJ* de 29-6-2007.]

= ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, *DJE* de 27-6-2012” Fonte: Site do STF.

²²⁹ Parâmetros adotados neste trabalho.

O Poder Executivo não detém nenhum instrumento capaz de anular definitivamente uma decisão²³⁰ ou mesmo de retirar um agente de outro Poder²³¹. Se isso é bom, saudável e necessário para democracia, caberia um trabalho autônomo para encontrar essas respostas²³².

Entende-se que não é possível mudar ou melhorar o que não se conhece. Se a democracia depende do bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos, visto que é ele quem assegura o equilíbrio evitando os abusos, torna-se essencial identificar as peças dessa estrutura, nomeá-las, estabelecer qual a sua função dentro do sistema, pois só assim será possível analisar o funcionamento do conjunto.

3.6.3 Contrapesos positivos e negativos

Como explicado inicialmente, o sistema de freios e contrapesos é composto por mecanismos que freiam, servem para retirar um agente público do poder ou suprimir a eficácia de uma decisão de um Poder; e por mecanismos que servem para contrabalancear as decisões, ambos instrumentos se prestam a evitar exageros e abusos por parte dos Poderes.

Quando o Poder estiver valendo-se dos mecanismos de contrapesos para intervir em outro Poder, ele estará agindo em *status* ativo; se estiver sendo objeto de intervenção, estará em *status* passivo. Analisaram-se em cada capítulo referente ao Poder específico apenas os instrumentos de que ele pode se valer em *status* ativo.

²³⁰ Como já explicado anteriormente, um instrumento caracteriza-se por sua força dentro do processo, não pelo resultado aplicação dessa força. Um veto é uma interferência, mas pode ser derrubado. Se não o for, isso não torna o veto um freio.

²³¹ A única hipótese que poderia ser mencionada seria a possibilidade de destituição de um Ministro de Estado, uma espécie de freio interno. Mas em relação aos demais Poderes, não há essa possibilidade.

²³² Foi bastante produtiva essa reflexão a respeito do Poder Executivo, pois fez repensar e aprimorar algumas afirmações traçadas nos escritos anteriores. Ao entender que só se pode classificar como freios decisões que são irrecorríveis, retirou-se o veto deste rol, visto que o veto pode ser derrubado pelo Poder Legislativo, como já explicado.

Ainda não se chegou ao momento de avaliar a estrutura do sistema de freios e contrapesos como um todo, está-se apenas identificando as suas peças. Mas identificar essas nuances é o ponto central do estudo.

4.6.3.1. Contrapeso positivo: sanção

A sanção e o veto fazem parte da última etapa do processo legislativo da maioria das espécies normativas, com algumas exceções como as emendas constitucionais e, como visto supra, os decretos legislativos que não passam pelo crivo do Poder Executivo.

Nos termos da classificação proposta, a sanção é um contrapeso positivo, chancelatório, não tem o condão de modificar a decisão tomada pelo Poder que emanou o ato, no caso, o Poder Legislativo.

4.6.3.1.1 Processamento da sanção

As regras gerais do processo legislativo encontram-se previstas na Constituição Federal (art. 59 a 69), nas Constituições Estaduais, Lei Orgânica do DF e nas Leis Orgânicas Municipais. A sanção está presente em todas as cartas políticas de todos os entes federativos.

De forma simplificada e sucinta, pode-se dizer que o processo legislativo é composto por três fases: a) Fase introdutória: composta pela instauração do projeto de lei; b) Fase constitutiva: deliberação parlamentar e deliberação executiva; c) Fase complementar: promulgação e publicação.

Na última fase, complementar, que ocorre após a confecção do projeto de lei pela casa legislativa, o PL é encaminhado ao Chefe do Poder Executivo para que ele sancione ou vete a lei.

No tocante à sanção, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “[...] a sanção é que transforma o projeto de lei aprovado pelo Legislativo em lei. Por ela, fundem-se as duas vontades, a do Congresso e a do Presidente”²³³.

A sanção é o ato de concordar com o PL²³⁴. Existem dois tipos de sanção: a expressa e a tácita. Será expressa sempre que o Presidente der a sua aquiescência, formalizando-a no prazo de 15 dias úteis contados do recebimento do projeto, nos

²³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236.

²³⁴ A sanção está prevista no art. 66, §3º, da Constituição Federal. Alguns doutrinadores entendem que a sanção tácita é uma forma política de não se envolver com um PL que seja muito controvertido. Ao deixar o tempo escoar sem uma manifestação expressa, o representante do Poder Executivo não manifesta apoio, mas não interfere na edição da lei.

termos do art. 66 CF. Será tácita quando o Presidente deixar escoar o referido prazo sem manifestar discordância (art. 66, § 3º CF). A sanção não convalida um eventual vício de iniciativa²³⁵.

O ato de sancionar não tem o poder de modificar o PL, ele tem a importante função de dividir a responsabilidade pela edição da lei. Esta etapa do processo legislativo tem o objetivo de submeter à apreciação do Poder Executivo o PL, oportunizando que o representante manifeste-se em relação à constitucionalidade do PL e a sua conveniência.

Não existindo nenhum entrave que impeça a sanção, a lei será sancionada, promulgada, publicada e entrará em vigor²³⁶. Logo, configura-se perfeitamente em um contrapeso positivo, visto que a função do Executivo é a de certificar que o projeto de lei está em consonância com a vontade popular (é constitucional) e não interferirá na administração pública.

3.6.4 Contrapeso negativo: veto

O veto se configura na negativa por parte do Presidente da República em sancionar a lei, ou seja, em concordar com a sua entrada em vigor. Portanto, trata-se de uma clara modalidade de contrapeso negativo, por tratar-se de uma decisão que possui força para modificar, ainda que em algumas situações apenas temporariamente²³⁷, um ato próprio do Poder Legislativo.

3.6.4.1 Processamento do veto

O veto é a recusa do Presidente da República em sancionar a lei. A recusa precisa ser fundamentada. Dois são os fundamentos possíveis: a inconstitucionalidade da lei ou a inconveniência. Fundamentar o veto, arguindo a existência de inconstitucionalidade na lei, traduz-se em uma forma de controle de constitucionalidade preventivo por parte do Chefe do Poder Executivo. A

²³⁵ Súmula 5. “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.”

²³⁶ Há situações em que a lei necessita passar por um período de *vacatio legis*. Caso a lei não traga essa especificação em relação ao prazo que ela entrará em vigor, a vigência é imediata.

²³⁷ Como já mencionado, é possível a derrubada do veto por parte do Poder Legislativo.

inconveniência é entendida como algo que não se revela de acordo com o interesse público.

O Chefe do Poder Executivo tem a função de analisar, como mencionado, a conveniência da lei em face do interesse público, considerando, dentre outros motivos, o impacto que a aprovação da lei poderá causar na gestão pública.

Como dito, as hipóteses que ensejam o veto são: por alegação de inconstitucionalidade da lei, configurando-se em uma forma de controle preventivo de constitucionalidade; e por inconveniência, algo na lei não está de acordo com o interesse público. É preciso que as decisões sejam fundamentadas.

Existem dois tipos de veto: o total e o parcial. Se o veto for total, o inteiro teor da lei resta refutado. Caso seja parcial, uma parte da lei foi considerada ou inconstitucional ou inconveniente. Entretanto, vale destacar que o veto parcial precisa excluir um dispositivo inteiro, artigo, inciso ou parágrafo, não apenas uma palavra ou frase dentro do texto.

Essa interferência do Poder Executivo em um ato típico do Poder Legislativo é precisamente a manifestação da razão de existir o sistema de freios e contrapesos, que visa evitar o abuso do poder. Se o Legislativo pudesse legislar mesmo que de forma inconstitucional, ou que apresentasse problemas ao interesse público e nada pudesse ser feito para barrar tal conduta, os cidadãos estariam reféns de um Poder que poderia atuar de maneira abusiva e anárquica.

É importante explicar por que, de acordo com a teoria que se está desenvolvendo aqui, se classificou o veto como um contrapeso negativo e não como um freio, uma vez que ele tem o poder de retirar a força de um ato típico do Poder Legislativo, mas cabe a derrubada do veto, portanto, trata-se de uma decisão modificável ou “recorrível”²³⁸. Assim, não atende ao critério que se estabeleceu para definir o que é um freio²³⁹.

Manoel Gonçalves explica que a possibilidade de superação do veto se caracteriza como um ato complexo desigual, “[...] é exatamente a desigual importância das vontades que se unem para o ato”²⁴⁰. Tal característica afasta-se da doutrina de Montesquieu, que explicava o processo legislativo “[...] pela conjunção da *faculté* de

²³⁸ Nos termos já mencionados inicialmente. É certo que a derrubada do veto não se trata de um tipo de recurso.

²³⁹ A decisão precisa ser terminatória, definitiva, imodificável.

²⁴⁰ O Professor cita que está mencionando a doutrina de Manoel Maria Diez, que por sua vez está mencionando Miele. *In*: FERREIRA FILHO, op. cit.p. 93.

statuer pertencente àquele poder com a aprovação manifestada pelo não uso da *faculté d'empêcher* pertinente a este”²⁴¹.

No Brasil, para a derrubada do veto é exigido um ato complexo, faz-se necessário que a votação seja realizada conjuntamente pelas duas casas, Câmara dos Deputados e Senado Federal. Para que seja aprovada a derrubada, é preciso haver concordância da maioria absoluta de deputados e senadores, ou seja, 257 votos de deputados e 41 votos de senadores. Os votos são computados separadamente. Se a quantidade de votos pela rejeição for inferior, o veto presidencial é mantido”²⁴².

Apenas repisando que, mesmo sendo algo bastante complexo, uma vez que é possível a superação do veto, este não se caracteriza como um freio. A classificação como freio ou contrapeso negativo se dá pela natureza e pelas características próprias do instrumento. Um veto não se “torna” um freio caso não ocorra a superação da decisão. Não se trata do resultado prático do manejo, mas de sua capacidade de influir de forma negativa (contestadora) ou definitiva dentro de um processo.

Por fim, segue um quadro com a configuração do sistema de freios e contrapesos no âmbito do Poder Executivo:

²⁴¹ Op. Cit, p. 93.

²⁴² art. 66, § 4º, CF e art. 43 do RCCN.

Quadro 7: O sistema de freios e contrapesos no Poder Executivo.

O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

PODER EXECUTIVO

***FREIOS**

Status ATIVO – quando atua em relação a outro Poder – não tem.

Status PASSIVO – quando recebe a interferência de outros Poderes –

- Controle de Constitucionalidade (*Judiciário*)
 - Impeachment (*Legislativo*)
- Decreto Legislativo que susta os efeitos de um Decreto do Executivo
(*Legislativo*)

****CONTRAPESOS**

POSITIVOS

*Status ATIVO – Sanção (*Legislativo*)*

*Status PASSIVO – * ***

NEGATIVOS

*Status ATIVO – Veto (*Legislativo*)*

*Status PASSIVO – Aprovação de Medida Provisória (*Legislativo*)*

*- Nomeação de Membros das Cortes Superiores (*Legislativo*)*

** Não foi tratado no presente estudos, mas a renúncia poderia ser considerada uma forma de freio interno, de acordo com a classificação proposta.*

***E outros contrapesos descritos no artigo 49 da Constituição Federal*

**** Não foi debatido neste trabalho, pois o Poder Executivo não é o objeto de estudo, mas seria defensável dizer que a decreto de extradição, pós-decisão do STF, seria um contrapeso positivo. Cabe discussão a respeito.*

Fonte: Elaborado pela autora.

3.7 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO 3

Foi de fundamental importância analisar os mecanismos do sistema de freios e contrapesos disponíveis aos demais Poderes, antes de chegar ao Poder Judiciário. As reflexões construídas através dessa investigação trouxeram a luz necessária para bem interpretar os instrumentos ao atingir o objeto de estudo.

É necessário pontuar que os achados trazidos a lume nesta pesquisa caracterizam-se como uma espécie de “arqueologia constitucional”. A classificação formulada apenas revela o *animus* de cada instrumento. Não se trata de um processo de livre criação, de inauguração de algo alheio à realidade jurídica, mas sim de uma técnica para descortinar a função dos mecanismos que compõem o sistema de freios e contrapesos, relatando como cada um dos instrumentos funciona, seu peso, função e importância na engenharia constitucional.

Realizar tal tarefa afigura-se de extrema valia, considerando as conclusões parciais trazidas no primeiro capítulo. O sistema de freios e contrapesos serve para evitar os abusos que corrompem o poder, levando a sua degenerescência.

Considerando que as origens das três funções do Estado inspiram-se nas formas clássicas de governo e, como visto, a versão pura de cada uma delas tende a degenerar-se, caso o sistema de freios e contrapesos não funcione a ponto de construir uma sólida correlação e concatenação entre os atos praticados, controlando e evitando a concentração de poder em cada um dos Poderes, eles tenderão a se degenerar.

Portanto, compreender os instrumentos, observar como estão postos no texto constitucional, avaliar se funcionam corretamente de maneira a cumprir o desiderato a que se propõem, é um mister de suma relevância para a preservação do Estado Democrático de Direito.

O que se pode colher a partir da sucinta análise realizada, apenas com o fito de contextualizar os instrumentos no âmbito do Poder Legislativo e Executivo, foi que o Legislativo possui diversos instrumentos vitais para a organização e manutenção do bom funcionamento do Estado. Entretanto, o manejo de alguns deles tem sido solapado em razão de interesses que em nada se ligam ao bem comum.

A atuação dúbia do Poder Legislativo ante situações de crise institucional; a defesa de autointeresse de grupos financeiros em detrimento dos interesses do povo;

a incompetência técnica ao confeccionar numerosas leis eivadas por vícios de inconstitucionalidade; e, sobremaneira, não legislar sobre temas de absoluta importância para o povo brasileiro; são questões que levam a um esvaziamento da democracia representativa.

A descrença da população em relação aos seus representantes eleitos é um efeito extremamente danoso e perverso, que corrompe a essência, a razão de existir tal Poder dentro da estrutura do Estado. Tal situação aponta para a falta de instrumentos para coibir essas atitudes, contudo, a análise dos problemas e propostas para uma solução possível ultrapassam o limite do que se está tratando nesta pesquisa.

Sobre o Poder Executivo, pode-se dizer que a falta de fiscalização adequada por parte do Legislativo revela-se um risco patente para a democracia. Um poder de origem monárquica, sem controle, degenera-se rapidamente em uma tirania. E o que se observa é que uma atuação tirânica contemporânea não se afasta em muito da tirania antiga, medieval ou moderna; a marca desse governo é o “desgoverno”, é o desrespeito às leis, a corrupção, o abandono do povo à própria sorte, o nepotismo e a propagação da violência.

São poucos os mecanismos disponíveis ao Poder Executivo, mas mesmo sendo poucos são muito importantes e precisam ser manejados com responsabilidade e inteligência. Uma nomeação equivocada para a Supremo Tribunal Federal, por exemplo, pode produzir danos a longo prazo para a nação.

Assim, tem-se que o estudo dos demais Poderes forneceu elementos essenciais para o bom desenvolvimento desta pesquisa.

4. PODER JUDICIÁRIO

Considerando que este contempla o objeto do presente estudo, todos os freios e contrapesos disponíveis ao Poder Judiciário, em *status* ativo e passivo, serão analisados.

Acerca da estrutura, para conseguir atender ao seu propósito dentro da divisão de funções, qual seja, entregar a prestação jurisdicional, o Poder Judiciário se divide em diversos órgãos que integram as instâncias estaduais e federais²⁴³.

No âmbito estadual tem-se:

- os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- os Tribunais e Juízes Militares;
- os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

A Justiça Estadual possui uma competência residual, a ela compete julgar ações não compreendidas na esfera de competência da Justiça Federal, comum ou especializada. Os Estados também possuem Justiça Militar, cuja função é julgar os crimes próprios cometidos pelos policiais militares.

No âmbito federal tem-se:

- os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- o Tribunal Superior Eleitoral;
- o Tribunal Superior do Trabalho;
- o Superior Tribunal Militar;

²⁴³ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - O Supremo Tribunal Federal;

I-A O Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - O Superior Tribunal de Justiça;

II O Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - Os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - Os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - Os Tribunais e Juízes Militares;

VII - Os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

- o Superior Tribunal de Justiça;
- o Conselho Nacional de Justiça;
- o Supremo Tribunal Federal.

A Justiça Federal é competente para julgar ações em que a União, as autarquias ou as empresas públicas federais forem parte interessada. A Justiça Federal é dividida em comum e especializada, estas são as Justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar.

Como a estrutura corporativa, as competências relacionadas aos demais Poderes e a lógica de hierarquia do Poder Judiciário repetem-se, em regra, em todos os Tribunais, com as devidas ressalvas referentes ao âmbito de atuação e competência específica de cada um, considerando a instância; tomar-se-á por base para analisar o sistema de freios e contrapesos o Supremo Tribunal Federal, visto que se trata do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Ao STF compete julgar²⁴⁴, de forma originária e recursal, diversas ações que se encontram elencadas no artigo 102 da Constituição Federal. Destas competências,

²⁴⁴ **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - Processar e julgar, originariamente:

- a)** a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- 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;
- c)** nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d)** o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e)** o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f)** as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g)** a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h)** (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i)** o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
- j)** a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l)** a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m)** a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

debruçar-se-á a respeito do controle de constitucionalidade, instrumento próprio e importante do sistema de freios e contrapesos.

4.1. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) exerce a função de órgão de controle encarregado de realizar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

O CNJ foi criado por meio da emenda constitucional 45 de 2004, também conhecida como “reforma do Poder Judiciário”. Está descrito no texto constitucional no art. 103-B, que especifica com riqueza de detalhes todas as funções do órgão, suas atribuições e estrutura²⁴⁵.

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - Julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁴⁵ **Art. 103-B.** O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

-
- I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;
 - II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
 - III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
 - IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
 - V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
 - VI - um juiz federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
 - VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
 - VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
 - IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
 - X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
 - XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
 - XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 - XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou

De forma sintética, suas principais diretrizes são:

i. planejamento estratégico e coordenação da política judiciária; ii. modernização operacional e tecnológica; iii. ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social; iv. garantia de respeito às liberdades públicas e execuções penais; v. fiscalização e controle do funcionamento das serventias judiciais e extrajudiciais.²⁴⁶

O órgão tem a função de formular estratégias e organizar as políticas que deverão ser desenvolvidas pelo Poder Judiciário. Sua atuação precípua tem como escopo melhorar o gerenciamento dos órgãos que compõem o Poder Judiciário, contribuindo dessa forma para a eficiência da justiça. Outro ponto importante referente à atuação do CNJ está voltado à correição de magistrados e membros do PJ que se comportem de maneira desconforme com os ditames éticos e técnicos esperados.

O CNJ foi efetivamente criado em 14 de junho de 2005, completará 16 anos em 2021. Ao longo desses mais de 15 anos de trabalho, o Conselho teve como objetivo melhorar a transparência do Poder Judiciário, produzindo relatórios estatísticos que indicam as performances dos Tribunais, Varas e Magistrados, zelando assim por uma maior celeridade e eficiência na entrega da prestação jurisdicional.

De acordo com informações do Conselho Nacional de Justiça, os números referentes à celeridade no julgamento de processos de correição são bastante expressivos:

As corregedorias atuam para que as metas relativas à baixa de processos ou à garantia da celeridade no julgamento sejam cumpridas. Segundo dados da Corregedoria Nacional, de 2007 a 2019, foram baixados 72.414 processos pelas corregedorias locais, com expressiva atuação nos últimos três anos, que concentra 39% do total de baixados (28.107 processos). No ano de 2019, a Corregedoria alcançou uma média de 847 processos baixados por mês. Em 2020, a Corregedoria baixou, até abril, 2.708 processos²⁴⁷.

A supervisão do CNJ em relação aos membros do Poder Judiciário, bem como sua atuação em relação a questões administrativas e financeiras, traduz-se em uma forma de conter e evitar abusos por parte dos membros que compõem o Judiciário.

órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

²⁴⁶ MENDES, Gilmar. **A Organização do Poder Judiciário**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Livros/Organizacao_Poder_Judiciario_autoria.pdf Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁴⁷ Site do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://cnj.jus.br/cnj15anos/> Acesso em: 10 fev. 2021.

Logo, trata-se de um órgão que possui características que o qualificam como parte do sistema de freios e contrapesos.

De acordo com a classificação trazida na presente pesquisa, poder-se-ia dizer que se trata de uma espécie de freio interno, visto que, dos quinze membros, apenas seis não são membros do Poder Judiciário²⁴⁸, e que o órgão está incluso dentre os órgãos do PJ no art. 92, I-A, da CF²⁴⁹.

O que cabe analisar em relação ao órgão, no tocante ao sistema de freios e contrapesos, é que a atuação no âmbito de controle dos atos dos membros do Poder Judiciário caracteriza-se como um freio, visto que a decisão do Plenário não cabe recurso, nos termos do § 1º do artigo 4º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ), que dispõe: “dos atos e decisões do Plenário não cabe recurso”.

Contudo, a atuação correicional não cabe somente ao CNJ. A Corregedoria Nacional de Justiça e os órgãos correicionais dos Tribunais também exercem esse papel de supervisão e acompanhamento da atuação dos membros do Poder Judiciário. Entretanto, em relação às suas decisões cabem recursos administrativos que podem modificar o entendimento exarado. Nesse sentido, entende-se que a atuação se amolda a algo semelhante à superação de uma decisão monocrática, nos termos já descritos anteriormente. Seria algo orgânico, próprio do funcionamento daquele órgão, não propriamente uma espécie de freio ou contrapeso.

É de se destacar que a referência utilizada para analisar o Poder Judiciário é o STF, como já mencionado; e em relação aos membros do STF, o que se pode avaliar é que a atuação do CNJ é praticamente inexistente, haja vista que o Presidente do CNJ é o Presidente do STF, cargo que todos os membros da Corte irão ocupar. Nenhum membro irá contribuir para criar uma jurisprudência punitiva que acabe por implicá-los, posteriormente, em uma condenação. A forma como esse freio interno está estruturado não contribui para um manejo efetivo em relação ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

²⁴⁸ Um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (art. 103-B, CF)

²⁴⁹ **Art. 92.** São órgãos do Poder Judiciário: (...) I-A - o Conselho Nacional de Justiça;

4.2. HISTÓRICO DO PODER JUDICIÁRIO

Foi Montesquieu o primeiro a mencionar a necessidade de uma função de julgar que fosse independente e autônoma. Contudo, ele destacava que o Judiciário deveria ser apenas “a boca da lei”. Foi Alexandre Hamilton, no artigo nº 78, quem atribuiu ao Poder Judiciário a competência de interpretar o texto constitucional.

Embora o *judicial review*²⁵⁰ não tenha sido positivado no texto constitucional americano, posteriormente, em 1803, com a célebre decisão *Marbury x Madison*, a prática do controle de constitucionalidade foi institucionalizada, e o Judiciário passou a ocupar um lugar de destaque entre os Poderes.

No Brasil, o Judiciário esteve presente desde a primeira Constituição de 1824²⁵¹, contudo a carta não previa a garantia de inamovibilidade. Logo, é difícil acreditar que o Judiciário de fato fosse independente, uma vez que o Imperador podia mudar o local de atuação de um Magistrado ao seu talante²⁵².

Ainda, a Constituição Imperial definia que as leis seriam eventualmente revistas, se necessário, pelo Poder Legislativo, não o Judiciário, nos termos do artigo 13, incisos VIII e IX: “Art. 13. O Poder Legislativo é delegado á Assembléa Geral com a Sancção do Imperador. (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as; IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação”.

A Constituição de 1891 inovou ao criar a Justiça Federal, especializada em julgar ações em que a União fosse parte²⁵³. Outro avanço deu-se em relação às garantias: seu salário passa a ser regulamentado em lei e não pode ser diminuído,

²⁵⁰ **O Federalista**, art. 78.

²⁵¹ Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. (Constituição Brasileira de 1824)

²⁵² Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, oque todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar. Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão reme ttidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei. (Constituição de 1824)

²⁵³ Art. 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.'

Art. 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Art. 57 - Os Juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

§ 1º - Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.

§ 2º - O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este os Juizes federais inferiores. (Constituição de 1891)

bem como um eventual afastamento do cargo só pode ocorrer em caso de sentença transitada em julgado.

Embora a Constituição Republicana tenha sido em larga medida espelhada na Constituição Americana, o controle de constitucionalidade difuso foi introduzido de forma muito tímida. Ao Supremo Tribunal Federal cabia processar e julgar em grau de recurso as causas decididas pelos juízes e tribunais federais²⁵⁴ e, quanto às justiças estaduais, dispunha que o STF era competente para julgar recursos em relação a decisões que aplicassem tratados ou lei federais, e a decisão do Tribunal fosse contrária a essa aplicação²⁵⁵.

Segundo Slaibi Filho, o poder do STF foi ampliado após a edição da emenda constitucional de 5 de setembro de 1926, entretanto, seus efeitos duraram apenas até 1930:

Arthur Bernardes, que governou de 1922 a 1926 sempre em regime de estado de sítio, providenciou a Emenda de 5 de setembro de 1926, dando ao Supremo Tribunal Federal o poder de dirimir os conflitos entre os juízes federais e dos Estados, bem como conhecer dos recursos das decisões dos juízes e tribunais federais, cabendo a estes processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal²⁵⁶.

O período republicano foi marcado por constantes crises, que se agravaram em 1930 com a edição do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro do mesmo ano, que instituiu o “governo provisório”. O ato normativo viabilizava a concentração dos poderes Executivo e Legislativo nas mãos do então Presidente Getúlio Vargas. Em relação ao Judiciário, o decreto dispunha:

Art. 3º. O Poder Judiciário Federal, dos Estados, do Território do Acre e do Distrito Federal continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente lei e as restrições que desta mesma lei decorrerem desde já.

Art. 5º. Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores.

²⁵⁴ **Constituição de 1891**, art. 59, 2.

²⁵⁵ Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

²⁵⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136 Acesso em: 11 fev. 2021, p. 7.

Parágrafo único. É mantido o habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais²⁵⁷.

Segundo estudos de Friede, ao longo do Estado Novo o Poder Judiciário não possuía uma verdadeira autonomia:

Durante o Estado Novo, a tênue independência do Judiciário era frequentemente posta em xeque. Tanto que, em 18 de fevereiro de 1931, o Decreto nº 19.711, invocando “imperiosas razões de ordem pública”, aposentou seis ministros do Supremo Tribunal Federal, a saber: GODOFREDO CUNHA, EDMUNDO MUNIZ BARRETO, ANTONIO C. PIRES e ALBUQUERQUE, PEDRO AFFONSO MIBIELI, PEDRO DOS SANTOS e GEMINIANO DA FRANCA. Por sua vez, através do Decreto nº 20.106, de 13 de junho de 1931, GETÚLIO VARGAS, o Chefe do Governo Provisório, modificou e completou a reorganização provisória da Corte Suprema²⁵⁸.

Assim, é justo dizer que o Judiciário era apenas formalmente um Poder independente, mas seu *status* concreto era o de submissão ao Poder Executivo. E o controle de constitucionalidade não foi instituído de forma efetiva.

A Constituição de 1934 teve uma vida muito curta, mas marcante na história constitucional brasileira. Foi a partir da Carta de 34 que o Brasil adotou o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, através da representação por intervenção, caso ocorresse a vulneração de princípios constitucionais sensíveis, bem como o descumprimento de uma decisão judicial. A medida só poderia ser proposta pelo Procurador-Geral da República²⁵⁹.

É relevante mencionar que, apesar de formalmente estatuído, novamente o Poder Judiciário não alcançou um *status* de independência funcional adequado. Relata Peduzzi que, mesmo antes do advento da Constituição de 1937, o Tribunal já demonstrava indícios de submissão ao Poder Executivo:

Em julgamentos realizados ainda antes da outorga da Carta de 1937, o Supremo Tribunal Federal confirmou, em 1935, o fechamento da Aliança Nacional Libertadora, não obstante a alegação de ofensa o direito constitucional de liberdade de associação; confirmou a prisão de João Mangabeira e de outros parlamentares em razão de crimes contra a

²⁵⁷ Constituição de 1891.

²⁵⁸ FRIEDE, Reis. O Poder Judiciário nas constituições do Brasil: uma retrospectiva histórica de seu *status* institucional. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/32/4> acesso em 11 de fev. 2021, p. 76.

²⁵⁹ Constituição de 1934, art. 12, § 2º: Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

segurança nacional, em julho de 1936; e não conheceu do Habeas Corpus impetrado em favor de Olga Benário, possibilitando sua extradição para a Alemanha Nazista, em 17 de julho de 1936. Neste último, foi invocado um Decreto como fundamento para o não-cabimento à espécie do habeas corpus, remédio previsto constitucionalmente²⁶⁰.

Por certo, a situação institucional do Poder Judiciário piorou bastante com a outorga da Carta de 1937, conhecida como a Polaca, de viés notadamente autoritário. O texto dispunha que, se uma lei fosse declarada inconstitucional, o Presidente da República poderia submetê-la novamente ao Parlamento e, se o entendimento fosse pela constitucionalidade, a decisão da Corte seria revogada. Com um Parlamento subserviente e amedrontado, obviamente o desejo do Presidente revelava-se o parâmetro para a decisão congressional²⁶¹.

A Constituição de 1946 retomou o rumo democrático, resgatando instrumentos que estiveram presentes em outras Cartas, tais como a possibilidade de representação interventiva (art. 7º e 23); a possibilidade de o Senado suspender, no todo ou em parte, a execução de leis ou decretos achados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64); o recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes (art. 100, inc. III) e, por fim, o texto recriou a Justiça Federal.

Outra inovação importante foi a introdução do princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposta no art. 141, § 4º, do texto constitucional art. 141, § 4º: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Entretanto, o fato de mencionar apenas “direito individual” dificultava a ação do Judiciário em relação ao controle de atos do Poder Executivo que envolvessem direitos coletivos e difusos.

Em 1964 ocorreu o golpe militar, que instituiu uma ditadura no Brasil.

Por meio do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, foram suspensas, por seis meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e

²⁶⁰ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O Poder Judiciário: homenagem aos 200 anos da independência do Poder Judiciário brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 73, n. 4, out./dez. 2007. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/2456/001_peduzzi.pdf?sequence=3 . Acesso em: 11 fev. 2021, p. 24.

²⁶¹ Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. **Constituição de 1937**.

estabilidade (art. 7º), sendo que, nos termos do parágrafo 1º do mesmo artigo, os titulares dessas garantias poderiam ser demitidos, dispensados ou, ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, tudo mediante uma investigação sumária²⁶².

A representação interventiva que, pode-se dizer, é a “ancestral” da atual Ação Direta de Inconstitucionalidade, foi regulamentada através das leis federais nº 4.337, de 1º de junho de 1964, e na Lei nº 5.778, de 16 de maio de 1972. A primeira decisão do STF com escopo efetivo de controle concentrado deu-se em sede da Representação de Inconstitucionalidade nº 933, de 1975, proposta por Magistrados Fluminenses em face da Resolução nº 1, de 21 de março de 1975, que regulamentava a estrutura do Poder Judiciário. A legislação foi criada com vistas a regulamentar a fusão dos Tribunais do estado da Guanabara e do Rio de Janeiro, uma vez que estes foram fundidos, criando o estado do Rio de Janeiro. Tal situação ensejou diversas questões em relação à carreira dos Magistrados, pois até então os regramentos eram distintos.

O STF recebera o poder de julgar ações de controle de constitucionalidade através da Emenda Constitucional 16/65, contudo, até a célebre decisão retromencionada, a atuação da Corte restringia-se a decisões em sede de controle de difuso, sempre dependendo da expedição de resolução senatorial para alcançar a forma executória necessária.

Posteriormente, a Emenda Constitucional 7/77 introduziu o poder de avocar uma ação quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido.

É certo que a evolução do controle de constitucionalidade está para a evolução da importância e independência do próprio Poder Judiciário. É justo dizer que apenas com o advento da Constituição de 1988 é que verdadeiramente o Poder Judiciário alcançou um *status* de independência e pôde atuar com maior vigor em relação aos demais Poderes.

Toda a análise proposta no presente estudo perfaz-se com base no texto constitucional de 1988, portanto, é despidendo mencionar aqui como está estruturado Poder Judiciário na atual Carta Magna.

²⁶² FRIEDE, Op. Cit., p. 79.

4.3. FUNÇÃO TÍPICA E ATÍPICA

Como já pontuado, uma função típica ou atípica pode ou não compor o sistema de freios e contrapesos. Essa classificação é importante no sentido de manter o rigor de organização dos instrumentos analisados no âmbito de cada Poder.

4.3.1. Função Típica

O Poder Judiciário tem como função típica interpretar as leis e julgar. No Brasil, o princípio constitucional do acesso à justiça²⁶³ legitima a ampla atuação do Poder Judiciário, atribuindo-lhe força e importância singular dentro da estrutura do Estado brasileiro.

4.3.2. Função Atípica

O Poder Judiciário, de forma atípica, tem a competência de iniciar o processo legislativo em matéria que trate a respeito do Estatuto da Magistratura e legislar sobre os temas atinentes à estrutura dos Tribunais²⁶⁴. Especificamente, no caso do Estatuto da Magistratura, por iniciativa entende-se a fase de construção do projeto de lei, todo o desenvolvimento do teor daquela legislação. Cabe ao Legislativo votar e aprovar, ou não, o projeto desenvolvido pelo Poder Judiciário. Ainda que o Poder Judiciário não participe de todas as fases do processo legislativo, a iniciativa é sem dúvida a mais importante.

Como mencionado, a Constituição também delega aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de legislar sobre as matérias definidas nas alíneas do art. 96, inc. II, e a todos os Tribunais redigir

²⁶³ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. CF.

²⁶⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...).

Art. 96. Compete privativamente:

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 juízes que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)
 c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
 d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

o seu regimento interno, nos termos do art. 96, inc. I²⁶⁵. E considerando que os regimentos internos na taxionomia das normas jurídicas alcançam o *status* de lei, é correto afirmar que o Poder Judiciário “legisla”, de forma atípica.

Em mesmo sentido, cabe aos Tribunais, conforme disposição constitucional²⁶⁶, administrar as Varas, organizar secretarias, serviços auxiliares do Juízo, órgãos internos de correição, realizar concursos públicos, dentre outras atribuições, ou seja, o Poder Judiciário também exerce funções administrativas de forma atípica.

As competências atípicas do Poder Judiciário, legislar e administrar, não compõem o sistema de freios e contrapesos nos moldes estabelecidos neste trabalho. O ato de legislar a respeito de temas atinentes à Magistratura ou administrar seus trâmites internos não se revelam instrumentos que possuem o condão de retirar um agente público ou a força de um ato de um Poder, ou ainda, de contrabalancear uma decisão, com força infringente (contrapeso negativo) ou chancelatória (contrapeso positivo), logo, não se está diante de mecanismos próprios do sistema de freios e contrapesos.

4.4. FREIOS

O Supremo Tribunal Federal possui apenas, a decisão do CNJ como freio interno e o impeachment como freio externo. Em *status* ativo, quando o Judiciário está agindo em face de outro Poder, o instrumento é o controle de constitucionalidade, que pode ser manejado em face de atos do Poder Legislativo e Executivo. Em *status*

²⁶⁵ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

²⁶⁶ I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

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

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

passivo, quando o Judiciário recebe a intervenção de outros Poderes, destacamos a possibilidade de *impeachment* dos membros do Supremo Tribunal Federal²⁶⁷.

Tratar-se-á a respeito do processo de superação de decisões por parte do Poder Legislativo, definido pela doutrina como diálogos institucionais e de forma ampla como *efeito backlash*. Embora a possibilidade de reação legislativa não se trate de um instrumento específico²⁶⁸, é possível afirmar que a prática constitui um fator limitador de um ato que pode conter um teor abusivo, contrário aos interesses da população, contudo, de acordo com os termos definidos na presente pesquisa, não constitui o sistema de freios e contrapesos.

Ainda, cabe pontuar que a possibilidade de derrubada de decisões monocráticas pelo colegiado não se traduz em uma forma de freio interno, mas sim uma mera estrutura de funcionamento interno. Os fluxos e influxos decisórios que se traduzem em expedientes de autocontenção são afetadas à lógica de funcionamento da Corte; não se trata de um expediente com vistas a extirpar um ato eivado de vício ou excluir um membro do Tribunal.

No caso do outro freio interno identificado ao longo desta pesquisa, a cassação de mandato de parlamentar e a atuação da CCJ, no âmbito do Poder Legislativo, ambos instrumentos se traduzem em mecanismos que funcionam como “anticorpos”, que são movimentados para evitar danos. A superação de um entendimento monocrático por parte do pleno da Corte é uma atuação endógena, natural do Tribunal. Comparando-se, estaria para a votação de uma lei pelo Plenário da Casa Parlamentar, a não aprovação não faz parte do sistema de freios e contrapesos, mas de atuação própria daquele Poder.

Importante lembrar que um freio, de acordo com a classificação trazida nesta pesquisa, possui uma função específica, que é retirar a força de um ato viciado ou um agente que pratica uma ação ilícita ou inconstitucional.

²⁶⁷ Art. 52, inc. II.

²⁶⁸ Não está positivado no texto constitucional como um trâmite natural dentro de um procedimento, tal como o veto, a sanção, a aprovação de medida provisória, que fazem parte do processo legislativo. Ou mesmo, como um freio que está positivado como um “recurso” em relação ao qual se pode socorrer para sanar um problema. A reação legislativa se encaixa em uma hipótese *sui generis*, pode ocorrer, mas é bastante atípica.

4.4.1 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é uma espécie de freio externo, visto que retira a eficácia das leis editadas pelo Poder Legislativo ou, eventualmente, do Executivo²⁶⁹, dentro dos parâmetros já descritos no capítulo que tratou a respeito do tema. Como já mencionado, o ato de legislar é a competência típica do Legislativo, portanto, extirpar uma lei do ordenamento jurídico é uma forma de controlar e evitar abusos por parte deste Poder.

O Poder Judiciário está agindo em *status* ativo, em face de outros Poderes.

4.4.1.1 Como funciona o controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade feito através do Poder Judiciário pode ser realizado em dois momentos. O chamado “controle preventivo”, que é executado ao longo do processo legislativo, ou seja, antes de a lei ser publicada e entrar em vigência.

O controle preventivo é praticado via impetração de mandado de segurança, por parlamentar que esteja participando do processo legislativo da lei contestada, pois a tese que deve fundamentar o remédio constitucional é a de que o parlamentar tem o direito líquido e certo de não participar de um processo legislativo inconstitucional.

Importante destacar que a violação ao texto constitucional precisa ser frontal. Isso significa que o parlamentar precisará demonstrar que uma disposição expressa na Constituição não foi observada. Não é possível alegar inconstitucionalidade se o processo legislativo descumprir unicamente o regimento interno da Casa ou legislação infraconstitucional. Tal situação configura-se ofensa reflexa ao Texto Maior. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que em casos como este não cabe controle preventivo de constitucionalidade²⁷⁰.

Já o controle “*a posteriori*”, realizado após a lei entrar em vigor, possui características bastante diversas. A primeira, e mais marcante, é a quantidade de legitimados ativos para propositura das ações de controle concentrado de

²⁶⁹ Medida provisória, decreto autônomo.

²⁷⁰ Súmula 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

constitucionalidade²⁷¹, nove ao total de acordo com o art. 103, da CF. O chamado “modelo austríaco” de controle de constitucionalidade concentra em um único órgão o Supremo Tribunal Federal, o julgamento de ações que questionam a constitucionalidade das leis²⁷².

O Poder Judiciário brasileiro opera com o modelo híbrido de controle de constitucionalidade, admitindo o controle concentrado e o difuso, chamado “modelo americano”. Os termos concentrado e difuso se referem ao órgão julgador. No modelo concentrado, apenas um órgão tem competência para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei. Já no controle difuso, qualquer juiz, em todos os graus de jurisdição, pode declarar incidentalmente uma lei inconstitucional, dentro de um caso concreto.

A decisão, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, possui efeito *erga omnes* e é vinculante. Já as decisões em sede de controle difuso possuem efeito *inter partes* e não vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração direta e indireta, exceto se o Senado Federal exarar uma Resolução ampliando os efeitos da decisão através da suspensão da legislação declarada inconstitucional incidentalmente.

É certo que o processamento de cada uma das modalidades do controle de constitucionalidade contempla um longo e complexo rito, que não se faz necessário mencionar com riqueza de detalhes, pois o objeto do estudo é o sistema de freios e contrapesos, sendo suficiente apresentar o instrumento e suas principais características.

5.4.1.2. Controle de constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos

Já foi comentado a respeito do controle de constitucionalidade em face das medidas provisórias no capítulo a respeito do Poder Executivo, portanto, serão mencionados atos administrativos²⁷³, em geral passíveis de controle de constitucionalidade e legalidade por parte do Poder Judiciário.

²⁷¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

²⁷² Art. 102, inc. I da CF.

²⁷³ Segundo José Cretella Jr.: “Ora, o próprio Código Civil Brasileiro dá a chave para obtermos a definição de ato administrativo. Se ato jurídico é toda manifestação lícita da vontade humana que tem por objetivo imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar e extinguir direitos, o ato administrativo,

Essencial iniciar traçando-se a diferença entre os atos vinculados e os atos discricionários. Em relação aos primeiros, a análise do Poder Judiciário é ampla, pois o ato necessariamente precisa estar de acordo com o que a lei prescreve. Já os atos discricionários possuem um espaço decisório, que passa pela análise de conveniência, oportunidade e eficiência de sua adoção, algo que se revela a essência da prerrogativa de atuação do Poder Executivo, qual seja, decidir quais são as melhores medidas para bem administrar o Estado.

4.4.1.3 Controle de constitucionalidade de atos vinculados

O Poder Executivo tem o dever de observar e se pautar exclusivamente pelo que a legislação estabelece. Ao cidadão é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, já o Estado só pode fazer o que a lei permite. Os procedimentos estabelecidos em lei vinculam a atuação dos membros do Executivo.

Sobre o controle de constitucionalidade de atos vinculados, assim explica Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade e reconhecer que essa conformidade inexistiu²⁷⁴.

Apenas com o fito de exemplificar um ato concreto, que pode ser analisado pelo Poder Judiciário, será mencionado o controle de constitucionalidade em face do Decreto Executivo Primário. Escreveu-se sobre este tema, e por oportuno será transcrito um excerto:

Decretos emanados pelo Poder Executivo são passíveis de controle de constitucionalidade, quando o seu conteúdo for normativo autônomo, ou seja, quando o seu teor derivar diretamente do texto constitucional. É cediço que decretos com conteúdo meramente administrativos, que regulamentem leis infraconstitucionais, não são passíveis de controle de constitucionalidade pela via concentrada²⁷⁵.

sendo espécie do ato jurídico, nada mais será do que todo ato produzido por agente credenciado da Administração, que tem por efeito imediato a aquisição, o resguardo, a modificação, a transformação ou a extinção de direitos, em matéria administrativa.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 134).

²⁷⁴ CRETELLA Jr. Op. Cit., p. 210.

²⁷⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/adriana-cecilio-intervencao-rio-passivel-controle-adi> Acesso em: 10 jan. 2020.

Na oportunidade, tratou-se sobre o Decreto Interventivo 9.288/18, que instaurou a intervenção federal no estado do Rio de Janeiro. No entendimento da autora, conforme descrito no texto mencionado supra, o Decreto se encontrava eivado por vício de inconstitucionalidade material e formal.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) requerendo a declaração de inconstitucionalidade do decreto, com uma argumentação muito próxima da traçada no artigo publicado no Boletim Conjur²⁷⁶, entretanto, a ação não foi julgada e acabou perdendo o objeto. A intervenção findou-se em dezembro de 2018.

Ainda assim, mesmo sem ser julgado o mérito, a ação foi analisada pelo relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, que deu o andamento inicial requerendo informações ao advogado-geral da União, ou seja, a ação é cabível, tal como foi defendida.

Assim, o controle de constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos do Poder Executivo revela-se um mecanismo essencial dentro do sistema de freios e contrapesos. Como já citado no primeiro capítulo, o Poder Executivo possui inspiração no Poder Monárquico²⁷⁷, como bem explicou Aristóteles, tende a degenerar-se e tornar-se uma tirania. Se não houvesse uma forma de controlar as decisões, o Poder Executivo se tornaria tirânico.

O controle de constitucionalidade visa preservar a supremacia do texto constitucional, mantendo no ordenamento jurídico apenas as normas infraconstitucionais que estiverem em sintonia com a Constituição. Assim, esse mecanismo é de extrema importância dentro do sistema de freios e contrapesos e tem funcionado com relativa eficácia.

4.4.1.4 Controle de constitucionalidade atos discricionários

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o Judiciário deve-se ater à análise da legalidade do ato administrativo:

²⁷⁶ Publicou-se o artigo em 20/02/2018 e a ação foi proposta em 14/03/2018.

²⁷⁷ Nos termos da teoria mista proposta por Políbio.

Não se permite ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judiciária. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário²⁷⁸.

Em abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar-se acerca da nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal, Alexandre Ramagem Rodrigues, que fora nomeado pelo Presidente da República por meio do decreto publicado em 27 de abril de 2020.

O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) impetrou Mandado de Segurança Coletivo (MS 37097), indicando o Chefe do Poder Executivo Federal como autoridade coatora, alegando vício de desvio de finalidade por abuso de poder. A tese foi embasada nas declarações do ex-Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro, que resumidamente aduziam a relação intestina entre o nomeado e a prole do Presidente da República, sendo que o Senador Flávio Bolsonaro, filho do Presidente, está sendo investigado pela Polícia Federal.

O Ministro Alexandre de Moraes acolheu as alegações e deferiu liminarmente a concessão da segurança no sentido de suspender a eficácia do decreto, interferindo assim diretamente em uma decisão de mérito do Presidente da República. Ao ser notificado acerca da decisão, o Presidente da República tornou sem efeito o decreto e nomeou para o cargo o Delegado Rolando Alexandre de Souza. Em razão disso, o Mandado de Segurança perdeu o objeto e, conseqüentemente, foi extinto.

O debate realizado no MS em tela foi fundamentado na possibilidade de controle de constitucionalidade de um ato discricionário. A decisão foi fundamentada nos princípios da administração pública, moralidade, impessoalidade e interesse público.

Todas as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal têm o condão de assegurar o respeito e a higidez do texto constitucional. As ações que chegam até o STF possuem um caráter de controle de constitucionalidade “*lato sensu*”, pois todas envolvem questões constitucionais, seja pela via do controle concentrado ou difuso de leis, seja nos casos concretos que tratam de questões constitucionais, quando a Corte atua como Tribunal Recursal.

²⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 612.

O caso em tela foi bastante discutido por professores de diversas áreas, principalmente de Direito Constitucional, Administrativo e Penal, alcançando um certo consenso entre constitucionalistas de que a decisão violava a separação dos Poderes²⁷⁹, enquanto administrativistas e alguns criminalistas consideraram acertada a concessão da liminar²⁸⁰.

O debate doutrinário foi profícuo e demonstra a necessidade premente de delimitar com clareza o que é a separação dos Poderes, o que é o sistema de freios e contrapesos e qual a sua função dentro de um Estado Democrático de Direito. Um Poder não pode se substituir ao outro. Por mais ineficaz e contraditória que possa ser a atuação de um membro de um dos Poderes, trata-se de um ônus próprio da democracia suportar as discordâncias, ainda que estejam embasadas em acusações bastante graves.

O cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal é de livre nomeação por parte do Chefe do Poder Executivo Federal. Ele foi eleito justamente para tomar decisões dessa monta. Como dito no capítulo que trata sobre o Poder Executivo, a legitimidade do Presidente se erige do voto popular. E se é certo que a democracia é o governo do povo, que manifesta sua escolha através da vontade de seus representantes, a força que advém do resultado das eleições não deve ser mitigada com base em casuísmos.

É relevante dizer que Alexandre Ramagem Rodrigues foi nomeado, em 11 de julho de 2020, Diretor-Geral da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN). Em dezembro de 2020, foi noticiado pela mídia que a ABIN agiu ilegalmente repassando dados sigilosos a fim de colaborar com a defesa de Flávio Bolsonaro²⁸¹. Portanto, não se nega que as suspeitas aventadas no *mandamus* possuíam supedâneo fático. Mas ainda assim descabia a intervenção do Poder Judiciário.

²⁷⁹ Podemos citar o artigo publicado na Revista Eletrônica Boletim Conjur, “Constitucionalistas espalham o caso Ramagem”, assinado por Lênio Streck e Pedro Serrano. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/streck-serrano-constitucionalistas-espalha-rodas-ramagem>. Acesso em: 28 dez. 2020.

²⁸⁰ Em outro giro, o artigo também publicado no Conjur, “Nomeação de Ramagem: STF e o acerto jurídico da Liminar”, assinado por Eduardo Cardoso *et al.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-03/nomeacao-ramagem-stf-acerto-juridico-liminar#_ftn1. Acesso em: 28 dez. 2020.

²⁸¹ Caso da rachadinha: o que se sabe sobre envolvimento da Abin em investigação contra Flávio Bolsonaro. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55325486>. Acesso em: 28 dez. 2020.

O debate que se coloca ante esse estado de coisas é que tais situações são mazelas próprias da democracia, e havemos de suportá-las a bem de zelar pela sustentabilidade da própria democracia.

Não se está a dizer que discricionariedade pode perfazer-se em irresponsabilidade, entretanto, existe sim um núcleo decisório que precisa ser protegido e intangível, caso contrário a estrutura do Estado desfaz-se. Se um Poder discordar de outro, por maiores que sejam os fundamentos dessa discordância, e se decidir por substituir um ato próprio de uma função precípua de outro Poder, a delicada relação existente entre os Poderes rui.

No sentido de confirmar e bem explicar o posicionamento defendido, basta propor um exercício de reversibilidade. Se o Chefe do Poder Executivo não concordasse com uma decisão do Supremo Tribunal Federal, poderia ele ignorar a decisão ou elaborar uma substanciosa teoria para fundamentar um decreto tornando sem efeito no âmbito da administração a decisão do órgão judicial? Não. Eis a questão. Não pode e não deve o Poder Executivo se substituir a função típica do Poder Judiciário sem que haja fundamento exposto no texto constitucional.

Se o Executivo “julgasse” uma decisão do Poder Judiciário, anularia a razão de sua existência dentro das funções do Estado. Tal situação se revelaria uma patente e incontroversa violação à separação dos Poderes. Pois o reverso, o Poder Judiciário pôr-se a administrar substituindo-se ao Poder Executivo, de igual forma se configura uma grave afronta à tripartição dos Poderes.

É de bom alvitre recordar que o Estado nada mais é que um grande “faz de conta”. Com base no contrato social, a sociedade “faz de conta” que existe um ente acima de todos (o Leviatã²⁸²), que por não tomar partido de ninguém especificamente, possui maior legitimidade para bem decidir em prol do bem comum. Essa entidade fictícia exerce o poder dividindo as suas funções a fim de evitar a concentração e a degenerescência, como já mencionado nos capítulos anteriores. Como em qualquer “faz de conta”, as regras impostas a todos precisam ser observadas, caso contrário o “o jogo” acaba.

Portanto, o mérito da decisão discricionária do Poder Executivo não pode ser questionado. A legalidade que envolve o ato sim, mas as motivações subjetivas

²⁸² Obra clássica de Thomas Hobbes, considerado o primeiro contratualista.

envolvidas não podem ser objeto de sindicabilidade por parte do Poder Judiciário, sob pena de violação à separação do Poderes.

O sistema de freios e contrapesos, de acordo com a definição proposta no presente trabalho, serve para evitar abusos por parte dos agentes que exercem funções em cada um dos Poderes, dividindo a responsabilidade em determinadas decisões e coibindo a prática de violações legais e constitucionais por membros do poder público.

A legitimidade do manejo dos mecanismos disponíveis encontra a sua limitação exatamente na razão de existir o sistema de freios e contrapesos, que é de preservar a separação dos Poderes, impedindo que atos e ações acabem por gerar uma concentração indevida de poder. Valer-se dos instrumentos do sistema para usurpar a competência de outros Poderes revela-se ilegítimo.

4.4.1.5 Controle de constitucionalidade de lei exarada pelo Poder Legislativo

O controle de constitucionalidade se propõe, precipuamente, a ser um freio externo ao Poder Legislativo. Conforme visto supra, alguns atos do Poder Executivo podem ser analisados pelo Poder Judiciário, são pontuais e muito bem delineados. Em relação ao Poder Legislativo, toda e qualquer legislação exarada que viole frontalmente o texto constitucional é passível de controle por parte do Judiciário.

Trata-se de um freio fundamental, pois permitir a permanência no ordenamento jurídico de legislações inconstitucionais causaria danos irreversíveis ao Estado Democrático de Direito. A Constituição é a carta de intenções de uma nação. Em seu texto estão descritos os rumos e princípios que as gerações seguintes deverão seguir para alcançar os objetivos escolhidos para o seu povo. Legislações inconstitucionais desviam-se desse caminho e fragilizam a democracia, por demonstrarem-se avessas à vontade da nação²⁸³.

Cabe, portanto, ao Judiciário interpretar as leis e, a partir de tal interpretação, julgar se as leis questionadas em sede de controle de constitucionalidade ofendem ou não o texto constitucional. Como explica Joseph Story:

²⁸³ Aqui entendida como aqueles que aqui estão, os que virão e os que já se foram. Esse conjunto de vontades de todas essas pessoas constrói o caldo cultural e histórico de um povo.

O poder de interpretar as leis envolve necessariamente a função de verificar se elas se conformam à Constituição, declarando-as vãs e insubsistentes, se a ofende. Sendo a Constituição a suprema lei do país, em qualquer conflito entre ela e as leis, sejam estas dos Estados ou do Congresso, é dever do Poder Judiciário aderir ao preceito, cuja obrigação for predominante. Esta consequência resulta da própria teoria dos governos republicanos²⁸⁴.

O processo de controle de constitucionalidade é inteiramente realizado pelo Poder Judiciário, havendo um único contrapeso positivo, a Resolução exarada pelo Senado Federal, que embora amplie os efeitos da decisão modificando sua abrangência, não altera o seu teor.

4.4.1.6 Impeachment de Ministro do STF

Como já comentado no capítulo que tratou sobre o Poder Legislativo, o *impeachment* é uma espécie de freio externo próprio do Poder Legislativo, cabendo ao final apenas a participação do Presidente do Supremo Tribunal Federal para dar publicidade à decisão. Lá foi explicado o procedimento de *impeachment* em face do Presidente da República.

Neste ponto, tratar-se-á de como se dá o processamento para retirar um membro do Poder Judiciário, elegendo-se como estudo de caso um processo em face de um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

4.4.1.7. Processamento do *impeachment* em face de um membro do Poder Judiciário – Ministro do Supremo Tribunal Federal

A possibilidade responsabilização de juízes já estava prevista na Carta Constitucional de 1824, nos seguintes termos:

Art. 155. Só por Sentença poderão estes Juizes perder o Logar.

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio

²⁸⁴ Apud. ALENCAR, Ana Valdereza Ayres Neves de. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978, p. 254.

queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei²⁸⁵.

O instituto do *impeachment*, nos moldes adotados pela doutrina pátria hodierna, tem sua inspiração no Direito Americano, sendo considerado um instrumento de natureza político-jurídica. Mesmo estando presente há mais de um século no ordenamento jurídico nacional, ao longo de toda a história constitucional brasileira nenhum Ministro do Supremo Tribunal Federal sofreu um *impeachment*.

Os ilícitos jurídico-administrativos que podem fundamentar um pedido de *impeachment* em face de um Ministro do Supremo Tribunal Federal estão previstos na Lei 1.079/50, artigo 39:

Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

- 1- altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;
- 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;
- 3 - exercer atividade político-partidária;
- 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;
- 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções.

Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas. (Incluído pela Lei nº 10.028, de .2000)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição. (Incluído pela Lei nº 10.028, de .2000)

O processamento do pedido é diferente do previsto em face dos demais agentes públicos suscetíveis ao *impeachment*. O início do processo se dá diretamente no Senado Federal, não na Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 44, da Lei 1.079/50, “*Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma.*” O pedido pode ser formulado por qualquer cidadão.

Segundo o que dispõe a Lei de Impeachment, cabe ao Presidente da Mesa instaurar uma Comissão para analisar o pedido. Entretanto, ao longo do tempo, firmou-se o entendimento de que a admissão do pedido poderia ser analisada pelo

²⁸⁵ BRASIL. **Constituição brasileira de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 4 de jan. 2021.

próprio Presidente da Casa, estabelecendo-se a possibilidade de arquivamento de ofício. Essa é uma questão que já foi judicializada, em razão dos reiterados arquivamentos de pedidos de *impeachment*, mas o entendimento da Corte é no sentido de que não cabe ao Judiciário analisar o mérito da decisão do Presidente da Mesa do Senado²⁸⁶.

Caso a denúncia seja aceita, a Casa deverá criar uma Comissão, que deve se reunir em quarenta e oito horas para escolher o Presidente e o Relator, para analisar o pedido²⁸⁷. A Comissão deverá formular um parecer em até dez dias. O parecer deve ser votado pelo Plenário do Senado Federal, devendo ser aprovado ou rejeitado por maioria simples²⁸⁸. Se for rejeitado, o pedido será arquivado²⁸⁹.

Sendo aprovada denúncia, o denunciado sofre sanções diferentes daquelas aplicadas ao Chefe do Poder Executivo, que, por exemplo, perde metade de seus vencimentos ao longo do processo. Os efeitos em face de um Ministro do Supremo Tribunal Federal estão previstos no artigo 57, da Lei 1.079/50:

A decisão produzirá desde a data da sua intimação os seguintes efeitos, contra o denunciado:

- a) ficar suspenso do exercício das suas funções até sentença final;
- b) ficar sujeito a acusação criminal;

²⁸⁶ *Impeachment*. Ministro do STF. (...) Na linha da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, a competência do presidente da Câmara dos Deputados e da Mesa do Senado Federal para recebimento, ou não, de denúncia no processo de *impeachment* não se restringe a uma admissão meramente burocrática, cabendo-lhes, inclusive, a faculdade de rejeitá-la, de plano, acaso entendam ser patentemente inepta ou despida de justa causa. Previsão que guarda consonância com as disposições previstas tanto nos regimentos internos de ambas as Casas Legislativas quanto na Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. O direito a ser amparado pela via mandamental diz respeito à observância do regular processamento legal da denúncia. Questões referentes à sua conveniência ou ao seu mérito não competem ao Poder Judiciário, sob pena de substituir-se ao Legislativo na análise eminentemente política que envolvem essas controvérsias. MS 30.672 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 15-9-2011, P, DJE de 18-10-2011. Vide MS 23.885, rel. min. Carlos Velloso, j. 28-8-2002, P, DJ de 20-9-2002.

²⁸⁷ Art. 44. Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma.

Art. 45. A comissão a que alude o artigo anterior, reunir-se-á dentro de 48 horas e, depois de eleger o seu presidente e relator, emitirá parecer no prazo de 10 dias sobre se a denúncia deve ser, ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias. Lei 1.075/50.

²⁸⁸ Art. 46. O parecer da comissão, com a denúncia e os documentos que a instruírem, será lido no expediente de sessão do Senado, publicado no Diário do Congresso Nacional e em avulsos, que deverão ser distribuídos entre os senadores, e dado para ordem do dia da sessão seguinte.

Art. 47. O parecer será submetido a uma só discussão, e a votação nominal considerando-se aprovado se reunir a maioria simples de votos. Lei 1.079/50.

²⁸⁹ Art. 48. Se o Senado resolver que a denúncia não deve constituir objeto de deliberação, serão os papéis arquivados.

Art. 49. Se a denúncia for considerada objeto de deliberação, a Mesa remeterá cópia de tudo ao denunciado, para responder à acusação no prazo de 10 dias. Lei 1.079/50.

c) perder, até sentença final, um terço dos vencimentos, que lhe será pago no caso de absolvição.

O denunciante será intimado para apresentar o libelo acusatório e o rol de testemunhas em até 48 horas²⁹⁰. Decorrido esse prazo, os autos deverão ser encaminhados ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, que será comunicado a respeito da data do julgamento, visto que ele deverá presidir a sessão. Contudo, caso seja ele o acusado, a lei menciona “ou o seu substituto legal”, depreende-se que o vice-presidente do STF deverá substituir o Presidente em uma situação como essa²⁹¹. Entre a notificação do denunciado e o julgamento, deve ser respeitado o prazo de dez dias, impreterivelmente²⁹².

No dia aprazado, será computado o número de Senadores presentes a fim de verificar o quórum necessário²⁹³. Todos os Senadores poderão participar, exceto os impedidos, nos termos do art. 36 da Lei 1.079/50. Qualquer Senador poderá invocar o impedimento de um de seus colegas ao longo da sessão²⁹⁴. Se o denunciante não estiver presente à sessão, ela seguirá; contudo, se o denunciado se ausentar, a sessão será remarcada. Caso o denunciado seja revel, será indicado um defensor²⁹⁵.

O deslinde do julgamento também é diferente do previsto em face do Presidente da República, principalmente em relação à sanção aplicada. Ao Chefe do

²⁹⁰ Art. 58. Intimado o denunciante ou o seu procurador da decisão a que aludem os três últimos artigos, ser-lhe-á dada vista do processo, na Secretaria do Senado, para, dentro de 48 horas, oferecer o libelo acusatório e o rol das testemunhas. Em seguida abrir-se-á vista ao denunciado ou ao seu defensor, pelo mesmo prazo para oferecer a contrariedade e o rol das testemunhas. Lei 1.079/50

²⁹¹ Art. 59. Decorridos esses prazos, com o libelo e a contrariedade ou sem eles, serão os autos remetidos, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou ao seu substituto legal, quando seja ele o denunciado, comunicando-se-lhe o dia designado para o julgamento e convidando-o para presidir a sessão. Lei 1.079/50.

²⁹² Art. 60. O denunciante e o acusado serão notificados pela forma estabelecida no art. 56. para assistirem ao julgamento, devendo as testemunhas ser, por um magistrado, intimadas a comparecer a requisição da Mesa.

Parágrafo único. Entre a notificação e o julgamento deverá mediar o prazo mínimo de 10 dias. Lei 1.079/50.

²⁹³ Art. 61. No dia e hora marcados para o julgamento, o Senado reunir-se-á, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do seu substituto legal. Verificada a presença de número legal de senadores, será aberta a sessão e feita a chamada das partes, acusador e acusado, que poderão comparecer pessoalmente ou pêlos seus procuradores. Op. Cit.

²⁹⁴ Art. 63. No dia definitivamente aprazado para o julgamento, verificado o número legal de senadores será aberta a sessão e facultado o ingresso às partes ou aos seus procuradores. Serão juizes todos os senadores presentes, com exceção dos impedidos nos termos do art. 36.

Parágrafo único. O impedimento poderá ser oposto pelo acusador ou pelo acusado e invocado por qualquer senador. Op. Cit.

²⁹⁵ Art. 62. A revelia do acusador não importará transferência do julgamento, nem perempção da acusação. § 1º A revelia do acusado determinará o adiamento de julgamento, para o qual o Presidente designará novo dia, nomeando um advogado para defender o revel. § 2º Ao defensor nomeado será, facultado o exame de tôdas as peças do processo. Op. Cit.

Poder Executivo o prazo de inelegibilidade é de até oito anos; já em relação a um Ministro do Supremo Tribunal Federal, não pode ser superior a cinco anos. Como se vê:

Art. 68. O julgamento será feito, em votação nominal pêlos senadores desimpedidos que responderão "sim" ou "não" à seguinte pergunta enunciada pelo Presidente: "Cometeu o acusado F. o crime que lhe é imputado e deve ser condenado à perda do seu cargo?"

Parágrafo único. Se a resposta afirmativa obtiver, pelo menos, dois terços dos votos dos senadores presentes, o Presidente fará nova consulta ao plenário sobre o tempo não excedente de cinco anos, durante o qual o condenado deverá ficar inabilitado para o exercício de qualquer função pública.

É importante destacar um impasse. A Lei 1.079/50, em seu artigo 73²⁹⁶, informa que o processo deverá ser subsidiado “no que for aplicável” o Regimento Interno do Senado Federal. O RISF trata, claramente, de um procedimento voltado ao Chefe do Poder Executivo, embora, de forma genérica, indique que o Senado é a Casa responsável por julgar membros do Supremo Tribunal Federal. O RISF também informa, em seu artigo 382²⁹⁷, que o processo aplicar-se-á, no que couber, o disposto na Lei 1.079/50.

Como nunca houve um processo de *impeachment* em face de um Ministro, portanto, não há uma interpretação firme em relação a qual trâmite deverá ser observado, se o da Lei 1.079/50, ou se o procedimento deverá ser igual ao adotado em face do Presidente da República, como dispõe a RISF. Embora possa se entender que lei posterior revoga lei anterior, o RISF não revoga expressamente as diferenças atribuídas ao processo específico de um membro do Supremo Tribunal Federal, logo a questão é discutível.

O que se sabe é que, em relação à Casa que deve acolher a denúncia, o Senado Federal, e não a Câmara dos Deputados, está sendo observado o disposto na Lei de Impeachment. Os pedidos formulados pós-Constituição de 1988 foram direcionados ao Senado. Em relação à sanção (apenas um terço dos vencimentos, não a metade) e ao prazo de afastamento (até cinco anos no máximo e não oito), é razoável entender que a lei também deve ser observada.

²⁹⁶ Art. 73 No processo e julgamento de Ministro do Supremo Tribunal, ou do Procurador Geral da República serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, o Regimento Interno do Senado Federal e o Código de Processo Penal. Op. Cit.

²⁹⁷ Art. 382. No processo e julgamento a que se referem os arts. 377 a 381, aplicar-se á, no que couber, o disposto na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 5 jan. 2021.

Fica o questionamento se o Presidente da Casa deveria ter a prerrogativa de arquivar de ofício, sem convocar a Comissão, tal como dispõe a lei. Entende-se que não. Essa decisão individual pelo arquivamento, por vezes, sem uma justificativa aceitável, demonstra-se arbitrária e prejudicial ao sistema de freios e contrapesos. Considerando que o ato afronta uma lei infraconstitucional, caberia a análise ao Superior Tribunal de Justiça, não ao Supremo Tribunal Federal. Tanto porque se trata de sua competência a julgar violações à legislação ordinária, como porque, em alguma medida, todos os membros da Corte são suspeitos, pois o tema lhes aproveita diretamente.

É notória a ineficiência do mecanismo. Essa situação se dá em razão de que os membros do órgão julgador, Legislativo, são passíveis de julgamento pelo denunciado, caso a denúncia não prospere. Em razão disso, acaba por valer o autointeresse, o senso de preservação e não a observância do aspecto jurídico ou o bem comum. É extremamente danoso à nação um Poder que, materialmente falando, não possui freio algum. O risco de degenerescência é muito grande.

4.5. CONTRAPESOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Os contrapesos positivos possuem uma função importante na engenharia constitucional, que é unir as vontades entre os Poderes envolvidos em uma decisão complexa. Como já mencionado, são exemplos de contrapesos positivos: a sanção (que une a vontade do Poder Legislativo e Executivo); a participação do Presidente do STF no processo de *impeachment* (Poder Legislativo e Judiciário); e a Resolução do Senado Federal (Poder Judiciário e Legislativo).

Os contrapesos negativos caracterizam-se por seu caráter infringente. Os mecanismos possuem a força de modificar uma decisão exarada por outro Poder, como é o caso do veto, nomeação de Ministros e as diversas atuações do Poder Legislativo em face do Poder Executivo em seu escopo fiscalizatório.

4.5.1 Contrapeso positivo (Status ativo) – participação do Presidente do STF no processo de impeachment

Como já mencionado, um contrapeso positivo não possui um poder infringente, apenas chancelatório. A participação do Presidente do Supremo Tribunal Federal no processo de *impeachment* do Presidente da República tem um caráter de acompanhamento, com o fito de certificar a preservação do devido processo legal e, de acordo com a presente classificação proposta, o Poder Judiciário está atuando de forma ativa, apresentando uma interferência em face de outro Poder.

Na Lei do Impeachment, o Presidente do Supremo Tribunal Federal é mencionado nos seguintes momentos:

- (i) Após a finalização do processo no Senado Federal o processo original é encaminhado ao Presidente do STF com a comunicação da data do julgamento²⁹⁸;
- (ii) No dia do julgamento, caberá ao Presidente do STF conduzir a sessão, inquirindo testemunhas se necessário²⁹⁹;
- (iii) Após encerrada a discussão, caberá ao Presidente do STF fazer o relatório da denúncia, citar as provas da acusação e da defesa e submeter a votação nominal dos senadores o julgamento do Presidente da República. Ou seja, se trata especificamente de certificar o aperfeiçoamento do rito do devido processo legal³⁰⁰;
- (iv) Após a votação, caberá ao Presidente do STF lavrar a sentença nos autos do processo, anunciando a decisão e seus efeitos³⁰¹.

Pelo exposto, fica claro que o Presidente do STF funciona como um “fiscal” do procedimento, pondo-se a manifestar e certificar o que restar resolvido por força dos votos dos senadores, não lhe sendo facultado interferir ou modificar a decisão exarada pelo Poder Legislativo.

²⁹⁸ Art. 24, Parágrafo único. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal enviar-se-á o processo em original, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

²⁹⁹ Art. 27. No dia aprazado para o julgamento, presentes o acusado, seus advogados, ou o defensor nomeado a sua revelia, e a comissão acusadora, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, abrindo a sessão, mandará ler o processo preparatório o libelo e os artigos de defesa; em seguida inquirirá as testemunhas, que deverão depor publicamente e fora da presença umas das outras.

³⁰⁰ Art. 31. Encerrada a discussão o Presidente do Supremo Tribunal Federal fará relatório resumido da denúncia e das provas da acusação e da defesa e submeterá a votação nominal dos senadores o julgamento.

³⁰¹ Art. 35. A resolução do Senado constará de sentença que será lavrada, nos autos do processo, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, assinada pelos senadores que funcionarem como juízes, transcrita na ata da sessão e, dentro desta, publicada no Diário Oficial e no Diário do Congresso Nacional.

4.5.2 Contrapeso positivo (Status passivo) – Resolução do Senado

É relevante trazer a lume uma pequena digressão histórica a bem de identificar as origens do referido instituto. O debate acerca da criação desse mecanismo se deu na Assembleia Constituinte de 1933, que forjou a Constituição de 1934. Os constituintes debateram amplamente até encontrar uma solução adequada para retirar do ordenamento jurídico leis declaradas inconstitucionais em sede de controle difuso.

Godofredo Viana³⁰² apresentou uma emenda atribuindo ao Procurador-Geral da República a função de transmitir às autoridades competentes as decisões exaradas pela Corte Suprema³⁰³. O entendimento da proposta dava-se no sentido de que a simples comunicação do ato já tornava a norma sem efeito no ordenamento jurídico.

Nilo Alvarenga propôs a criação de uma Corte de Justiça Constitucional, um quarto poder, a fim de evitar o *“judiciarismo, da ditadura do judiciário e da sua supremacia sobre os demais Poderes”*³⁰⁴. Mas sua ideia não foi encampada pelos colegas, sob a justificativa de que tal órgão poderia esvaziar o modelo importado dos Estados Unidos, de controle difuso não concentrado, que estaria funcionando bem no Brasil.

Prado Kelly, ao defender que a atribuição caberia ao “Conselho da República³⁰⁵”, que posteriormente foi denominado Senado Federal³⁰⁶, travou luminoso debate com o colega Levi Carneiro, cujo excerto se transcreve:

O Sr. Levi Carneiro – Preciso de um esclarecimento de V. Ex.^a para posteridade, para os exegetas do futuro. Essa atribuição é automática ou discricionária? Haverá suspensão? A redação comporta duas interpretações. O Conselho Federal suspende a execução sempre que a lei seja declarada inconstitucional, ou suspende e deixa de suspender a seu critério?

³⁰² Godofredo Viana, Nilo Alvarenga, Prado Kelly, Levi Carneiro e Odilon Braga foram parlamentares que compuseram a Assembleia Constituinte de 1933.

³⁰³ “Nº 273 – Art. 57 – Acrescente-se: § 4º - Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada inexistente. O Procurador-Geral da República mandará publicar a decisão no órgão oficial da União e no Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil.” Ibidem. Vol. III, p. 443 a 445.

³⁰⁴ Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro, 1936. Vol. III, p. 513 a 515

³⁰⁵ O órgão possuía a rubrica genérica de coordenador de outros poderes ou cooperador em atividades governamentais, tais como o Ministério Público, os Tribunais de Contas e outros Conselhos Técnicos. Tal ideia foi abandonada e as competências então atribuídas ao Conselho foram revertidas para o Senado Federal, consagrando o bicameralismo em nosso país.

³⁰⁶ Segundo Emenda de nº 711.

O Sr. PRADO KELLY – Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos que estivessem na mesma situação da qual foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos.

O Sr. Levi Carneiro – São dois sistemas diversos de pronunciamento da inconstitucionalidade de uma lei: um, com efeito absoluto, outro, com efeito relativo.

O SR. PRADO KELLY – Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto, permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais.

Levi Carneiro questionava a revisão da decisão judicial por parte do Poder Legislativo, pontuando que isso geraria um conflito, não uma solução. Outros deputados participaram da discussão, como Odilon Braga, defendendo que a prerrogativa do então Conselho da República não se trataria de uma competência para rever decisões do Supremo Tribunal, mas apenas verificar seus fundamentos, cabendo-lhe declarar a suspensão quando os argumentos de inconstitucionalidade se demonstrassem sólidos através de decisões reiteradas.

Ao final, restou assim consignado no texto constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934:

Art 91 - Compete ao Senado Federal:

(...)

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Não se irá perscrutar como tal finalidade foi tratada ao longo dos demais textos constitucionais, visto que não se trata do objeto do presente estudo. Apenas destaca-se que nos anais da Assembleia Constituinte de 1946 o debate foi retomado e os deputados reafirmaram que “*O Poder Judiciário só decide em espécie. É necessário, porém, estender os efeitos do julgado, e esta é atribuição do Senado*”³⁰⁷.

³⁰⁷ Fala do deputado Prado Kelly, que também havia participado a Assembleia de 1933. **Diário da Assembleia**. 25-04-1946, p. 1199.

Em 2009, o debate acerca dessa prerrogativa senatorial foi questionado ao longo do processo que julgou a Reclamação 4.335³⁰⁸, referente ao Habeas Corpus 82959. O relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em apertada síntese, sustentou em seu voto que o constituinte originário de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência de declarar, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a suspensão, inclusive liminar, de eficácia de leis ou até mesmo emendas constitucionais consideradas inconstitucionais. Traçando um paralelo entre os dois tipos de controle de constitucionalidade, abstrato e difuso, defendeu que o instituto³⁰⁹ precisa ser revisado, por força de uma notória mutação constitucional.

Segundo o Ministro, a prerrogativa do Senado Federal se revelaria inútil, como procura explicitar em seu voto:

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso³¹⁰.

O Ministro defende que ocorreu uma mutação constitucional:

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto³¹¹.

³⁰⁸ Posteriormente, o tema voltou à baila no julgamento do HC 127900/AM, pois o STF atribuiu efeito vinculante e *erga omnes* à decisão em sede de controle difuso, sob o pálio da já invocada mutação constitucional. Interpretação da qual se discorda. Sobre o julgamento: “Frise-se, do ponto de vista da ampla defesa, o entendimento do STF está correto. O que discordamos é da atribuição de efeito vinculante e *erga omnes* ao julgamento do HC 127900/AM. O correto era o STF ter promulgado uma súmula vinculante para atribuir obrigatoriedade a esse entendimento. Contudo, ao que tudo indica, no referido HC houve uma objetivação do controle difuso.” ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, p. 1.032.

³⁰⁹ Da necessidade de o Senado Federal exarar uma Resolução a fim de ampliar os efeitos da decisão.

³¹⁰ Reclamação 4.335, fl. 35.

³¹¹ Reclamação 4.335, fl. 35.

A justificativa apresentada para fundamentar a teoria de uma mutação constitucional esbarra na essência da teoria da separação dos Poderes, que serve precisamente para limitar as competências de cada um dos Poderes, a fim de impedir que a concentração de competências possa causar a sua degenerescência. O próprio Poder Judiciário não pode, de *per si*, através de uma interpretação jurisprudencial, anular uma determinação estatuída pelos constituintes originários, ampliando, indevida e inconstitucionalmente, o alcance dos efeitos de seus julgados. Sob qualquer ângulo, tal medida revela-se atentatória à tripartição dos Poderes.

É imperioso lembrar que cabe ao STF guardar a Constituição Federal, respeitando o que o constituinte originário decidiu e pontuar que as decisões contidas no texto constitucional se balizam em um caldo doutrinário composto por intensos e profundos debates realizados, em períodos históricos diversos, por grandes nomes do constitucionalismo pátrio³¹². Essa madura construção histórica e intelectual, fundamentou a decisão do constituinte de 1988, no sentido de que a medida prevista na Carta Cidadã se revela a mais adequada para o melhor funcionamento da inter-relação entre os poderes.

O sistema de freios e contrapesos, de acordo com o conceito delineado na presente pesquisa, serve para impedir o abuso de poder³¹³ por parte dos membros dos Poderes. Os contrapesos positivos, embora não infringentes, possuem uma função relevante dentro da engenharia constitucional, logo não podem ser “superados” ao sabor de entendimentos pontuais.

Ademais, o Regimento Interno do Senado Federal aduz que, recebida a comunicação acerca da decisão do STF, ela será lida e encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que “formulará” o projeto de resolução³¹⁴. Ou seja,

³¹² A disposição já estava presente no anteprojeto da CF 88, apresentado por Afonso Arinos – Suplemento 26: “*art. 172 – Compete privativamente ao Senado Federal: (...) VII – suspender a eficácia, no todo ou em parte, de lei ou decreto, incidentalmente declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*” Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2021.

³¹³ Entendendo-se por abuso atos ilícitos e inconstitucionais praticados por seus agentes, passíveis de controle com o manejo de freios, bem como a divisão de responsabilidades em decisões complexas, os contrapesos, positivos e negativos.

³¹⁴ *CAPÍTULO III DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI INCONSTITUCIONAL (CONST., ART. 52, X) Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I - comunicação do Presidente do Tribunal; II - representação do Procurador-Geral da República; III - projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.*

o RISF não menciona a possibilidade de não fazer, apenas exige que se dê conhecimento aos membros da Casa.

Por fim, como já mencionado no capítulo sobre o Poder Legislativo, é possível traçar um paralelo entre o instituto da sanção e a Resolução do Senado Federal. Ambos os instrumentos têm o escopo de unir as vontades de dois Poderes, no caso da sanção Poder Legislativo e Executivo; no caso da Resolução, Poder Judiciário e Legislativo. Trata-se, portanto, de respeitar a estrutura constitucional, tal como está posta.

4.6 CONTRAPESO NEGATIVO (EXTERNO) – NOMEAÇÃO DE MINISTROS

O procedimento para a nomeação de Ministros já foi mencionado no capítulo sobre o Poder Legislativo. O processo de nomeação trata-se de um contrapeso negativo que se processa entre os Poderes Executivo e Legislativo. O Poder Judiciário está inerte, esperando por receber um novo membro. Não há nenhuma decisão do Poder Judiciário em questão, portanto, não seria um contrapeso positivo ou negativo em relação ao Poder Judiciário; e não há nada que um dos membros tenha feito que possa ser considerado como a atuação de freio, visto que o Ministro que deixou o cargo se aposentou compulsoriamente, via de regra.

Portanto, é muito importante esclarecer, a fim de bem enquadrar o mecanismo de acordo com a lógica apresentada na classificação proposta na presente pesquisa, que o contrapeso negativo se dá em relação à decisão do Poder Executivo (indicação), por parte do Poder Legislativo (concordar ou não com a indicação). O Poder Judiciário não se manifesta, nem é atingido pela decisão, uma vez que a possibilidade de modificação da decisão está entre os dois outros Poderes. Mas considerando o impacto que essa decisão externa causa no Poder Judiciário, cabe debatê-la aqui.

É razoável afirmar que, como a decisão perfaz-se entre os dois Poderes eleitos, os membros indicados à Corte acabam por herdar certa legitimidade popular,

Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Art. 388. Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 4 jan. 2021.

uma vez que são “eleitos”, escolhidos pelos representantes da população. Seria defensável dizer que se trata de uma forma de “legitimidade reflexa”.

4.6.1 Comentários sobre o Processo de Nomeação de Membros para as Cortes Superiores

Dada a importância da indicação de um membro para compor um Tribunal Superior, faz-se necessária ingerência de dois Poderes. Ao Executivo cabe procurar um agente, com mais de 35 e menos de 65 anos, de reputação ilibada e notável saber jurídico³¹⁵. O Legislativo realiza a sabatina para aferir se o candidato reúne essas qualidades.

O requisito relativo à idade dos candidatos busca delimitar, através da idade mínima, uma certa experiência de vida e, através do limite máximo, evitar que sejam nomeadas pessoas às vésperas de sua aposentadoria, fator que implicaria uma instabilidade institucional em razão das muitas modificações na jurisprudência que se fariam possíveis com a presença de um indivíduo que ocuparia o cargo por pouco tempo. Alterações bruscas no entendimento do órgão de cúpula do Poder Judiciário geram insegurança jurídica, um efeito danoso para as instituições e para o país.

Os membros dos Tribunais Superiores, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União podem permanecer no cargo até 75 anos, de acordo com o que dispõe a emenda constitucional 88, promulgada em 2015³¹⁶. Até então, a data-limite era de 70 anos. Com o aumento do prazo-limite para aposentadoria compulsória, membros que forem nomeados com 35 anos poderão permanecer por até 40 anos no cargo.

Aqui já existe um ponto que merece atenção. É preciso pensar em um equilíbrio entre a insegurança jurídica em razão de mudanças bruscas na composição da Corte e a fossilização do direito pátrio ante a manutenção das mesmas pessoas

³¹⁵ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (Constituição Federal).

³¹⁶ Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 100: "Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal."

por longuíssimos períodos. Tirante os três Ministros que estão para se aposentar entre 2021 e 2023, os demais ficarão no mínimo mais sete anos, até vinte e dois anos no cargo³¹⁷.

Existem muitas propostas de emenda constitucional em andamento no Congresso Nacional visando regulamentar tanto o processo de escolha, como estabelecer um mandato fixo para os membros da Corte, alternando entre oito e dez anos, com possibilidade ou não de recondução³¹⁸. Com certeza trata-se de um debate necessário, que precisa envolver a comunidade acadêmica a fim de ser pensado e aprimorado a partir da experiência constitucional brasileira.

O conceito de “notável saber jurídico” é aberto e de difícil aferição, como bem explica Daniel Barile da Silveira:

Pelos debates colhidos na Constituinte, sabe-se que a formação e o conhecimento do Direito são fundamentais para a aferição de tais comandos constitucionais, mas também essa avaliação fica à mercê do Presidente da República, quem indica, e do Senado, quem escolhe, no sentido de fazer a prova de tal conteúdo. Assim, a doutrina é ressonante quanto ao grau de subjetivismo desta fórmula, indicando critérios doutrinários para o preenchimento deste conceito aberto, desde a formação universitária suplementar em sede de pós-graduação, aprovação em concurso público, exercício de atividade jurídica por mais de dez anos, enfim, qualificações para todos os gostos³¹⁹.

³¹⁷ **Marco Aurélio Mello:** julho de 2021 (indicado por Collor em 1990); **Ricardo Lewandowski:** maio de 2023 (indicado por Lula em 2006); **Rosa Weber:** outubro de 2023 (indicada por Dilma em 2011); **Luiz Fux:** abril de 2028 (indicado por Dilma em 2011); **Cármem Lúcia:** abril de 2029 (indicada por Lula em 2006); **Gilmar Mendes:** dezembro de 2030 (indicado por FHC em 2002); **Edson Fachin:** fevereiro de 2033 (indicado por Dilma em 2015); **Luís Roberto Barroso:** março de 2033 (indicado por Dilma em 2013); **Dias Toffoli:** novembro de 2042 (indicado por Lula em 2009); **Alexandre de Moraes:** dezembro de 2043 (indicado por Temer em 2017). Pesquisa publicada pela BBC. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/03/07/quem-sao-os-proximos-ministros-a-deixar-o-stf> Acesso em: 10 jan. 2021.

³¹⁸ “A PEC 77/2019, de autoria do senador Ângelo Coronel (PSD-BA), também altera os processos de escolha dos ministros de tribunais superiores, que não seriam mais indicados exclusivamente pelo presidente da República, bem como de magistrados de outros tribunais. Já a PEC 16/2019, do senador Plínio Valério (PSDB-AM) fixa prazos para o presidente fazer suas indicações para o STF e para o Senado analisá-las. (...) Outras três propostas mais antigas tramitam em conjunto com a de Plínio Valério: a PEC 35/2015, do senador Lasier Martins (Podemos-RS), a PEC 52/2015, do senador Reguffe (sem partido-DF) e a PEC 59/2015, da ex-senadora Marta Suplicy. A PEC de Lasier fixa os mandatos em 10 anos, com indicações feitas pelo presidente da República a partir de lista tríplice. Já Reguffe sugere que os ministros sejam escolhidos por concurso público. As quatro PECs têm a relatoria do senador Antonio Anastasia (PSDB-MG).” Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/ccj-analisa-pecs-que-fixam-mandatos-de-ministros-do-stf-em-oito-anos> Acesso em: 10 jan. 2021.

³¹⁹ SILVEIRA, Daniel Barile da. Quem tem notável saber jurídico? O papel da Presidência da República e do Senado Federal no processo de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Constituição Federal de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 249-279, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1168, p. 255. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1168/836> Acesso em: 10 jan. 2021.

No tocante à reputação ilibada, tem-se que o candidato deve conseguir comprovar idoneidade moral, não possuir qualquer tipo de condenação em seu nome, nenhum registro pessoal ou jurídico que o desabone, que manche sua honra objetiva, ou seja, a forma como a sociedade interpreta a retidão de seu caráter. Algo aproximado do “*existimatio* dos romanos (“reputação”) – *dignitatis iloesae status, legibus ac moribus comprobatus*” (“o estado de dignidade ileasa comprovado pelas leis e pelos costumes)”³²⁰.

Também compete mencionar o requisito contido no artigo 12, §3º, inc. IV³²¹ da Constituição Federal, que estabelece a condição de ser brasileiro nato para poder ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal Federal. Essa condição faz-se necessária, considerando que todos os membros chegam à Presidência da Corte, em algum momento ao longo de seu mandato, e que o Presidente do STF está elencado na linha sucessória da Presidência da República podendo, portanto, chegar a exercer a função em condições atípicas³²².

O trâmite específico de como se dá a nomeação foi tratado no capítulo sobre o Poder Legislativo. Existem muitas sugestões de melhorias possíveis acerca do procedimento, contudo, a explicação apresentada neste ponto do texto já se demonstra apta a cumprir o fim a que se destina, que é apenas trazer reflexões sobre o mecanismo, mormente porque ele perfaz-se em um instrumento próprio do Poder Legislativo em face do Poder Executivo, não do Poder Judiciário.

4.7 DEBATE SOBRE A SUPERAÇÃO DE DECISÕES POR PARTE DO PODER LEGISLATIVO – EFEITO BACKLASH – DIÁLOGO INSTITUCIONAL

A superação de decisões judiciais por parte do Poder Legislativo através de publicação de leis ou emendas constitucionais é uma das formas de diálogos institucionais. Essa reação do Legislativo também é definida pela doutrina americana, e adotada pela brasileira, como “leis *in your face*”.

Sobre o diálogo institucional, Sérgio Victor afirma que:

³²⁰ Op. Cit., apud, Castro Silva, p. 256.

³²¹ Art. 12. São brasileiros: (...) § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: (...) IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; (Constituição Federal).

³²² Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal. (Constituição Federal).

[...] o diálogo institucional não viola as competências dos Poderes envolvidos, mas os (re)insere no sistema de freios e contrapesos em um nível não previsto por Montesquieu, concernente à interpretação da Constituição. Além disso, o diálogo institucional ao estimular a participação dos representantes do povo nos debates constitucionais, aumenta o nível e a qualidade da democracia vivida no país. E, por fim, no sistema jurídico do civil law, no qual o Brasil está inserido, o diálogo colabora com o ideal do estado de direito ao permitir que as decisões sejam tomadas com a participação de todos os poderes, com potencial, assim, para serem mais duradouras, trazendo maior segurança jurídica³²³.

A doutrina denomina como efeito *backlash* (*backlash effect*) a reação contrária a uma decisão judicial, com força para revertê-la, influenciá-la ou pressionar as instituições competentes agir contrariamente a ela. Segundo Cass Sunstein, o efeito *backlash* refere-se a uma:

[...] desaprovação de uma decisão judicial, de forma intensa e sedimentada, acompanhada de medidas fortes para fazer resistência a essa decisão e retirar sua força legal. Em caso de *backlash*, houve rejeição da população à decisão do Tribunal, feita com convicção³²⁴.

Segundo Post e Siegel, o efeito *backlash*, de acordo com o constitucionalismo democrático defendido pelos autores, trata-se de um fenômeno amplo:

O constitucionalismo democrático conceitua o fenômeno da reação não apenas da perspectiva dos tribunais, mas também do ponto de visão da ordem constitucional americana como um todo. Situa reação dentro da densa rede de troca comunicativa que sustenta o legitimidade democrática da Constituição³²⁵.

No Brasil, um exemplo de reação legislativa objeto de intenso diálogo institucional se deu a partir da declaração de inconstitucionalidade da Lei Cearense nº 15.299/2013, que regulamentava a vaquejada como uma prática esportiva no estado. Após a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, ADI 4.893, o Congresso Nacional aprovou a

³²³ VICTOR, Sérgio A. F. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 259.

³²⁴ SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds**. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 125.

³²⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-434, 2007, p. 389. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169/ Acesso em: 12 jan. 2021.

emenda constitucional 96/2017³²⁶, inserindo o parágrafo 7º, no artigo 225 da Constituição Federal.

A decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei Cearense se fundamentou no argumento de que a prática da vaquejada impõe tratamento cruel aos animais, ação vedada constitucionalmente³²⁷. A emenda constitucional positivou que a prática não poderia ser considerada cruel por tratar-se de uma forma de manifestação cultural. A emenda foi alvo de ADI, nº 5.728, proposta pelo Fórum Nacional de Proteção Animal, que resumidamente aponta vício de inconstitucionalidade na EC, alegando que a vedação à crueldade constitui-se em uma cláusula pétrea implícita, não podendo ser violada pela constituinte derivado.

Nesse sentido: *“a emenda tenta de forma Münchhauseniana dizer que não se consideram cruéis práticas que utilizem animais, apenas porque está escrito no texto constitucional”*³²⁸, na contramão de todos os laudos técnicos veterinários apresentados no julgamento da ADI que analisou as consequências da prática para os animais, a fim de decidir pela inconstitucionalidade da Lei Cearense.

A ADI proposta em face da EC 96 ainda se encontra pendente de julgamento. Com certeza, os fundamentos da decisão serão de muita utilidade para fixar os parâmetros e contornos do diálogo institucional, no direito brasileiro. A reação legislativa pautou-se em interesses da Associação Brasileira de Vaquejada (ABVaq) e da Associação Brasileira de Criadores de Cavalos Quarto de Milha (ABQM)³²⁹.

³²⁶ O art. 225 da [Constituição Federal](#) passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:

"Art. 225.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos."

³²⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

³²⁸ SANTOS, Adriana Cecilio M. dos. Limites do poder constituinte derivado em face de matérias já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: estudo de caso Emenda Constitucional nº 96. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 11, n. 39, p. 18, set./dez. 2017. ISSN 1981-6162.

³²⁹ Associação acredita poder mudar decisão do STF. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/vaquejada/vaquejada/associacao-acredita-poder-mudar-decisao-do-stf> Acesso em: 12 jan. 2021.

A reação à emenda constitucional por parte do Fórum Nacional de Proteção Animal reflete os interesses de parte da população que luta em defesa dos animais, logo, também se trata de um interesse legítimo, cujos argumentos devem ser sopesados com o mesmo peso atribuído aos argumentos apresentados pelos defensores da vaquejada.

Em relação à classificação proposta, o diálogo institucional apresenta-se como uma forma de interação *sui generis* entre os Poderes, uma vez que se trata de uma *praxis* não positivada no texto constitucional, assemelha-se à possibilidade de superação de um Decreto Legislativo em razão da edição de um novo decreto por parte do Poder Executivo, como foi citado alhures. É possível acontecer tal reação, mas não se trata de um mecanismo que compõe o processamento natural de uma decisão tal como um contrapeso – positivo ou negativo; ou de um instituto positivado, criado com uma finalidade específica, tal como os freios, *impeachment* e controle de constitucionalidade.

Considerando os temas abordados, é possível indicar um quadro com o resumo do sistema de freios e contrapesos no Poder Judiciário:

Quadro 8: O sistema de freios e contrapesos no Poder Judiciário.

O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

PODER JUDICIÁRIO

FREIOS

EXTERNOS:

Status ATIVO – em face de outros Poderes – Controle de Constitucionalidade;
Status PASSIVO – recebendo interferência de outros Poderes – Impeachment de
Membros do Poder Judiciário;

INTERNO

Atuação do Conselho Nacional de Justiça.

CONTRAPESOS POSITIVOS

Status ATIVO – Participação do Presidente do STF no processo de impeachment;
Status PASSIVO – Resolução do Senado Federal;

CONTRAPESOS NEGATIVOS

Status ATIVO – não possui.

Status PASSIVO – não possui.

*Contrapeso negativo externo – *interferência do Legislativo em uma decisão do*
Executivo – Nomeação de Membros das Cortes Superiores.

Fonte: Elaborado pela autora.

4.8. CONSIDERAÇÕES AO CAPÍTULO 4

Observa-se que o Poder Judiciário não possui nenhum contrapeso negativo em relação às suas decisões. Existe apenas um freio interno de funcionamento deficitário, como já mencionado anteriormente. O único contrapeso positivo presente na engenharia constitucional brasileira – a resolução do Senado – está sendo objeto de discussão acerca da superação, como visto, com base na ideia de mutação constitucional. O único freio externo que deveria subjugar os membros da Corte não demonstra ter logrado a eficácia necessária.

Segundo informações colhidas a partir de dados do Senado Federal, o Presidente da Casa, Davi Alcolumbre, arquivou, no final de 2020, 57 pedidos de *impeachment* contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal³³⁰. Contudo, tal prática não é exclusiva do atual mandato, considerando que nunca houve um *impeachment* de Ministro e os pedidos ocorrem com certa frequência.

O funcionamento deficiente do sistema de freios e contrapesos propicia abusos e enseja uma indevida e temerária concentração de poder. A doutrina tem se manifestado em relação à atuação do STF que, por meio de decisões que desbordam o limite de atuação constitucionalmente estabelecido, se coloca em uma posição ativista, como um legislador positivo.

A chamada “supremocracia”³³¹ é o reflexo do ativismo judicial. Quando o Poder Judiciário a partir de suas decisões se substitui ao Poder Legislativo, criando normas, legislando regras gerais de conduta para toda a sociedade; ou quando toma decisões invadindo a esfera do Poder Executivo, sua atuação é ativista. Por vezes, sob o apelo populista de que existe uma omissão indevida por parte do Poder Legislativo, ou buscando corrigir malfeitos do Executivo, o Judiciário deliberadamente usurpa uma função típica dos outros Poderes, sem nenhuma autorização constitucional para tanto.

Mesmo as melhores intenções, se realizadas de forma equivocada, produzem efeitos nefastos. Como já citado, o Estado é uma estrutura delicada, frágil, que se ergue e se sustém com base nas regras do jogo constitucional preestabelecidas. Violar essas regras, seja por qual motivação for, produz um desequilíbrio que leva à ruína de toda a estrutura.

Considerando todas as análises realizadas, é possível construir um quadro analisando-se a situação atual dos Poderes em nosso país e suas manifestações degenerativas, ante o funcionamento deficiente de vários instrumentos do sistema de freios e contrapesos, conforme estudado ao longo do texto:

³³⁰ “O maior alvo dos pedidos contra os membros da Suprema Corte arquivados por Alcolumbre era Alexandre de Moraes, com 17, seguido por Dias Toffoli, citado em nove pedidos. Todos os demais ministros do STF foram citados em ao menos um dos 37 documentos apresentados entre 2019 e 2020, quatro deles com mais de um alvo. Um dos pedidos era direcionado a todos os 11 ministros da época, antes da substituição de Celso de Mello, aposentado ano passado, por Nunes Marques.” **Senado arquivou 59 pedidos de impeachment contra PGR e ministros do STF em 2020**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/01/04/senado-arquivou-59-pedidos-de-impeachment-contr-pgr-e-ministros-do-stf-em-2020> Acesso em: 25 jan. 2021.

³³¹ VILHENA. Oscar. “Supremocracia”. **Biblioteca digital FGV**. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia> Acesso em: 25 jan. 2021.

Quadro 9: Poderes constitucionais e suas versões degeneradas.

PODERES CONSTITUCIONAIS E SUAS VERSÕES DEGENERADAS

PODER JUDICIÁRIO

Ineficácia do impeachment; ausência de contrapesos negativos; único contrapeso positivo sendo mitigado.

Oligarquia das vaidades – efeito: ATIVISMO JUDICIAL

Decisões que invadem o escopo de atuação de outros Poderes por falta de controles efetivos para evitar os abusos.

PODER LEGISLATIVO

Muitos mecanismos importantes sob sua responsabilidade, mas pouco utilizados no momento certo e com a eficácia necessária.

Olocracia do autointeresse – efeito: REPRESENTATIVIDADE ESVAZIADA

O povo pouco ou nada acredita nos políticos, dada sua atuação marcada pela defesa de interesses outros que não o bem comum da população. Atuação ineficiente, produção excessiva de leis inconstitucionais.

PODER EXECUTIVO

Poucos mecanismos disponíveis para atuar em relação aos demais Poderes, mas ainda assim mal manejados – ex. nomeação de membros para as Cortes. Perigosa ineficiência dos instrumentos de controle – ex. impeachment.

Tirania da ineficiência – efeito: DESGOVERNO OBTUSO

Sem freios e contrapesos eficientes para conter este Poder, de origem monárquica, rapidamente se instala uma tirania, que se manifesta por decisões desvinculadas do interesse público, corrupção, abandono do povo em situação de calamidade, nepotismo e desvio do poder.

Fonte: Elaborado pela autora.

CONCLUSÃO

Agora que se conhecem as peças, é possível analisar com mais clareza o funcionamento do todo. Se isso fará diferença, ainda não há como saber. Primeiro, o conhecimento precisa ser colocado no mundo para só assim poder dele se fazer uso. O que se sabe com certeza é que o presente estudo foi construído com seriedade científica e ousadia acadêmica, com todo risco que advém dessa segunda característica.

A primeira contribuição significativa que merece ser destacada, concluída a partir dos achados ao longo desta pesquisa, é a distinção entre o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. Alguns autores contemporâneos, como visto ao longo do texto, alertam para a necessidade de se construir essas diferenciações semânticas e um estudo mais aprofundado a respeito desses conceitos.

A separação dos Poderes não se confunde com o sistema de freios e contrapesos: um está para a estrutura, outro para o mecanismo que proporciona o bom funcionamento daquela. A tripartição dos Poderes delimita as competências para evitar a concentração indevida de poder, mas é o sistema de freios e contrapesos que apresenta mecanismos para evitar o abuso.

Compreender a importância de olhar com maior atenção para esse mecanismo é de suma relevância, considerando a possibilidade de degenerescência dos Poderes, caso concentrem excessivamente o Poder. O quadro apresentado supra demonstra como essa degenerescência já está presente e é ela, não a eficácia da fórmula da tripartição dos Poderes em si, o problema a ser resolvido para preservar o Estado Democrático de Direito. As críticas são dirigidas ao princípio, contudo, a falha está na estrutura que deveria fornecer o supedâneo para o seu bom funcionamento.

Antes de pensar em uma 'nova separação dos Poderes', é importante entender o que não está funcionando adequadamente no modelo que se tem na atualidade. Ao menos no Brasil, a engenharia do sistema de freios e contrapesos não tem sido objeto de estudo na doutrina pátria. As chances de uma nova fórmula fracassar pelos mesmos motivos da anterior são muito grandes. As respostas às perguntas certas são imprescindíveis para construir-se um modelo de Estado verdadeiramente exitoso.

Outra conclusão, digna de nota, está posta em desvelar a influência da estrutura do sistema de freios e contrapesos para a forma de desenvolvimento da democracia em um país. A movimentação desses instrumentos precisa ser pensada de acordo com a realidade histórica de cada nação. É preciso pensar como se busca estruturar o Estado, quais são as demandas daquela sociedade e, a partir disso, construir um mecanismo que proporcione uma relação entre os Poderes que reflita a busca por essas soluções.

A consequência para o Brasil, ao importar um sistema de freios e contrapesos que havia sido pensado e engendrado para resolver um problema que o país nunca teve, “o excesso de democracia”, fez com que a democracia brasileira já nascesse sufocada. A estrutura implantada em nosso país movimenta-se de maneira a silenciar, ao máximo, o Poder Legislativo.

Aliado a isso, temos o histórico de coronelismo, próprio de nossa *terra brasílis*. Tais elementos fomentaram a criação de uma engenharia partidária excludente, que, em geral, não contempla a participação ampliada da população no ambiente político. O excesso de partidos políticos também é um fator que fragiliza a nossa democracia.

É consabido que o que falta ao Brasil é uma maior integração entre as camadas sociais. A estrutura estamental que se mantém há séculos em nosso país retroalimenta-se de políticas que fomentam a desigualdade social. Fazer com que o povo participe mais dos espaços decisórios de maneira informada e qualificada é o desafio que se impõe para o amadurecimento da nação brasileira.

E como o sistema de freios e contrapesos pode contribuir para que isso aconteça? Uma vez que a estrutura seja planejada para solucionar um problema presente na sociedade onde tal engenharia será aplicada, a lógica relacional entre os Poderes se modifica. O que temos estatuído no Brasil são “Poderes independentes e harmônicos entre si”, mas na verdade o que se precisa é de uma estrutura que fomente a interdependência entre os Poderes, uma lógica colaborativa, integrativa, não adversarial.

O objeto da presente pesquisa não é apresentar uma proposta para essa nova estrutura, com todas as soluções necessárias. Essas breves observações acerca da referida questão se fazem necessárias, visto que os achados se apresentaram ao longo da pesquisa e, dada a sua importância, é relevante apontá-las aqui.

Da análise em relação ao sistema de freios e contrapesos no âmbito do Poder Judiciário, resta claro que o freio externo do qual ele pode se valer para controlar as ações de outros Poderes realiza-se de forma eficiente. O que, por certo, é muito importante para a manutenção do Estado Democrático de Direito, posto que o mecanismo retira leis ou atos normativos eivados de vício de inconstitucionalidade.

Contudo, não é possível afirmar que o freio externo ao qual o Poder Judiciário está sujeito – o *impeachment* de Ministro, é verdadeiramente eficaz. Considerando que nunca ocorreu um *impeachment*, mesmo havendo numerosos pedidos com bons fundamentos, é justo dizer que o mecanismo não atende ao seu desiderato, que é conter o abuso de poder por parte dos membros do Poder Judiciário.

Em relação à atuação do Conselho Nacional de Justiça, é razoável afirmar que resta comprometida em certa medida, ao menos em relação aos membros do STF, em razão da proximidade existente entre o Presidente do CNJ, membro do STF, e seus pares. O desinteresse em construir um precedente que possa colher o próprio Presidente no futuro enseja um comprometimento da eficácia do funcionamento desse freio interno.

O Poder Judiciário não possui nenhum contrapeso negativo, ele não interfere na decisão de nenhum outro Poder de forma contributiva, dividindo a responsabilidade pela decisão. Sua atuação dentro da engenharia constitucional é forte, através do controle de constitucionalidade (freio externo), e importante, através da participação do Presidente do Supremo Tribunal Federal no processo de julgamento de *impeachment* do Chefe do Poder Executivo (contrapeso positivo).

É danosa a intenção de mitigar o contrapeso positivo existente no ordenamento jurídico brasileiro – a resolução do Senado Federal. A participação do Poder Legislativo na decisão reflete um respeito institucional necessário. Já são poucos, como visto, os expedientes que possuem o condão de fazer frente ao poder que o Poder Judiciário detém dentro da estrutura do Estado brasileiro. Qualquer aumento dessa força, que já é, em certa medida, desproporcional em relação aos demais Poderes, tenderá a piorar o desequilíbrio já existente.

Conforme analisado, observa-se a possibilidade de reação legislativa em face de decisões exaradas pelo Poder Judiciário. No entanto, os diálogos institucionais ocorrem apenas em situações especialmente marcadas por controvérsias que envolvem interesses de grupos que possuem força suficiente para pressionar o

Congresso Nacional. É razoável afirmar que não se trata de um fenômeno corriqueiro, mas isso não se revela um problema estrutural, visto que seria danoso à segurança jurídica se a todo momento o Legislativo desautorizasse o Judiciário, legislando contrariamente às suas decisões.

Outro fator que impacta de forma significativa no trabalho do Poder Judiciário é o processo de escolha e aferição das qualificações necessárias dos Ministros para as Cortes Superiores. Como se averiguou, o procedimento carece de uma reformulação a fim de verdadeiramente oferecer um resultado técnico verificável pela sociedade. O efeito das escolhas, sejam acertadas ou não, considerando o tempo que cada Ministro pode chegar a ocupar uma cadeira, demonstra-se um ponto crucial para os trabalhos do Tribunal e refletem fortemente nos rumos do país.

A atuação do Poder Judiciário vem sofrendo críticas, marcadamente, em face de decisões ativistas que invadem a esfera de atuação dos demais Poderes. Essa questão precisa ser pensada a partir da lógica do sistema de freios e contrapesos. Um freio interno poderia ser pensado para salvaguardar a Corte de desgastes quando a atuação de um dos membros possa vir a comprometer a imagem da Corte. Um freio externo com maior eficácia também traria maior segurança e equilíbrio ao bom funcionamento da estrutura do Estado, e talvez mais um freio positivo, mesmo em sede de decisões de controle concentrado. Assim, ao invés de enfraquecer o Legislativo, retirando sua prerrogativa de publicar a resolução senatorial, iria fortalecê-lo, atribuindo maior alcance à sua atuação em relação ao Poder Judiciário.

Por fim, ao buscar o objetivo de analisar a estrutura do sistema de freios e contrapesos no âmbito do Poder Judiciário, diversas questões de grande peso tangenciaram a pesquisa. Não seria possível responder a todas com o aprofundamento que reclamam, pois cada uma merece um artigo autônomo. No que toca ao objeto da presente investigação, acredita-se que as respostas às indagações que ensejaram a proposta do trabalho foram adequadamente respondidas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.
- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação dos poderes. Entre a interpretação da Constituição e como modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 233, p. 13-31, 2014.
- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcellos e Eliana Valadares dos Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de informação Legislativa**. Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008. pp. 65-75. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176563/000860606.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 22 de jan. 2021.
- Brasil. Senado Federal. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em: 25 jan. 2021.
- ARISTÓTELES. **Política**. 15. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BENTES, Fernando. **Teoria da Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- BOLINGBROKE, Visconde Henry St. John. The Idea of a Patriot King. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/bolingbroke/king.html> Acesso em: 22 jan. 2021. Tradução automática.
- BONAVIDES, Paulo. **Democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. **Constituição de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 25 jan. 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CEZARIO, Leandro Fazollo. **O espírito das leis (L'esprit des lois) e o Federalista (the federalist papers):** Características correlacionais em ambas as obras e as influências de Montesquieu sobre os pensamentos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison'. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-esp%C3%ADrito-das-leis-lesprit-des-lois-e-o-federalista-federalist-papers-caracter%C3%ADsticas-corr>. Acesso em: 13 ago. 2019.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison**, uma leitura crítica. Curitiba: Juruá, 2017.

CONSANI, Cristina Foroni. Separação dos poderes e Estado de Direito: Considerações a partir da Teoria de Jeremy Waldron. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 123-149, 2016.

COSTA, Luciana da Silva. **Completa revisitação do princípio da separação de poderes**. 2014. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/COMPLETA_REVISITACAO_DO_PRINCIPIO_DA_SEPARACAO_D E_PODERES.pdf. Acesso em: 9 set. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DAHL, Robert. A. **A Constituição norte-americana é democrática?** 2. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html#:~:text=Todos%20os%20cidad%C3%A3os%20s%C3%A3o%20iguais,virtudes%20e%20dos%20seus%20talentos>. Acesso em: 22 de jan. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PUCUSP. **Enciclopédia jurídica**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/103/edicao-1/impeachment> Acesso em: 8 jan. 2020.

DWORKIN, Ronald. A kind of coup. **The New York Review of Books**. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/1999/01/14/a-kind-of-coup/>. Acesso em: 14 jan. 2020.

FARIAS, Paulo José Leite. A função clássica do federalismo de proteção das liberdades individuais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. pp. 155-184. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/375/r138-14.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 de dez de 2020.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: doutrina e sua concretização institucional. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, abril-junho, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A ressurreição da democracia**. São Paulo: Dia a Dia Forense, 2020.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição as constituições do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GORDON, Scott. **Controlling the State**. Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

HALICARNASO, Heródoto. **Los nueve libros de la Historia**. Tomo 3. Talía. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000439.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2019.

HAMILTON, Alexander. O federalista 78 – O Departamento Judicial. *In*: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979. (Coleção Os Pensadores)

KRAMNICK, Isaac. Apresentação. *In*: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: **Political power and the government process**. Primeira publicação em 1957.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos**: desenvolvimento no Estado brasileiro. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Curso de direito constitucional brasileiro**. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDONÇA, Débora Figueiredo. **Federalismo e política internacional**. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/280051/1/Prado_DeboraFigueiredoMendoncado_D.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **O caráter antimajoritário da Constituição Americana de 1787 e da França Pós-Revolução**. Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda nº 1, de 1969. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 547-548.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. Punições para o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 3, n. 24, maio 2001.

OMMATI, Fides Angélica. Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, n. 23, p. 23-52, mar. 1979. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181023>>. Acesso em: 30 set. 2020.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINHO, A. P. Soares de. **Freios e contrapesos do governo na Constituição brasileira**. Niterói: [s.n.], 1961.

PLATÃO, **As leis**. Incluindo Epinomis. Editora EdiPro. Livro Digital, domínio público. Disponível em: <https://www.livrariapublica.com.br/2019/07/as-leis-platao.html>. Acesso em: 14 de jan. 2021.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

POLÍBIO. **Histórias**. Brasília: Editora UnB, 1985.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-434, 2007, p. 389. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169/ Acesso em: 12 jan. 2021.

REGO, Antonio Carlos Pojo do. Equilíbrio e contradição. A Constituição Mista na obra de Políbio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 18, n. 71, p. 95-126, 1981.

RODRIGUES, Ernesto. **O veto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANTOS, Adriana Cecilio M. dos. Limites do poder constituinte derivado em face de matérias já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: estudo de caso Emenda Constitucional nº 96. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 11, n. 39, p. 18, set./dez. 2017. ISSN 1981-6162.

SANTOS, Adriana Cecilio M. dos. A intervenção no Rio de Janeiro é passível de controle de constitucionalidade por meio de ADI. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/adriana-cecilio-intervencao-rio-passivel-controle-adi> Acesso em: 02 de out. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Quem tem notável saber jurídico? O papel da Presidência da República e do Senado Federal no processo de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Constituição Federal de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 249-279, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1168, p. 255. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1168/836> Acesso em: 10 jan. 2021.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (Checks and Balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SINGER, André. **Rousseau e o Federalista**: pontos de aproximação. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000300004. Acesso em: 14 ago. 2019.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O plebiscito, o referendo e o exercício do poder**. São Paulo: Instituto de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1998.

SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia política do Estado e sistemas de poderes**. Tese (Livre-docência em Direito) – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

SOUZA, Antônio Francisco de. **A separação dos poderes em Locke**. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/1719/1826>. Acesso em: 22 ago. 2019.

SOUZA, Leonardo Barros. **Iniciativa popular**. São Paulo: IBCCrim, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. Posfácio de Antonio Paim; tradução de Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1987.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. Tradução J. A. G. Albuquerque. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores, 19)

VICTOR, Sérgio A. F. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. Saraiva: São Paulo, 2015.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/vile-constitutionalism-and-the-separation-of-powers>. Acesso em: 30 set. 2020.

VILHENA, Oscar. “Supremocracia”. **Biblioteca digital FGV**. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia> Acesso em: 25 jan. 2021.

WALDRON, Jeremy. **Separation of powers in thought and practice**. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Separation of powers in thought and practice**, 54 B.C.L. Rev. 433, 2013. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2/>. (Tradução nossa).

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. vol. I. São Paulo: Ática, 2002.

WINTER, Eduardo da Silva. Funções do Estado. **RPGE**, Porto Alegre, v. 36 n. 76, p. 153-191, 2015. Disponível em:

<<https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201705/31182121-revista-76-5.pdf>>.
Acesso em: 15 de dez de 2020.

WRIGHT, Benjamin Fletcher. Introdução. *In*: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

YOUNG, Alfred. Os conservadores, a Constituição e o espírito de conciliação. *In*: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (org.) **A Constituição norte-americana: Capitalismo/Democracia**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.