

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

RENAN DE FRAGA MOREIRA

**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIO E CONTRAPESO:
UM OLHAR SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

São Leopoldo

2023

RENAN DE FRAGA MOREIRA

**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIO E CONTRAPESO:
UM OLHAR SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Orientador: Prof. Dr. Gabriel de Jesus Wedy

São Leopoldo

2023

M838s

Moreira, Renan de Fraga

A separação dos poderes e o sistema de freio e contrapeso: um olhar sobre a atuação do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988. / Renan de Fraga Moreira -- 2023.

149 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel de Jesus Wedy.

1. Poder judiciário. 2. Separação dos poderes. 3. Poder judiciário - Controle. 4. Poder judiciário -- Constituição Federal. I. Título. II. Wedy, Gabriel de Jesus.

CDU 342.56

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIO E CONTRAPESO: UM OLHAR SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**”, elaborada pelo mestrando **Renan de Fraga Moreira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 04 de abril de 2023.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy: Participação por Videoconferência

Membro Externo: Dr. Roberto Carvalho Veloso: Participação por Videoconferência

Membro: Dra. Clarissa Tassinari: Participação por Videoconferência

Uma singela homenagem há quem faz tudo valer a pena.

Thais Clavé Gonçalves, minha companheira de todos os momentos.

Valentina Clavé de Fraga Moreira e Isadora Clavé de Fraga Moreira, as quais, dedico todo meu amor e dedicação eterna.

Vera Regina Abreu de Fraga, que me ensinou que o caminho a ser percorrido é o da honradez.

Gian de Fraga Moreira e Rodrigo de Fraga Moreira, os quais, a “mera” existência ilustrou-me, pela primeira vez, o que é o amor.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer a todos os Professores que tive em minha vida escolar, sem os quais, não seria a pessoa que sou. Aqui, cito os Professores que tive no decorrer do Curso de Mestrado, mas, através destes, pretendo alcançar a todos.

Assim, refiro:

Professor Anderson Vichinkeski Teixeira; Professora Clarissa Tassinari; Professor Lênio Luiz Streck; Professor Têmis Limberger; Professor Darci Guimarães Ribeiro; Professor Leonel Severo Rocha; Professor Marciano Buffon e, especialmente, quem orientou-me nesta jornada que é a Dissertação, Professor Gabriel de Jesus Wedy.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar se os freios e contrapesos na Constituição Federal de 1988 asseguram o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A separação dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos foram concebidos com o intuito de, ao conter o abuso dos titulares dos poderes, assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos. Questão que se coloca neste estudo é se a forma como distribuídos tais instrumentos de controle recíproco entre os três Poderes, na Constituição Federal de 1988, atende à atual realidade brasileira, em que o Poder Judiciário vem ganhando posição de preeminência. Tais premissas sedimentaram a conclusão de que o Poder Judiciário é o Poder sobre o qual recai menos freios e contrapesos dos demais Poderes. Propiciando assim, um desequilíbrio e uma preponderância de força em favor do Poder Judiciário. Tal posição nos leva a apresentar meios os quais se possa exercer um controle através de instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, o Conselho Nacional de Justiça, o Direito de Petição e a Opinião Pública (Liberdade de Expressão). Isso, pois, não seria o bastante para efetivamente conter a atuação do Poder Judiciário, sendo que, se pleiteia uma mudança Constitucional que possa propiciar um verdadeiro equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Palavras-chave: separação dos poderes; freios e contrapesos; poder judiciário; controle.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze whether the checks and balances in the Federal Constitution of 1988 ensure the balance between the Executive, Legislative and Judicial Powers. The separation of powers and the mechanisms of checks and balances were conceived with the intention of, in containing the abuse of the holders of the powers, to guarantee the fundamental rights of the individuals. The question that arises in this study is whether the way in which such instruments of mutual control are distributed among the three Powers, in the Federal Constitution of 1988, responds to the current Brazilian reality, in which the Judiciary has been gaining a prominent position. Such assumptions solidified the conclusion that the Judiciary is the Power on which less checks and balances fall than the other Powers. Proposed thus, an imbalance and a preponderance of force in favor of the Judiciary. This position leads us to present means which control can be exercised through existing instruments in the Brazilian legal system, namely, the National Council of Justice, the Right of Petition and Public Opinion (Freedom of Expression). This, therefore, would not be the bannte to effectively contain the action of the Judiciary, since a Constitutional change is pleaded that can provide a true balance between the Executive, Legislative and Judicial Powers.

Keywords: separation of powers; check and balances; judicial power; control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ORIGEM DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
2.1 A separação dos Poderes	13
2.1.1 A separação dos poderes e sua evolução histórica	17
2.1.2 A Constituição Francesa de 1791	26
2.2 Sistema de freios e contrapesos	28
2.2.1 Terminologia e histórico	29
2.2.2 A Constituição norte-americana de 1787	34
2.3 Breve histórico sobre os sistemas de freios e contrapesos nas Constituições brasileiras	40
3 OS PODERES DA REPÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANALISANDO FREIOS E CONTRAPESO	49
3.1 O Poder Executivo	49
3.1.1 Freios e contrapesos exercidos pelo Poder Executivo sobre o Poder Legislativo	52
3.1.2 Freios e contrapesos exercidos pelo Poder Executivo sobre o Poder Judiciário	59
3.2 O Poder Legislativo	65
3.2.1 Freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo	65
3.2.2 Freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário	81
3.2.3 Tribunais de Contas	85
3.3 O Poder Judiciário	89
3.3.1 Freios e contrapesos exercidos pelo Judiciário	89
3.3.2 Quadro-resumo comparativo dos freios e contrapesos	94
4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESEQUILÍBRIO ENTRE OS MECANISMOS DE FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O PODER JUDICIÁRIO	96
4.1 A origem do desequilíbrio e a atual realidade brasileira	98
4.2 Instrumentos constitucionais de controle do Poder Judiciário	110
4.2.1 O Conselho Nacional de Justiça	110

4.2.2. Direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”).....	120
4.2.3 A liberdade de expressão (opinião pública).....	125
5 CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS.....	138

1 INTRODUÇÃO

A concepção do exercício distribuído do poder político entre diferentes órgãos visa, desde a sua primeira aparição, coibir o seu abuso e evitar que permaneça nas mãos de um único indivíduo ou grupo.

Embora o conceito de distribuição de poder tenha surgido na Grécia Antiga, ele ganhou força quando o Estado Absolutista foi substituído pelo Estado Liberal, e hoje se alastrou com sua estrutura tripartite.

A forma da divisão tripartite, com efeito, é apenas um dos caminhos possíveis para atingir o objetivo principal, que é conter o abuso de poder por parte de quem o retém. Assim, espera-se que qualquer forma de divisão de poder entre diferentes órgãos que tenham funções distintas inerentes ao Estado cumpra essa função.

Os objetivos perseguidos com a teorização da separação dos poderes não diferem daqueles perseguidos na concepção dos mecanismos de freios e contrapeso, que nada mais são do que um refinamento da concepção original da separação dos poderes. Os freios e contrapesos estabeleceram, além da simples distribuição de funções entre os diversos órgãos do Estado, mecanismos de controle recíproco entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, de modo geral, pode-se dizer que a separação dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos não são um fim em si mesmos, mas apenas um meio de salvaguardar as liberdades e direitos daqueles que vivem sob esse poder. Afinal, o poder de que dispõe o Estado foi concedido pelo pacto firmado entre este e os particulares, cujas regras estão formalmente estabelecidas, no caso do Brasil, na Constituição Federal de 1988.

A distribuição de funções e dever-poder entre os 3 (três) órgãos que figuram funções estatais na Constituição Federal deve, portanto, visar o equilíbrio (harmonia) para que nenhum poder prevaleça sobre o outro. Os controles exercidos devem criar condições para uma tomada de decisão fundamentada, que sejam tomadas de forma ponderada. Só assim o escopo original da teoria da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos pode ser mantido intacto e leal ao conceito original.

O equilíbrio destes mecanismos de contenção e controle do poder pode, no entanto, requerer adaptações ao longo da história consoante a forma como os titulares dos 3 (três) poderes exercem os seus poderes.

Os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo têm apresentado mudanças significativas na forma como exercem suas atribuições constitucionais.

Por algum tempo, houve uma atitude de *self-restraint* por parte do Poder Judiciário, cujas decisões evitavam a aplicação direta da Constituição em situações que não estão em seu âmbito de incidência, com a finalidade de aguardar a decisão do legislador ordinário; utilizavam critérios rígidos e conservadores para declarar leis e atos administrativos inconstitucionais; e, ainda, abstinham-se de interferir na determinação de políticas públicas.¹

No entanto, há alguns anos observamos uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, onde a ideia de ativismo judicial envolve uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e objetivos constitucionais, com maior intervenção na esfera de atuação dos outros dois Poderes. A atitude ativista é indicada por várias ações como, a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e, por fim, a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²

Paralelamente à mudança de atitude do Poder Judiciário, pode-se dizer que, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo, contribuíram para um funcionamento mais incisivo por parte do Poder Judiciário.

Com efeito, há algum tempo o Poder Legislativo luta para atender às demandas sociais, dada a morosidade do processo legislativo constitucional, cujas etapas são intransponíveis, bem como a pouca atenção ao interesse público.

Por sua vez, o Poder Executivo tem dificuldades em cumprir concretamente os objetivos constitucionais, em grande parte devido à enorme quantidade de demandas sociais frente aos recursos financeiros disponíveis para esse fim.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 1-177 jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2022.

² *Ibid.*

Além dos fatos expostos, os inúmeros casos de corrupção envolvendo membros dos Poderes Executivo e Legislativos dos entes que compõem a Federação, fatos estes que têm gerado grande descrédito junto à população.

Nesse cenário, é notória a ascensão do Poder Judiciário, suas decisões cada vez mais inseridas na esfera política, preenchendo os vazios deixados pelos outros dois poderes, e, inclusive, exercendo sobre eles o controle constitucional de que goza. Assim, assistimos a um deslocamento do centro decisório dos órgãos ordinários do Poder - Executivo e Legislativo - para o Poder Judiciário.

Tais mudanças suscitam questionamentos sobre os controles constitucionais exercidos entre os três poderes previstos na Constituição Federal, mais especificamente sobre os controles exercidos sobre o Poder Judiciário, que surge como o grande controlador dos demais e detentor da última palavra sobre a conduta dos membros dos outros dois Poderes.

Feitas essas considerações, a questão levantada neste estudo é a seguinte: a distribuição dos freios e contrapesos na Constituição Federal de 1988 implica um estado de equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário? Vale ressaltar que o objetivo inicial, ao se conceber os mecanismos de separação dos poderes e de freios e contrapesos, é o de criar um equilíbrio entre os três Poderes, tal equilíbrio está sendo alcançado na atual redação da Constituição Federal?

A fim de responder a tal questionamento, pareceu necessário o estudo do tema da separação dos poderes, que é o germe dos mecanismos de freios e contrapesos, para, em seguida, estudar tais mecanismos, buscando suas raízes históricas e analisando-os frente a Constituição Federal de 1988.

A partir dessa análise, será possível elucidar dúvidas e verificar se, com efeito, os mecanismos de freios e contrapesos previstos na Constituição, que devem ser exercidos pelos Poderes Executivo e Legislativo sobre o Poder Judiciário, têm o mesmo peso como aqueles exercidos por este Poder sobre aqueles.

Para isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica. Seu objetivo inicial era encontrar as raízes históricas dos mecanismos de freios e contrapesos, inclusive examinando a origem e evolução da separação dos poderes. Assim, explorando o significado e a origem da expressão "*freios e contrapesos*" de forma a distinguir os dois conceitos aí existentes. Esses tópicos estão contidos no segundo capítulo.

No capítulo três, com base em um estudo bibliográfico e um estudo textual da Constituição Federal de 1988, analisam-se os mecanismos de freios e contrapesos de cada um dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Uma vez assimiladas as origens históricas, conceitos e disposições do texto constitucional acerca do assunto, procedeu-se, no quarto capítulo, uma comparação entre os mecanismos de freios e contrapesos, com o objetivo de demonstrar que há um claro desequilíbrio entre os controles exercidos pelo Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo e as exercidas por estes dois sobre o primeiro. As razões históricas dadas acima são postas para explicar esse desequilíbrio. Por fim, neste mesmo capítulo, foram brevemente estudados alguns instrumentos constitucionais de controle do Poder Judiciário, que não se enquadram no conceito de mecanismos de freios e contrapesos.

2 ORIGEM DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No presente tópico far-se-á uma visitação histórica na origem e desenvolvimento da teoria da separação dos poderes.

2.1 A separação dos Poderes

Embora o objeto deste trabalho seja o estudo dos freios e contrapesos na Constituição de 1988, pareceu importante refletir sobre a teoria da separação dos poderes, pois os mecanismos de freios e contrapesos têm nela seu germe, sem o qual não existiria, como se pretende demonstrar. Assim, propõe-se estudar a separação dos poderes e sua evolução histórica para entender o surgimento da teoria dos freios e contrapesos e como é concebida atualmente.

A título de esclarecimento, refira-se que, apesar da utilização do vocábulo "separação dos poderes", sabe-se que o poder político ou poder do Estado é um só e se caracteriza pela sua superioridade "aos demais poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a [...] manter um mínimo de ordem e estimular o bem comum".³

A soberania é caracterizada por sua supremacia, que significa ao mesmo tempo independência de todos os poderes externos e, de um ponto de vista interno, superioridade sobre outros Poderes.⁴ O termo separação dos poderes não é apropriado, uma vez que o poder do Estado é unitário e indivisível. Assim, é correto atribuir o exercício de porções de poder, unas e indivisíveis, a diferentes Órgãos. Ou seja, trata-se de uma desconcentração do poder, onde as funções são exercidas por órgãos independentes, sem deixar de ser um único poder, o Poder Estatal.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, a expressão separação dos poderes é clássica, mas não há dúvida de que o poder do Estado é uno e indivisível. Segundo Dallari, é preciso haver órgãos que exercem o poder soberano do Estado, mas a unidade do Poder não é quebrada por essa circunstância. Além disso, aponta para a existência de uma relação muito forte entre os conceitos de poder e dever. Embora alguns argumentem que é inadequado falar em separação dos poderes, quando o que realmente existe é a separação de funções.⁵

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 107.

⁴ *Ibid.*

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Note-se que é necessária a identidade entre os órgãos e as funções do Poder uno e indivisível. Ou seja, podem-se vislumbrar três funções estatais, mas essas três funções não correspondem necessariamente aos três órgãos da identidade. Pode-se conceber três funções divididas em maior ou menor número de órgãos. Ou ainda, um número menor de funções divididas em um número maior de órgãos.

Pontes de Miranda explica, neste sentido, que nem sempre haverá uma correspondência subjetiva e perfeita entre a distinção de funções e a separação dos poderes, pois “um conceito é o da distinção das funções do Estado; em função *legislativa*, função *executiva* e função *judicial*; outra é a separação absoluta de poderes, segundo critério distintivo”. Assim, para o autor “a adoção ou não do princípio da separação absoluta dos poderes constitui distinção de fato, isto é, pertence à natureza dos fatos da vida social. Por outro lado, pode haver uma correspondência subjetiva perfeita [...]”.⁶

Para efeito deste estudo, a “separação dos poderes” será considerada como uma organização de poderes considerando a existência de órgãos independentes encarregados de determinadas funções governamentais específicas.⁷

Atualmente, a forma mais comum de separação dos poderes é entendida como três funções que existem em um único e indivisível poder: legislativo, executivo e judiciário, cuja relação subjetiva se encontra em órgãos independentes respectivamente: legislativo, executivo e judiciário.⁸ No entanto, é importante notar que este recorte não é estanque e pode incluir arranjos diferentes.

Com efeito, antes de nos voltarmos para a evolução histórica da separação dos poderes deve-se notar que a divisão das funções do Estado entre outros órgãos além

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 1, p. 549 e 575.

⁷ José Afonso da Silva manifesta-se na mesma linha quando afirma que “é importante, sobretudo, não confundir a distinção entre as funções do poder, com a divisão ou separação dos poderes, ainda que haja uma necessária ligação entre os dois. A separação de funções é uma especialização das funções do governo por sua própria natureza, sem levar em consideração os órgãos que a executam. significa que há sempre distinção de funções, se existem organismos especializados para o cumprimento de cada uma delas, se estão reunidas num único corpo. A separação dos poderes consiste na delegação de cada função do governo (legislativo, executivo e judiciário) a diferentes órgãos usando suas respectivas denominações de funções [...]. A separação dos poderes assenta, assim, em dois elementos: (a) especialização funcional, ou seja, cada órgão é especializado para desempenhar uma função [...] (b) independência orgânica, o que significa que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos demais, postulando-se a ausência de meios de subordinação. SILVA, José Afonso da. *Curso de jurisprudência constitucional vantajoso*. 38. ed. Paulo: Malheiros, 2016. p. 110-111.

⁸ Estas forças desempenham principalmente funções em que encontram simetria, mas também desempenham, como é sabido e notório, funções atípicas.

do legislativo, executivo e judiciário. Neste contexto, vale a pena citar *The New Separation of Powers*⁹ de Bruce Ackerman ou *Teoría de la Constitución*¹⁰ de Karl Loewenstein. Segundo Ana Paula de Barcellos, o modelo de separação dos poderes não atende mais às necessidades modernos, por isso precisa ser reestruturado.¹¹

No caso particular da Constituição Federal de 1988, a existência de outros órgãos independentes que exercem parte do poder do Estado¹² podem ser

⁹ Bruce Ackerman oferece um ensaio sobre o assunto que leva o leitor além dos pensamentos de Madison e Montesquieu, que em sua opinião, embora sejam bons textos, não necessariamente esgotam o assunto. Assim, o autor propõe um modelo cujo eixo central é o parlamentarismo restrito, de câmara e meia, em que existem duas câmaras, uma democraticamente eleita, incumbida de eleger um governo e aprovar a legislação ordinária, e outra consultiva. O poder desse centro é verificado e equilibrado por uma série de agências de intento especial, cada uma motivado por um ou mais dos três temas fundamentais da conjectura da separação dos poderes que constituem a especialização funcional. Assim, existem as limitações criadas pelas decisões do povo, que são expressas por referendos sequenciais e implementadas por um tribunal constitucional. No entanto, o centro é limitado por um sistema de tribunais independentes, por um órgão de controle do governo voltado para a prevenção da corrupção, e outro órgão regulador, cujo objetivo é melhorar os resultados gerados pelos sistemas de controle. Em termos de liberdade O centro é limitado à democracia que visa proteger o direito de participação de todos os cidadãos e um exemplo administrativo, que se concentra na provisão econômica mínima de cidadãos desfavorecidos. AKERMAN, Bruce. *A nova divisão de poderes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

¹⁰ Karl Lowenstein compreendia a divisão de funções do Estado da seguinte forma: "policymaking", que seria responsável por tomar decisões políticas básicas. Tal poder é, em geral, compartilhado entre o governo e o parlamento, com possibilidade de envolvimento posterior do eleitorado. A execução da política", que tem por objetivo a execução das decisões políticas tomadas, vale ressaltar que aqui, além da administração burocrática, está inserido o poder judiciário, pois o autor a concebe como um simples executor da decisão política. E a terceira função é o "Policy Control", que engloba os mecanismos de limitação do poder, distribuídos entre os diversos detentores do poder LOEWENSTEIN, Karl. *Conjectura da constituição*. Barcelona: Ariel, 1954. p. 63-71.

¹¹ BARCELOS, Ana Paula. Separação dos poderes, maioria democrática, legitimidade do controle judicial. *Revista Trimestral de Jurisprudência Pública*, [S. l.], n. 32, p. 185-206, 2000.

¹² Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que existe atualmente uma "multiplicidade de novos órgãos constitucionalmente independentes com diversas funções neutras, tais como portaria, fiscalização, promoção, defesa, conselho e outras específicas, com o surgimento dos tribunais de contas, promotores, mediadores, conselhos de cidadania e defesa do estado, bancos centrais e tantos outros, sendo que no Brasil já foram identificados nada menos que dez exemplos de funções e órgãos constitucionalizados para o exercício de funções de tutela, fiscalização, controle, promoção e defesa e assessoria em bens jurídicos protegidos, todos devidamente classificados na constituição de 1988 em título próprio e distinto, que é o título IV - Da organização dos poderes [...]" MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A relação entre poder e democracia*. Crise e superação. Lindo Horizonte: Newsgroup, 2014. p. 71.

concebidos, como o Ministério Público¹³, o Tribunal de Contas¹⁴ e a Defensoria Pública.¹⁵ A concepção desses órgãos como independentes pode indicar a necessidade de repensar a forma tripartite da separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal.¹⁶ Tendo em mente, no entanto, que o objetivo deste estudo não é propor uma reformulação da separação dos poderes no Brasil, mas sim examinar os freios e contrapesos exercidos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para que assim, possamos analisar se há um equilíbrio entre eles, dessa forma, não será analisada a possibilidade de dividir em, ainda, mais órgãos as funções de Estado como prevista hoje na Constituição brasileira.

¹³ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. § 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. § 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. § 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.” BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁴ A autonomia do Tribunal de Contas será mais bem analisada no item 3.3. desse estudo.

¹⁵ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.” *Ibid.*

¹⁶ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” *Ibid.*

2.1.1 A separação dos poderes e sua evolução histórica

Embora Montesquieu seja sempre citado como o precursor da separação dos poderes, muitos filósofos já haviam considerado, ainda que não de forma tripartida, a limitação do poder.

As palavras de Plutarco¹⁷ parecem indicar que Licurgo foi o primeiro, pelo menos até onde sabemos, a discutir uma forma de equilíbrio entre poderes. Licurgo viveu por volta de 800 e 700 a.C., e ainda assim revelou a necessidade de se criar um Senado entre o rei e o povo, com o objetivo de criar um equilíbrio entre os dois extremos, tal separação pode ser denominada de separação social dos poderes.¹⁸

Mais tarde, por volta do século IV a.C., Aristóteles, na sua obra "A Política", volta a colocar a questão da necessidade de limitar a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa, quando declara que não é justo que um rei aja em "tudo segundo a sua vontade, como um mestre absoluto.". Ele também afirma que "Há pessoas que acreditam que é contrário à natureza que um único homem seja o dono absoluto de todos os cidadãos; concluindo que a lei é o instrumento adequado para criar as ordens inerentes ao poder, pois "[...] não é mais justo mandar do que obedecer: convém fazer uma coisa e outra alternadamente. Tal é a lei; e ordem é lei. É melhor, pois, que seja a lei que ordene, antes que o faça um cidadão qualquer".¹⁹

É importante notar que tanto em Licurgo como em Aristóteles surgiu a ideia de uma separação dos poderes entre diferentes estratos sociais, que Nuno Pizarra conceituou como "Constituição Mista".²⁰ Tal distribuição de poderes entre os

¹⁷ Alguns, ainda, afirmam que a ideia de Licurgo foi trazida por Políbio, e não por Plutarco (vide a obra de FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. 2, p. 117.

¹⁸ "Licurgo, portanto, tendo colocado entre os reis e as pessoas um Conselho de Senadores, que era como um feixe forte, que detinha esses dois extremos em balanças equilibradas, permitiu força às duas partes para tornar o estado da *Commonweal* forte. Os 28 senadores (que formavam o corpo do Senado), tomaram partido do Rei, em alguns momentos, quando foi necessário conter a fúria do povo, por outro lado, estiveram algumas vezes ao lado do povo, para refrear seu governo tirânico". (tradução nossa) "Lycurgus therefore placed between the Kings and the people, a Council of Senators, which was as a strong beam, that held both these extremes in an even balance, and gave sure footing and ground to either part to make strong the state of the *Commonweal*. For the 28 Senators (which made the whole body of the Senate) took sometime the King's part, when it was needful to pull down the fury of the people: and contrariwise, they held sometimes with the people against the Kings, to bridle their tyrannical government". WOOTTON, David. *Liberty, metaphor, and mechanism: "checks and balance" and the origins of modern constitutionalism*. Liberty and american experience in the Eighteenth Century. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: http://www.constitution.org/lg/check_bal. Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁹ ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 113.

²⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

diferentes estratos sociais seria o germe que mais tarde desenvolveria a separação dos poderes entre os diferentes órgãos que compõem o Estado.

Na verdade, o que Aristóteles realmente propôs foi dividir-se o exercício do poder político entre as diferentes classes sociais, especialmente os ricos e os pobres. Consequentemente, a seu ver, um governo ideal seria aquele em que diferentes grupos ou classes sociais participe do exercício do poder político, ou aquele em que o exercício da soberania ou da governança não esteja nas mãos de um único eleitorado, mas sim, da sociedade como um todo.²¹ Portanto, para Aristóteles, a organização política formal do Estado não estava em primeiro plano, mas o equilíbrio entre as forças sociais ativas.

Nuno Piçarra, ao tratar do assunto afirma que, segundo Aristóteles, a melhor Constituição é aquela que resulta de "mesclar a forma de governo dos ricos - a oligarquia - com a forma de governo dos pobres e menos afortunados". - Democracia"²², de modo que somente assim, com um poder formado pela pluralidade social, seria possível ter uma boa forma de governo.

Podemos aperceber que se trata, desde logo, a ideia da separação dos poderes na Inglaterra, que tem na sua estrutura o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns.

Mais uma vez, Nuno Piçarra ensina que a "constituição mista" era um esquema constitucional destinado a garantir uma forma de governo cujo substrato seria constituído pelos poderes do rei, da nobreza e dos representantes do povo. Essa composição, é importante ressaltar, não surgiu da exigência de divisão do poder unitário do Estado, que era prioritário, mas sim como uma exigência que permitia a composição das várias ordens ou estados existentes em uma unidade política.²³

A separação dos poderes, tal como é hoje concebida, responde à noção já explicada, da divisão dos órgãos que compõem o poder único e indivisível a que são atribuídas as diversas funções do Estado, ou seja, que existe uma gama de atribuições do Estado - funções materiais de distinção - que são atribuídas a diferentes órgãos ou grupos de órgãos representativos do Estado, com vista ao equilíbrio entre eles.

²¹ PINTO, Guilherme Newton do Monte. *A reserva de jurisdição*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -- Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

²² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e como princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 34.

²³ *Ibid.*, p. 34.

Esse conceito, qual seja, separação orgânica dos poderes, foi construído ao longo da história e se formou à luz da necessidade de garantir o direito à liberdade dos cidadãos apesar do aparato do Estado, evitando abusos por parte dos governantes²⁴, o que está intimamente relacionado à ideia de *Rule of Law*, e não para a manutenção do estado como uma unidade política unitária.

Já em Aristóteles podemos encontrar indícios de separação dos poderes, embora o conceito hoje conhecido exigiu um longo percurso histórico. De fato, o filósofo não é apenas mencionado como um dos pioneiros da separação social de poderes (separação de poder entre diferentes classes sociais), mas também antecipou a separação poderes de forma conceituada. Vemos isso quando o autor distingue três elementos de uma cidade:

[...] encarregada de deliberar sobre os negócios públicos (função de deliberativa a ser exercida pela assembleia de cidadãos sobre determinados assuntos, como decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las); a segunda é a que exerce as magistraturas (entenda-se aqui a aplicação das deliberações, ou seja, o Poder Executivo) [...]. A terceira é a que administra a justiça.²⁵

Dalmo de Abreu Dallari também menciona que por volta de 1324, na obra "Defensor Pacis", de Marsílio de Pádua, fazia uma distinção entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ao afirmar a existência de conflitos entre o Povo, a quem chamou de *primeira legislatura*, e o príncipe, a quem imputa função executiva.²⁶

Já no século XVI, Maquiavel instruiu que a França já tinha três ramos distintos de poder: o Legislativo (parlamento), o Executivo (o rei) e um Judiciário independente. E, segundo Dalmo de Abreu Dallari, o próprio Maquiavel elogiava essa organização por proporcionar maior liberdade e segurança ao rei (não ao povo, para quem, como encaremos, a separação dos poderes foi definitivamente estabelecida).²⁷

Mas Luiz Pinto Ferreira informa que o *Instrument of Government* de Cromwell, escritos em 1653, foram a primeira tentativa nas sociedades ocidentais de separar o poder por meio de um conceito de equilíbrio de poder.²⁸

²⁴ Eduardo Garcia de Enterría afirma que a divisão dos poderes foi concebida como técnica operativa de limitação do poder, para garantia da liberdade. ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1988. p. 45.

²⁵ ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 148.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 218.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. 2, p. 117.

De todo modo, as ideias referentes à separação dos poderes como forma de garantir as liberdades individuais, sem dúvida atingiu seu ápice com Locke.

Com efeito, Locke sistematiza a necessidade de conter o absolutismo por meio da instituição do *Rule of Law*, favorecido pelo momento histórico da Inglaterra, que viveu, no século XVII, uma grave crise política e religiosa, envolvendo conflitos de poder entre Parlamento e do Rei, condição prévia e essencial para o estabelecimento da separação dos poderes.

A crise religiosa começou quando Henrique VIII, em 1534, rei da Inglaterra, rompeu com a igreja Católica, que o proibiu de se divorciar de sua esposa Catarina de Aragão e se casar-se com Ana Bolena. Ao romper seus vínculos com a igreja e ser excomungado por esta, o rei passou a exercer o cargo de chefe da igreja além do cargo que exercia anteriormente, chefe de Estado.

Com a formação da igreja Anglicana e sua cisão com a igreja Católica, outras formas de protestantismo começaram a emergir na Inglaterra. Dentre eles destaca-se o calvinismo que, ao pregar que as classes capazes de acumular riquezas estavam predestinadas à salvação, isso alçou grande parte da burguesia inglesa. Essa corrente protestante se opõe ao Anglicanismo, que intensifica a oposição entre o Rei e o Parlamento, já que grande parte deste simpatiza com os ideais calvinistas.²⁹

Para além da questão religiosa, importa referir que o Rei, até ao reinado de Jaime I (1623-1625), foi sempre concebido como a parte principal do Parlamento, com supremacia no que diz respeito os membros das casas legislativas, revelando a atividade independente do poder legislativo muito excepcional (Rei no Parlamento). Esse fato começou a atormentar os congressistas que passaram a exigir maior influência nas tomadas de decisão.

Embora o rei Jaime I, baseando o seu poder no direito divino, quisesse impor o seu poder ao Parlamento, relegando-o ao seu mero conselho e colocando a sua vontade acima da lei, os juristas da *Common Law*, com bancada no Parlamento, defendiam que o Rei estava sujeito às leis como todo mundo, inclusive seus autores.

Esta disputa resultou numa vitória parcial do Parlamento, que obteve uma certa independência com a assinatura da Petição de Direitos (*Petition of Rights*), imposta

²⁹ Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=186>. Acesso em: 17-set. 2021.

por Oliver Cromwell³⁰ ao sucessor de Jaime I, o Rei Carlos I, posteriormente decapitado.

A Petição de Direitos foi uma importante vitória do Parlamento e a conquista de uma certa independência perante o Rei, pois reafirmou os princípios da supremacia da lei, a necessidade de adequação das medidas políticas do Rei ao direito vigente, os direitos de liberdade e a propriedade dos súditos perante a prerrogativa real e a possibilidade de defender qualquer acusado no âmbito de um processo legal regular.³¹

No entanto, a luta pela implementação definitiva do *Rule of Law*, condição essencial para o surgimento de teorias sobre a separação dos poderes, ainda não havia cessado. Após o depoimento de Richard Cromwell II, após a ascensão de Carlos ao trono inglês, tentou-se a restaurar a monarquia na Inglaterra, buscando concentrar o poder político nas mãos do Rei a fim de evitar turbulências sociais e radicalização do processo revolucionário britânico.

Em 1685, o Rei Carlos II morreu e seu irmão Jaime II, católico, tomou medidas em favor desse grupo, como a isenção de impostos e a concessão de importantes cargos políticos. Assim se observando vestígios de concentração de poder e autoritarismo no exercício do reinado, o Parlamento fez-lhe uma aguerrida oposição, que culminou na pacífica Revolução Gloriosa, com a deposição de D. Jaime II, que fugiu para França (onde reinava a monarquia absolutista de Louis XIV), e a ascensão ao trono de Guillaume d'Orange, governador das províncias Unidas (Holanda) e marido de Marie Stuart (filha de Jacques II).

O novo Rei da Inglaterra, seguidor de ideais liberais, consentiu, antes de sua ascensão ao trono, em reconhecer o *Act of Toleration* (estabelecendo a liberdade religiosa para todos os cidadãos cristãos, exceto os católicos) e o Bill of Rights³², um documento que de uma vez por todas permitiu que o Parlamento se tornasse um verdadeiro poder e consagrado o *Rule of Law*. Este documento estabelecia, entre outras coisas, que a eleição dos membros do Parlamento seria livre e que a liberdade de expressão e discussão no Parlamento não poderia ser contestada perante

³⁰ Oliver Cromwell foi um soldado que mais tarde se tornou membro do Parlamento, figura essencial na condução das guerras civis religiosas na Inglaterra, foi Lord Protector da Commonwealth da Inglaterra, Irlanda e Escócia, entre os anos de 1653 e 1658, após a deposição e decapitação de Carlos I. Após sua morte, seu filho Ricardo tentou continuar a liderança, mas não teve sucesso, então o rei Carlos II voltou ao trono.

³¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 47.

³² BILL OF RIGHTS. [S. l.], 1688 Chapter 2 1 Will and Mar Sess 2. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>. Acesso em: 17 set. 2021.

qualquer tribunal, bem como que o Rei não tinha poder para revogar as leis emanadas do Parlamento ou impedir sua execução. Este mesmo documento proíbe a exigência de fianças excessivos como condição para alguém processado responder em liberdade e a imposição de penas cruéis.

Sujeito à irradiação dos ideais precedentes, de que o Rei não pode impor sua vontade ao Parlamento, John Locke desenvolverá, dois anos depois, sua tese sobre a divisão de funções no *Segundo Tratado Sobre o Governo*, publicado em 1690. Locke Defende a necessidade da separação das funções do Estado com vista à conservação dos bens e, curiosamente, não distingue três funções, mas duas, a de legislar e a de aplicar a legislação.

Para Locke, os indivíduos deixam seu estado de natureza para proteger um estado politicamente estabelecido. Ao aceitar fazer parte de um Estado, o indivíduo renuncia a sua liberdade para o gozo seguro do direito de propriedade. Para ele, essa proteção cabe ao legislador, que ao discutir uma lei específica deve sempre visar o bem comum da sociedade e compelir o órgão governante. Assim, para o autor as funções do Estado podem ser divididas entre a elaboração de leis e a execução/aplicação de leis.³³ A primeira pertence ao Poder Legislativo e a segunda ao Poder Executivo, (responsável pela execução das leis da sociedade, já em âmbito Federal é responsável pela gestão da segurança e dos interesses da comunidade fora

³³ Em um interessante artigo publicado na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Carlos Roberto Siqueira Castro afirma compartilhar a visão de que existem apenas dois tipos de funções do Estado: criar legislação e aplicação da lei. Cita-se a este propósito uma passagem interessante: "Vale reparar, com efeito, que a especialização funcional da soberania em três Poderes distintos e independentes não corresponde a diferenças ontológicas entre as funções ditas legislativa, executiva e judicial. É que, a rigor, o poder estatal exerce-se em apenas duas direções fundamentais, sendo uma no sentido da *criação ou modificação* do direito (função normativa), sendo que, a segunda fica com a incumbência da aplicação do direito (função de execução), que a doutrina Estadunidense identifica entre *rule making* e *law enforcement*. Com isto queremos dizer que, essencialmente, jurisdição e função administrativa são indistinguíveis, uma vez que ambas propõem a aplicação concreta do direito positivo ou dos princípios e valores dele derivados, sem possuir por finalidade precípua a normatização. Agendi, ou seja, independentemente do maior ou menor grau de subjetividade baseado na atividade de interpretação e aplicação de regras abstratas ou legisladas" CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado Revista da constituição e da jurisprudência Internacional, São Paulo, v. 31, p. 57-73, abr./jun. 2000.

desta),³⁴ que deve ser exercida pela mesma pessoa para evitar desordens e desastres. É importante notar que Locke não está falando sobre a função de julgar.³⁵

De qualquer modo, cabe destacar que a divisão apresentada traz consigo uma supremacia do Legislativo sobre o Executivo, refletindo os ideais revolucionários presentes na Inglaterra do século XVII, conforme explanado, uma vez que o Legislativo é o encarregado de promulgar as leis que trazem segurança aos indivíduos a serem limitados pelo bem comum. Embora sua principal preocupação seja a limitação do poder em relação aos indivíduos e, mais especificamente, em relação à propriedade, ele não deixa de mencionar a existência de mecanismos de controle de um poder sobre outro. É o que vemos quando o autor afirma que, "[...] embora o Poder Legislativo confia a execução das leis a outras mãos (Poder Executivo), reserva-se o direito de retomá-la, se houver causa, e de sancionar um ato de má administração das leis".³⁶ ou mesmo quando disse que o Poder Executivo tinha o poder de convocar e dissolver o Legislativo como um dever fiduciário nomeado para a segurança do povo.

Todas essas influências alcançaram seu apogeu em *De L'Esprit des Lois*, de Montesquieu, Capítulo VI, livro XI, que é famoso neste ponto pela seguinte passagem:

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 de poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.³⁷

O filósofo identificou a necessidade de não haver intersecção entre os poderes no tocante ao Poder de Julgar e ao Poder Legislativo e Executivo, argumentando que não subsistir liberdade se o poder de julgar não fosse separado dos Poderes

³⁴ Temos Locke, que identificou duas funções, a criação e aplicação da lei, dividida em três poderes, o legislativo, que ficou responsável pelo primeiro, o executivo, e o governo federal, que ficou responsável pelo segundo. Este arranjo confirma o que Pontes de Miranda disse acima no sentido de que a separação de funções não corresponde totalmente ao órgão que as executa, e como mencionado, o arranjo não é estanque.

³⁵ Há quem defenda a existência de uma quarta função no pensamento de Locke: a prerrogativa que é o poder conferido ao Rei de realizar o bem público sem ter que se submeter às regras do legislador. Nesse sentido Sahid Maluf. MALUF, Sahid. *Conjectura geral do Estado*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 210.

³⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 91.

³⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. Martin Claret. Paris: Garnier, 2020. p. 230.

Legislativo e Executivo. Afirma que se o Poder Judiciário fosse combinado com o Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria um legislador; e, além disso, se o juiz fizer parte do Poder Executivo, teria o poder de um opressor.³⁸

Curiosamente, enquanto Montesquieu entende que existe um Judiciário cujo papel é julgar as queixas dos indivíduos e castigar crimes, ele parece compartilhar a visão de Locke de que existem apenas dois poderes efetivamente existentes, um que faz a lei e outro que faz cumprir a lei, já que o judiciário é um "Poder Executivo" do direito civil. Embora o tenha separado posteriormente em sua obra, ele primeiro trata o Poder Judiciário como o Poder Executivo. E, embora lhe tenha atribuído nomenclatura própria, trata os seus membros como um poder "invisível e nulo",³⁹ nada mais que "boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor".⁴⁰

Por fim, cabe destacar, como no caso de Locke, que Montesquieu explica sua teoria com a mesma intenção, pois para ele o objetivo da divisão proposta é impedir a tirania, o arbítrio e a opressão, pois sem essa divisão os cidadãos não gozariam de liberdade.⁴¹

O Poder Legislativo, sob a ótica de Montesquieu, deve ser exercido em parte pelo povo e em parte pela nobreza cada um na proporção das vantagens que possui perante o Estado e por representantes capazes de debater interesses públicos, lembrando aqui as características da "Constituição Mista", que preconiza a distribuição de poderes entre as diferentes estratificações sociais.

A contribuição de Rousseau em seu livro *Do Contrato Social*, deve ser mencionada quando se trata da separação dos poderes. Como filósofo contratualista, ele também acreditava que ao sair do estado de natureza e se associar, o indivíduo busca no Estado o poder legítimo que lhe dá segurança e ao mesmo tempo lhe permite ser livre como no estado de natureza. Cada membro da sociedade aliena assim seus direitos à comunidade colocando-se sob a direção da vontade geral. Para

³⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. Martin Claret. Paris: Garnier, 2020.

³⁹ *Ibid.*, p. 230.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 160.

⁴¹ "[...] a liberdade política, em um cidadão, é essa tranquilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança, [...] para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão" *Ibid.*, p. 230.

⁴¹ Rousseau distingue a função legislativa da executiva, sendo a primeira a "vontade" e a segunda a "força".

garantir a manutenção da vontade e da liberdade geral, é necessária a existência de duas funções do Estado, que devem ser exercidas separadamente, o Executivo e a Legislativa.⁴²

Para Rousseau, assim como para Locke, há uma superioridade da função legislativa, pois representa a vontade geral do povo. A lei materializa essa vontade, é, portanto, uma função superior. A única finalidade da representação da vontade geral na lei, segundo ele, é garantir a liberdade e a igualdade. Assim, justifica-se a superioridade do Poder Legislativo, cuja produção é o meio de fazer valer a vontade do povo, e, conseqüentemente, é o meio de assegurar a liberdade e a igualdade, tendo em vista a necessária limitação do poder em favor dos soberanos (povo).

Embora sua conjectura tenha sido elaborada com vistas a consolidar mais poderes nas mãos do Rei, não se pode deixar de mencionar, quando se fala em separação dos poderes, a criação de Benjamin Constant: poder neutro ou real, posteriormente adotado pela Constituição do Império de 1824, sob a nomenclatura de Poder Moderador.

O quarto poder, ou poder "neutro" ou "real", foi acrescentado à concepção tripartite de poder, justamente com o objetivo de aprimorar o dispositivo proposto por Montesquieu, pois, aos olhos de seu criador, os arranjos institucionais concebidos até então não haviam sido tão eficazes ao ponto de evitar entrecosques e bloqueios no funcionamento do que ele chama de "engrenagens do poder".⁴³

Desta forma, Constant desenvolveu a teoria do poder real ou neutro, cuja tarefa é equilibrar os demais poderes, manter a independência dos poderes uns dos outros e do povo. Assim, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário são independentes e atuantes, enquanto o Rei detém um poder neutro, podendo ajustar os demais poderes quando estes estiveram desiguais. O poder neutro é uma força externa aos três poderes, que se empenhará em preservá-los e repará-los, de modo que os poderes atuem sempre em cooperação. É um poder intermediário, concebido

⁴² Rousseau distingue a função legislativa da executiva, sendo a primeira a "vontade" e a segunda a "força".

⁴³ "O vício de quase todas as Constituições foi não ter criado um poder neutro, e sim ter posto a soma de autoridade de que este deve ser investido num dos poderes ativos. Quando essa soma de autoridade se viu reunida à potência legislativa, a lei, que devia se estender apenas a determinados objetos, estendeu-se a tudo. Houve arbítrio e tirania sem limites. Daí os excessos das assembleias do povo nas repúblicas da Itália, os do longo parlamento, os da convenção, a certas épocas da existência deles. Quando a mesma soma de autoridade se viu reunida ao poder executivo, houve despotismo. Daí a usurpação que resultou da ditadura em Roma". CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 205.

com o propósito de encontrar o equilíbrio entre e acima das forças, é um poder superior e intermediário.⁴⁴

Concluindo este primeiro ponto, há de esclarecer que há, na atualidade, outras formas de classificação da separação dos poderes. Assim, sabe-se da existência de uma classificação segundo a qual a separação dos poderes se divide em separação horizontal, que seria equivalente à que terminamos de estudar, ou seja, a separação interorgânica de poderes segundo funções; a separação social dos poderes, que designa a distribuição de poderes entre os diferentes agentes e grupos sociais,⁴⁵ a separação temporal dos poderes, traduzida na necessidade de limitar temporalmente o exercício de poderes entre os diversos agentes e grupos sociais e, finalmente, fala-se, ainda, da separação vertical de poderes, que teria funcionalidade nos estados federais, pois implica uma distribuição de poderes entre os diferentes entes da federação, que são diferentes núcleos de poder.⁴⁶

2.1.2 A Constituição Francesa de 1791

O princípio da separação dos poderes foi solenemente proclamado, como dogma político fundamental da organização constitucional dos estados, primeiro na Constituição dos Estados Unidos de 1787,⁴⁷ depois na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,⁴⁸ e na Constituição Francesa de 1791.⁴⁹

⁴⁴ GHELERE, Gabriela Doll. *A liberdade individual para Benjamin Constant*. 2008. 80 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) -- Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁴⁵ Apenas ressalte-se, em vista da evolução das sociedades desde o momento em que tal teoria foi desenvolvida, o surgimento de outros agentes que atuam na sociedade, como a mídia, as associações, partidos, que também compartilham desse poder em conjunto com as diversas classes sociais.

⁴⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 1, p. 177.

⁴⁷ O artigo I trata das atribuições do Poder Legislativo; o artigo II, das atribuições do Executivo; e o artigo III, daquelas atribuídas ao Poder Judiciário. ESTADOS UNIDOS. Constituição [(1787)]. *A Constituição dos Estados Unidos da América*. [S. l.], 1787. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

⁴⁸ “Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. FRANÇA. Assembleia Geral. *Declaração dos direitos do homem e dos cidadãos*. Paris, out. 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

⁴⁹ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão está na Constituição Francesa de 1791 e se encontra antes do seu texto. FRANÇA. Assembléia Nacional. [Constituição (1791)] *Constituição Francesa de 1791*. Disponível em: <https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

Para entender como se deu a distribuição do poder na França, na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos e na Constituição de 1791 é importante entender o contexto histórico o qual os acontecimentos se deram. Como se sabe, antes da Revolução Francesa, a França era alvo de uma monarquia altamente despótica e arbitrária, na qual o poder se concentrava nas mãos de um monarca absoluto.

Nesse sistema político, a liberdade dos indivíduos estava sujeita às leis resultantes da vontade do Rei, que as executava à sua maneira. A maior personificação dessa realidade foi Louis XIV, o Rei Sol, conhecido pelo famoso apelido de “L’État c’est moi”.

Com as teorias de Rousseau, que concebia as leis como representante da vontade geral e do bem comum, tendo o povo como titular da soberania, bem como Montesquieu, sobre a tripartição dos poderes como meio de assegurar ao indivíduo sua tranquilidade e liberdade, preparou-se o terreno para a Revolução Francesa e para a adoção da separação dos poderes como dogma constitucional na luta contra o absolutismo.

A Constituição francesa levou a teoria ao seu extremo, ao seu maior grau de pureza e rigidez, prevendo o isolamento entre as diversas funções, que eram altamente especializadas em suas atribuições, distribuídas entre seus respectivos órgãos.

Esta organização era considerada como um instrumento cujo objetivo era evitar qualquer interferência ou confusão de imputações entre si, de modo a evitar, tanto quanto possível, a acumulação ou concentração de poderes num único órgão. A separação das três funções é justamente a consequência do forte absolutismo ali vigente e, sobretudo, da necessidade de que o poder legislativo, como representante da vontade geral, não sofre qualquer ingerência dos demais poderes.⁵⁰

Ensinou Max Meller em sua obra *A Dimensão do princípio da Separação dos poderes em que*

[...] a partir da consagração do primado legislativo, o conceito de separação rígida entre poderes defende uma total separação no exercício das próprias atividades, de modo que nenhum deles possa interferir nas relações do outro. Além de isentar os legisladores do

⁵⁰ Podemos notar que o art. 1º do Capítulo II – Do Exercício do Poder Legislativo prevê em seu caput que “A Constituição delega *exclusivamente* ao Corpo Legislativo os poderes e funções que seguem”.

poder de veto e da possibilidade de governo constitucional, a proibição de interferência entre os poderes permitir ao legislador manter sua primazia com base na condicionalidade dos demais poderes por meio da lei. Era o único meio de coordenar todas as funções do estado legislativo, e tanto o estado quanto seus cidadãos deveriam estar completamente subordinados a ele. No condicionamento jurídico do executivo e do judiciário, isso se dá por meio de uma concepção rígida do princípio da legalidade ou da subsunção como única forma de interpretação.⁵¹

Também é importante notar que naquela época, na França, havia grande desconfiança do judiciário, já que por muito tempo seus membros foram os braços do Rei. Refira-se que, à época das revoluções, o vocábulo “magistrado” era utilizado tanto para designar o monarca como para referir os juízes itinerantes do Rei, que mais tarde se tornavam a Magistratura. Além disso, havia uma grande proximidade política e institucional entre a pessoa do Rei e a dos juízes, já que a execução da lei e sua aplicação eram tarefas quase indistinguíveis.

Como havia uma especialização bem definida de funções entre os diferentes poderes, e como o poder legislativo era pensado como supremo, a forma do veto não foi concebida como um mecanismo de controle do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, nem sequer existia a figura controladora da constitucionalidade, pois o judiciário não poderia interferir na elaboração da lei que representava a vontade geral.

Nesse sentido, há uma diferença importante entre as constituições americanas contemporâneas de 1787 e a Constituição Francesa de 1791, pois, ao contrário da segunda, a primeira, como se olhará adiante, distribui as funções entre os órgãos de modo a criar uma interdependência entre eles por meio de mecanismos de freios e contrapesos, permitindo assim que um poder contrarie os excessos cometidos pelo outro.

2.2 Sistema de freios e contrapesos

Nos tópicos anteriores foi analisada a separação dos poderes, bem como o exemplo da Constituição Francesa de 1791, que a levou à sua expressão máxima. Nas seções seguintes, analisaremos sintaticamente os freios e contrapesos, que nada

⁵¹ MOLLER, Max. As dimensões do princípio da separação dos Poderes no constitucionalismo contemporâneo. *In*: MARÇAL, Cláudia; CORDEIRO, Cleonice Alves; QUACKEN, Maria Elisa (org.). *Anais do XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado*. Goiânia: Kelps, 2008. v. 1, p. 153-168.

mais são do que um puro aperfeiçoamento da separação dos poderes, seguindo da Constituição dos Estados Unidos de 1787, que inclui tais mecanismos.

2.2.1 Terminologia e histórico

É difícil precisar quando surgiram os mecanismos de freios e contrapesos. Se os norte-americanos são creditados por tê-los integrado na Constituição de 1787, após a publicação dos artigos que compõem *O Federalista*, alguns vestígios desses mecanismos já podem ser vistos em Montesquieu.

De fato, Montesquieu, além de identificar a existência de três poderes, foi além, antecipando a teoria dos *checks and balances* ao mencionar a necessidade de um poder controlar o outro. Identificou que a manutenção pela mesma pessoa ou pelo mesmo órgão (“corpo de magistrado”,⁵² segundo a formulação original) das competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo subtrai a liberdade do cidadão uma vez que o mesmo titular do poder que cria as leis, pode executá-las e estas podem ser tirânicas. Para estabelecer mecanismos de controle mútuo entre esses dois poderes, Montesquieu evoca a participação do Poder Executivo na elaboração da legislação pelo direito de veto⁵³, bem como a possibilidade de que o próprio Legislativo pode examinar como as leis a serem promulgadas devem ser executadas (controle sobre o poder executivo) e mesmo exercer controle sobre si mesmo, devido à existência de dois corpos legislativos diferentes, que possuir o poder de se opor reciprocamente.⁵⁴

Mesmo antes de os ideais de Montesquieu se tornarem públicos, Bolingbroke teria produzido algumas obras seminais, como a *Dissertation on Parties* (1734) e a *Idea of a Patriot King* (1738), utilizando, pela primeira vez, expressões como “freios recíprocos”, “controles recíprocos”, “retenções”, “reservas recíprocas”, essenciais para a construção do conceito do tríplice contrapeso e do *equilibrium of powers*⁵⁵,

⁵² “O mesmo corpo de magistratura tem, como executor das leis, todas as faculdades que, como legislador, atribuiu a si mesmo. Ele pode destruir o estado com vontade bárbara e, porque ele também tem o poder de julgar, ele pode destruir cada cidadão por sua própria vontade”. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. Martin Claret. Paris: Garnier, 2020. p. 230.

⁵³ “O poder executivo, como dissemos, participe da legislação usando o poder de veto, sem o qual, seria privado de suas prerrogativas”. MONTESQUIER. *De l'esprit des lois*. São Paulo: abr. 1973. p. 161.

⁵⁴ “Como o corpo legislativo consiste em duas partes, uma paralisaria a outra por sua interferência recíproca. Ambos são paralisados pelo executivo, que por sua vez é paralisado pelo legislativo.

⁵⁵ FERREIRA, Louis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. 2, p. 118. Nuno Pirraça informa-nos também das observações de Bolingbroke, citando a sua obra *The Craftman*, v. 3, p. 85 e 87: “A dependência constitucional [...] consiste no seguinte: que os atos de cada órgão constitucional, quando funciona e afeta o todo,

sendo, portanto, considerado por Schmitt como o autor da doutrina do equilíbrio dos poderes.

Além da digressão histórica sobre freios e contrapesos, cabe indagar sobre a origem da terminologia "freios e contrapesos". Embora as duas locuções sejam sempre colocadas juntas, parece interessante perguntar sobre a origem de cada uma delas separadamente.

Nesse sentido, um trabalho notável foi realizado por David Womersely⁵⁶ que realizou um profundo estudo histórico dos textos que tratam do assunto. De acordo com o autor do artigo *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*, a terminologia *checks and balances* já era usada muito antes da publicação dos artigos de *O Federalista*, mostrando que ambos *checks and balances* são noções muito mais densas de como são apresentados nos dias de hoje.⁵⁷

Das duas locuções, *balance*, traduzido para o português como "contrapeso", seria o mais antigo e, conforme já explanado neste estudo, foi usado pela primeira vez por Políbio, ao citar Licurgo, ao mencionar a necessidade de que entre o Rei e o Povo tenha-se um Senado, que equilibraria os poderes entre os dois opostos. A ideia inicial de equilíbrio e de balanço de poderes parece assim ter origem na mesma ideia que formulou a necessidade de um equilíbrio de poder entre diferentes forças sociais, ou seja, a ideia da já referida "Constituição Mista".⁵⁸

ficam sujeitos à supervisão e controle dos demais órgãos constitucionais; a independência consiste em: que as decisões ou deliberações de cada órgão guiam a esses atos, é tomada de forma independente sem qualquer influência direta ou indireta dos outros órgãos. Sem o primeiro, todos seriam livres para tentar perturbar o equilíbrio por usurpação ou abuso de poder; mas, sem o segundo, não pode haver equilíbrio. [...]. Em uma Constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio e da independência recíproca dos órgãos". PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes é uma doutrina e um princípio constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 86.

⁵⁶ WOMERSELY, David. *Liberty and American experience in the eighteenth century*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/1727>. Acesso em: 27 set. 2021.

⁵⁷ O autor do texto relata que representantes do *New Model Army* alegaram que as Forças Armadas eram um *check na balance* em 1647. Nedham redigiu a expressão *balance or check* em 1654; Toland usou a frase *check and balance* em 1701; e o Governador Morris seguiu o exemplo em 1776. No entanto, a frase foi realmente popularizada em 1787, por John Adams, primeiras laudas de *Defending the Constitutions of the United States*. No mesmo ano, John Brooks e Noah Webster usaram a frase "check and balance" e ela também apareceu em *O Federalista* naquele inverno.

⁵⁸ No mesmo sentido, confirmam Eduardo Cambi e Diego Nassif, quando afirmam que: "Mesmo que Montesquieu seja o nome mais memorável em relação ao conceito de separação dos poderes, seria Políbio, em sua leitura do governo de Licurgo, quem primeiro mencionou a ideia de um equilíbrio tético entre diferentes facções institucionais ligadas sob a mesma matriz governamental. No entanto, foi o Iluminismo quem cuidou de enriquecer as metáforas do discurso político-filosófico da antiguidade com o raciocínio mecanicista que prevaleceu em meados dos séculos XVII e XVIII, criando uma nova linguagem política, através da qual se tornou possível o avanço na dinâmica das relações de poder.: – não apenas como a degeneração cíclica das formas puros, como declaravam os escritores da antiguidade, mas internamente, nas formas mistas, funcionou para evitar tais degenerações e instituir um governo perpétuo. Na sua suposta origem, com Licurgo, o governo misto

Trazendo tal conceito, posteriormente, na concepção tripartite de Poder, que diz com uma divisão orgânica do poder, e não social (entre estratificações, como preconiza a constituição mista), a noção de equilíbrio estaria ligada à ideia de um poder equilibrado entre as três funções, legislativa, judicial e executiva, de modo que, embora em alguns casos uma determinada função abrange outra, devido a equilíbrios (contrapesos), a balança tripartida dos poderes não se desequilibraria.

Segundo o autor, os *checks* podem ser representados, conforme a investigação histórica realizada, por três conceitos diferentes, mas próximos em suas criações, sendo um deles (i) o impedimento de uma ação, um veto, ou seja, a prerrogativa de neutralizar uma atitude adotada por outro poder; ou, segundo Bolingbroke, (ii) a possibilidade de exercer controle sobre outro poder, ou, ainda, (iii) a possibilidade de interromper ou retardar determinado ato a ser realizado por outro poder.

Em contraste, *O Federalista*, a obra mais conhecida sobre o assunto tratou especificamente do mecanismo de freios e contrapesos no artigo 51.^o - *A estrutura do governo asseguraria os pesos e contrapesos adequados entre os vários departamentos.*

Aludindo à palavra controle, traduzida como “freios”, ela a vincula à necessidade de se criar um arranjo institucional de modo que cada um dos Poderes tenha mecanismos que desempenham a função de frear algumas atribuições de outro poder, para que assim, possa se evitar os abusos. Tal teoria, segundo o artigo 51 de *O Federalista*, fundamenta-se na essência do ser humano, pois o homem tende a abusar do poder quando o tem, e como o poder é comandado por homens, o mesmo raciocínio deve ser aplicado a ele, impondo a cada um dos poderes mecanismos que permitam prevenir, reciprocamente, os abusos de cada um deles⁵⁹ daí o óbvia

apenas assegurava um contrapeso entre diferentes instâncias de decisão, um Rei, um Senado e uma Assembleia, criando uma situação de tensão cuja solução só seria obtida por consenso. Polibio usa a figura de uma galé com remos flanqueados a equilibrar a tensão que impulsiona a embarcação para frente ao invés de navegar em círculos". CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. A expansão da jurisdição constitucional e a separação dos poderes: uma análise do sistema em termos de cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012.

⁵⁹ “O interesse humano deve ser combinado com os direitos constitucionais do lugar. Pode ser um reflexo da natureza humana que tais dispositivos sejam necessários para controlar abusos por parte das autoridades. Mas o que é o próprio governo senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se os humanos fossem anjos, não existiria a necessidade de governo. Se os anjos governassem os humanos não existiria a necessidade de controle externo ou interno do governo. A grande dificuldade em estabelecer um governo governado pelo povo é esta: primeiro, deve-se permitir que o governo governa os governados; e em segundo lugar, faça um esforço para se autocontrolar. A dependência do povo é, sem dúvida, o principal obstáculo para o Estado. Mas a experiência educou à humanidade a necessidade de ser mais cuidadoso. Essa política, que opera com base em interesses conflitantes, por falta de melhores razões, encontra-se em outras esferas

conclusão de que a estrutura interna do governo deve ser tal que suas várias partes constituintes possam, por suas relações recíprocas, ser os instrumentos que mantêm cada uma delas em seu lugar.⁶⁰

No entanto, o autor considera que, como não é possível dar a cada um dos poderes armas de autodefesa do mesmo porte, é necessário distribuir, tanto quanto possível, a tomada de decisão de um determinado Poder entre os demais Poderes, a fim de criar alguma dependência entre eles. Tudo sinaliza pelo entendimento desses conceitos que existe um contrapeso.⁶¹

Karl Loewenstein, ao abordar a questão do controle político, também aponta a diferença entre o que ele chama de "distribuição do poder político" e "controle do poder político". Pelo primeiro, um ato político "[...] só terá eficácia se diversos detentores do poder participar e colaborar na sua execução"⁶² e traz aqui o exemplo da necessidade de aprovação pelo Senado da nomeação de um Presidente. A segunda seria uma técnica de controle de poder autônomo, ou seja, aquele que não depende da colaboração de outro poder, mas pode ser tomado de forma independente, impedindo a execução de ato estatal, dando o exemplo do veto e controle de constitucionalidade das leis.⁶³

Com base nas considerações anteriores, pode-se dizer que os contrapesos serão meios de contrabalancear, para ponderar as decisões de determinados Poderes sobre determinados assuntos de sua competência por meio da participação dos

das relações humanas, tanto na esfera privada quanto no público. Vemos isso particularmente exposto em todas as distribuições subalternas de poder, onde o objetivo constante é dividir-se e ordenar os vários cargos de tal maneira que cada um possa ser um controle do outro, que o interesse privado de cada um seja uma sentinela sobre outro público. Essas engenhosas invenções não podem ser menos necessárias na distribuição do poder supremo do Estado. (tradução nossa)." MADISON, James *The Federalist*, New York, n. 51, p. 268-269, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php>. Acesso em: 03 out. 2021.

⁶⁰ MACHADOS, Mário Bockmann. Separação dos Poderes e controle externo do Poder Judiciário. *Revista da Constituição e da Jurisprudência Internacional*, São Paulo, v. 9, p. 81-86, out./dez. 1994.

⁶¹ "Mas não é possível dar a cada departamento um igual poder de autodefesa. No governo republicano a legislatura tem poder predominante. A solução para esse inconveniente é dividir a legislatura em diferentes ramos; torná-los, por diferentes jeitos de escolha e princípios de ação, tão desconectados quanto a natureza de suas funções comuns e sua dependência comum da sociedade [...]" (tradução nossa). Mas não é possível dar a cada departamento igual poder de autodefesa. O poder legislativo em uma república é necessariamente dominante. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society [...]" MADISON, *op. cit.*

⁶² "Meramente será eficaz quando vários detentores do poder participar e cooperar na sua implementação". LOEWENSTEIN, Karl. *Conjectura da constituição*. Barcelona: Ariel, 1954. p. 69-70.

⁶³ *Ibid.*, p. 69-70.

demais Poderes nessa decisão, sem a necessidade de que tal decisão não tenha a capacidade de neutralizar a decisão, mas simplesmente de torná-la mais democrática (equilibrada) para que outros possam participar. A competência de neutralizar certas ações de um Poder sem a participação dos demais, é figurado ou representado pelos freios.

Tome-se, por exemplo, como contrapeso, a possibilidade de o Poder Executivo ou mesmo o Poder Judiciário ter a iniciativa de lei em relação a determinados temas. O debate e a aprovação de um texto legal dependem em grande parte do Legislativo. Para distribuir, equilibrar, balancear esse Poder, a outros Poderes foi admitido a participação nesse processo, por iniciativa da lei, que cria para o Legislativo, em relação a certas matérias, certa dependência em relação aos demais. Os freios, por sua vez, seria a prerrogativa de neutralizar o projeto de lei já considerado, representado pelo veto.

Em todo o caso, o que parece realmente importante “na arquitetura constitucional moderna, da qual a separação de funções é apenas uma parte, é a ideia de equilíbrio do poder político dividido e oposto, bem como a eficácia dos mecanismos institucionais que garantem estabilidade do sistema político”.⁶⁴

Finalmente, Karl Loewenstein considera que o mecanismo mais eficaz para controlar o poder político é imputar diferentes funções estatais a diferentes detentores do poder. Se a princípio o controle era feito submetendo o Estado ao controle da lei, então os detentores do poder passaram a se controlar reciprocamente. Portanto, o Constitucionalismo moderno não apenas defende o governo baseado no Estado de Direito, mas também um governo responsável. Um governo responsável pode ser considerado quando o exercício do poder político é distribuído e controlado entre vários detentores do poder. A primazia Constitucional é a realidade de um sistema integrado de controles políticos.⁶⁵

⁶⁴ CAMBY, Eduardo; NASIF, Diego A expansão da jurisdição constitucional e a separação dos poderes uma análise sistemática da cidadania. *Journal of Courts*, [S. l.], v. 916, p. 249-263, fev. 2012.

⁶⁵ “[...] o constitucionalismo não é apenas um governo baseado no estado de direito, mas também um governo responsável. Um governo pode ser responsabilizado quando o exercício do poder político é distribuído e controlado entre diferentes detentores do poder. As técnicas para controlar sua totalidade estão arraigadas na constituição. A supremacia da Constituição é o fechamento de um sistema integral de controles políticos.” (tradução nossa).

“[...] a doutrina constitucional não é apenas um governo baseado no estado por lei. Significa governo responsável. Um governo pode ser responsabilizado quando o exercício do poder político é distribuído e controlado entre diferentes detentores do poder. As técnicas de controle em sua totalidade estão incluídas na constituição A supremacia da constituição é a culminação de um

Somando todas as considerações, pode-se dizer que ambos, os freios e contrapesos, fazem parte do sistema constitucional de controle político, ou seja, contenção do poder pelo poder, já no que toca o governo responsável, este tem que garantir os direitos dos governados, a fim de evitar abusos. Como se observa, os objetivos de projetar tal sistema não são diferentes daqueles projetados na concepção da teoria da separação dos poderes. A diferença reside no fato de que os mecanismos de freios e contrapesos permitem melhorias na distribuição do poder, desde que incorporem a ideia de que o abuso de poder é mais bem evitado quando existe uma interdependência entre os Poderes, e não quando estão completamente separados.

Contudo, freios e contrapesos, embora façam parte do mesmo mecanismo, não são conceitos idênticos, embora sejam quase sempre usados de forma relacionada. Os freios são prerrogativas dos poderes para neutralizar o poder decisório de outro poder. Os contrapesos, por outro lado, são ferramentas que permitem equilibrar as decisões de certos poderes envolvendo outros nessa decisão, sem que esta medida tenha o poder de neutralizar a decisão, mas simplesmente de torná-la mais democrática (equilibrada), permitindo a participação dos demais poderes.

O exemplo emblemático de uma Constituição que introduz tais mecanismos é, a já mencionada, Constituição Americana de 1787.

2.2.2 A Constituição norte-americana de 1787

Compreender a aceitação da teoria da separação dos poderes nos Estados Unidos, que pressupõe a existência de freios e contrapesos, envolve principalmente uma digressão histórica. Enquanto no exemplo francês, a Constituição de 1791 aparece como uma linha divisória entre a Monarquia Absolutista e o Estado de Direito, a Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América é o resultado de sua independência após a guerra da Independência (1775-1783), esta que surgiu do embate entre as 13 (treze) colônias e o governo britânico.

Naquele período, a Grã-Bretanha e a França estavam passando pela Guerra dos Sete Anos e, para reembolsar os custos relacionados com a guerra, a Inglaterra contribuiu para o endurecimento dos tratados coloniais⁶⁶, o que gerou tensões sociais

sistema integral de controle político". LOEWENSTEIN, Karl. *Conjectura da constituição*. Barcelona: Ariel, 1954. p. 71.

⁶⁶ O pacto colonial era o conjunto de regras, leis e regulamentos que as metrópoles impõem às suas colônias durante o período colonial. No caso da Inglaterra, no que diz respeito às treze colônias, o

entre a colônia e a metrópole. Para resolvê-los, foram realizados os Congressos da Filadélfia de 1774 e 1775. No ano seguinte, em 4 de julho de 1776, foi proclamada a independência dos Estados Unidos.

A desaprovação da independência colonial pela Grã-Bretanha seguiu-se à Guerra da Independência travada entre 1776 e 1783, que acabou sendo vencida pelos Estados Unidos com a ajuda da França e da Espanha. A fim de estabelecer a independência, as 13 (treze) colônias, agora Estados livres, com o objetivo de preservar sua liberdade, uniram-se em 1781 na forma de uma Confederação de Estados, instituída pelo tratado denominado “Artigos da Confederação”.

No entanto, tal coalizão carecia de um poder centralizado capaz de manter tais acordos. O Congresso Continental, que exercia função legislativa, era o único órgão central então existente encarregado de manter unidas as 13 (treze) Colônias. Este órgão, além de não ter poderes expressivos, não foi dotado de nenhum órgão Executivo e muito menos de um Poder Judiciário central, o que fragilizou a manutenção da Confederação.

Esse tipo de organização permite a supremacia primária do Legislativo e a subordinação do Judiciário em muitos Estados. Diante dessa situação, realizou-se um esforço para restabelecer a separação dos poderes e formar uma união mais sólida, na forma de uma Confederação. O objetivo era finalmente revisar essa forma de Estado, para que ocorra o processo de ratificação dos Estados da Constituição de 1787.

Esse processo de ratificação e fortalecimento da Constituição foi liderado por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay⁶⁷ por meio de *The Federalist*, que consistia em uma série de oitenta e cinco artigos publicados em jornais de Nova York entre 1787 e 1788 com o objetivo de promover a ratificação da Constituição pelos Estados.

aperto veio por meio de regras comerciais mais rígidas e aumento de impostos, imposição de restrições ao comércio colonial e imposição de impostos sobre diversos produtos. O açúcar foi tributado (lei do Carboidrato, 1764) e todos os impressos nas colônias (lei do selo 1765) foram tributados. Este último imposto, introduzido pela chamada lei do selo ocasionou uma violenta reação dos colonatos.

⁶⁷ Como explica Ricardo de Castro Nascimento, os três autores mencionados são conhecidos como os pais fundadores, que usaram o pseudônimo Publio, o amigo do povo, ao escrever os artigos de O Federalista, e foram os três delegados estaduais ao congresso. NASCIMENTO, Ricardo Castro. *A separação dos poderes: origens, evolução e relevância*. 2017. 276 compassos. tese (Doutor em Jurisprudência) -- Escola de Jurisprudência, Universidade Católica Episcopal de São Paulo, São Paulo, 2017.

Entre as várias ideologias políticas adotadas pelos federalistas estava a separação dos poderes.⁶⁸ Porém, tendo em vista o contexto histórico acima narrado, certa supremacia do Legislativo, bem como a desconfiança em relação ao Parlamento inglês e até mesmo em relação ao próprio Congresso Continental, idealizou-se um modelo diferente de separação dos poderes constituído na França. Os mecanismos de freios e contrapesos, além da separação dos poderes, foram introduzidos justamente para evitar abusos do Poder Legislativo, sobre o qual recaía um sentimento de desconfiança.

Assim, enquanto na França o Poder Legislativo era supremo, por ser o representante da vontade geral do povo, nos Estados Unidos esse poder traspassou a ser inibido pelo Poder Executivo, com a previsão do veto, e pelo Poder Judiciário, com a ulterior criação da doutrina do *judicial review*. O conceito de separação dos poderes na Constituição Estado-Unidense era diferente da ideia contida na Constituição Francesa. Nem rígidos nem isolados, ao adicionar o conceito de freios e contrapesos, criou uma interação harmoniosa entre relacionamentos e prerrogativas de cada Poder, cada um deles é responsável por supervisionar o outro, por não ter o poder de usurpar e concentrar poder em um único órgão.

Esse novo arranjo das estruturas políticas decorre não apenas do momento histórico, mas também da compreensão de sociedade que os autores de *O Federalista* possuíam. Com efeito, o pensamento federalista concebia o homem na prossecução dos seus interesses individuais e egoístas, o que era considerado uma ameaça à estabilidade da república uma vez que, estando cada um dos poderes ocupado por particulares, a usurpação dos poderes de um Poder para o outro era iminente. Assim, procurando proteger os seus interesses, os que exercem as funções inerentes aos respectivos poderes agem de forma a coibir os excessos cometidos por outrem no exercício dos seus poderes.

Assim, os três poderes deveriam exercer controle recíproco, formando uma estrutura em que os limites de cada um seriam produto da resistência e possíveis reações dos demais, de modo que não houvesse isolamento, mas contato entre eles. Esse jogo de forças é responsável pela manutenção do equilíbrio e da estabilidade política. A racionalidade inerente ao sistema equilibrará os conflitos, não cabendo a

⁶⁸ A Constituição de Massachusetts de 1780 foi a primeira a introduzir o princípio da separação dos poderes, seguida pela constituição da Virgínia de 1786, que se esticou a outras constituições na nova América do Norte, culminando na constituição Federal. Constituição de 1787.

cada poder extrapolar suas funções, pois saberá que, se o fizer, estará contido.⁶⁹ O sistema de freios e contrapesos representou, portanto, uma importante inovação na separação dos poderes e introduziu mecanismos para garantir sua efetiva aplicação.⁷⁰

Para os autores de *O Federalista*, esse jogo de poderes não ia contra os ideais de Montesquieu, mas estava de acordo com esses ideais, pois o Filósofo Francês não condenava a intervenção de um Poder sobre o outro, mas sim a concentração de três poderes nas mãos de apenas um órgão. Esta é a conclusão que se pode extrair quando Montesquieu fala da contenção de uma câmara por outra dentro da legislatura e da contenção deste pelo Poder Executivo.⁷¹ Entendemos as observações de Madison sobre o assunto no artigo 47 de *O Federalista*:

A partir desses fatos, pelos quais Montesquieu foi guiado, pode ser claramente deduzido, que, ao dizer, 'não pode haver liberdade, onde os poderes legislativo e executivo estão unidos na mesma pessoa, ou grupo de magistrados'; ou, 'se o poder de julgar, não for separado dos poderes legislativo e executivo', ele não quis dizer que esses poderes não devem ter nenhuma interferência, ou nenhum controle sobre os atos dos outros. Seu significado, como suas próprias palavras o mostram, e ainda mais conclusiva como ilustrado pelo exemplo que ele tinha sob seus olhos, pode resumir-se a não mais do que o seguinte, onde todo o poder de um órgão é exercido pelas mesmas mãos que possuem todo o poder de outro órgão, os princípios fundamentais de uma constituição livre são subvertidos. Este teria sido o caso na constituição examinada por ele, se o rei, que era o único magistrado executivo, possuísse também o poder legislativo completo, ou a administração suprema da justiça; ou se todo o corpo legislativo possuísse o poder judicial supremo, ou o poder executivo supremo. Isso, no entanto, não é um dos vícios desta constituição. O chefe do executivo, no qual todo o poder

⁶⁹ "Em meu artigo anterior, os provérbios políticos que tomei aqui mostraram que não há necessidade de separar completamente os poderes legislativo, executivo e judiciário. Comprometo-me a mostrar que, a menos que esses departamentos estejam conectados e combinados, de modo a dar a cada um controle constitucional sobre os outros, o maior grau possível de separação, necessário para um governo livre, não pode ser mantido na prática " (nossa tradução). "It was shown in the last paper, that the political apothegm there examined, does not require that the legislative, executive, and judiciary departments, should be wholly unconnected with each other. I shall undertake in the next place to show, that unless these departments be so far connected and blended, as to give to each a constitutional control over the others, the degree of separation which the maxim requires, as essential to a free government, can never in practice be duly maintained". MADISON, James. *Federalist*, New York, n. 48, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-48.php>. Acesso em: 06 out. 2021.

⁷⁰ COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. A separação dos poderes: de Montesquier a Bruce Ackerman, uma transformação de paradigma. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 15-35 out./dez/ 2015.

⁷¹ "O Poder Legislativo, que consiste em duas partes, paralisaria o outro com seus poderes recíprocos de obstrução. Ambos são paralisados pelo Poder Executivo, que por sua vez é impedido pelo Poder Legislativo. Essas três forças devem estar pausadas ou inativas. Mas sendo obrigados a andar pelo movimento necessário das coisas, eles serão obrigados a andar de acordo " MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. Martin Claret. Paris: Garnier, 2020. p. 230.

executivo reside, não pode por si só fazer uma lei, embora ele possa vetar todas as leis; tampouco pode administrar a justiça, embora ele possa nomear aqueles que a administram. Os juízes não podem exercer nenhuma prerrogativa executiva, apesar de serem investidos a partir do executampouco qualquer função legislativa, embora possam ser aconselhados pelos conselhos legislativos. O corpo do poder legislativo não pode realizar nenhum ato judicial; embora pelo ato conjunto de dois dos seus órgãos, os juízes possam ser removidos de seus cargos; e, ainda, um dos seus ramos possuir o poder judicial em última instância. Toda a legislatura novamente não pode exercer nenhuma prerrogativa executiva, embora um de seus ramos constitua o órgão supremo do poder executivo; e o outro, pela acusação de um terceiro, pode tentar e condenar todos os oficiais subordinados no departamento executivo. (tradução nossa)⁷²

Refira-se que, ao contrário da separação dos poderes desenvolvida na França, no modelo norte-americano, a vontade popular foi suprimida como mecanismo de controle e contenção dos Poderes dado que conter-se-iam entre si, não havendo necessidade de conceber o Poder Legislativo como representante da vontade geral e, portanto, do povo, como órgão supremo. No modelo norte-americano, uma vez que todos os poderes têm um mecanismo de contenção recíproca, constitucionalmente

⁷² “From these facts, by which Montesquieu was guided, it may clearly be inferred, that in saying, ‘there can be no liberty, where the legislative and executive powers are united in the same person, or body of magistrates’ or, ‘if the power of judging, be not separated from the legislative and executive powers’ he did not mean that these departments ought to have no partial agency in, or no control over the acts of each other. His meaning, as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the whole power of one department is exercised by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free constitution are subverted. This would have been the case in the constitution examined by him, if the king, who is the sole executive magistrate, had possessed also the complete legislative power, or the supreme administration of justice; or if the entire legislative body had possessed the supreme judiciary, or the supreme executive authority. This, however, is not among the vices of that constitution. The magistrate, in whom the whole executive power resides, cannot of himself make a law, though he can put a negative on every law; nor administer justice in person, though he has the appointment of those who do administer it. The judges can exercise no executive prerogative, though they are shoots from the executive stock; nor any legislative function, though they may be advised with by the legislative councils. The entire legislature can perform no judiciary act; though by the joint act of two of its branches, the judges may be removed from their offices; and though one of its branches is possessed of the judicial power in the last resort. The entire legislature again can exercise no executive prerogative, though one of its branches constitutes the supreme executive magistracy; and another, on the impeachment of a third, can try and condemn all the subordinate officers in the executive department” (MADISON, James. *The Federalist*, New York, n. 47, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-47.php>. Acesso em: 06 out. 2021). Ricardo de Castro Nascimento pondera, ao tratar da concepção de *O Federalista* sobre os mecanismos de freios e contrapesos, que “A separação dos poderes não implica segregação total e ausência de controle mútuo dos respectivos atos. O importante é evitar a concentração de poderes em uma única pessoa, quer por hereditariedade ou eleição. Os poderes não devem ser rigidamente separados e sim integrados de forma que permitam o controle recíproco e a eficiência do governo [...]” NASCIMENTO, Ricardo Castro. *Divisão de poderes: origem, desenvolvimento e atualidade*. 2017. f. 160. Tese (Doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

estabelecido, estes se equilibram entre si por uma racionalidade intrínseca, um arranjo endógeno, independente de fiscalização do povo.

No entanto, parece importante enfatizar que esse conceito acabou por criar uma supremacia do Poder Judiciário, que mais tarde se tornou o “Guardião da Constituição”, após o caso *Madison x Marbury*.⁷³ Com efeito, o entendimento de que os freios e contrapesos previstos na Constituição eram suficientes, e o Poder Judiciário sendo concebido como o Guardião da Constituição aliado ao sistema de *Common Law* adotado neste país, fez com que, a interpretação que prevalecesse, fosse a dada pelo Suprema Corte.

No entanto, tal preeminência não parecia, à época ser um perigo para a separação e equilíbrio dos Poderes, já que o Poder Judiciário foi concebido no sistema norte-americano como um poder neutro, que não apresentava potencial lesivo aos demais poderes, tanto que lhe foram dadas poucos freios e contrapesos e muitas defesas em relação às demais, como se pode constatar no trecho a seguir, extraído do artigo 78 de *O Federalista*.

Quem considerar com atenção os diferentes poderes, deve reconhecer que nos governos, em que eles estão bem separados (os poderes), o poder judiciário, pela mesma natureza de suas funções, é o menos temível para a constituição, porque é o que menos tem meios de atacá-la. O poder executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública, o legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e deveres dos cidadãos; porém o judiciário não dispõe da bolsa nem da espada, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e este só deve sua eficácia ao socorro do poder executivo. Já está simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º que o poder judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º que por isso mesmo não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resolução; 3º que é

⁷³ Bruce Ackerman, em seu livro *The Failures of the Founding Fathers*, critica a noção atual de que *Madison v Marbury* é um precursor do controle de Constitucionalidade. A crítica do autor decorre do fato de que a decisão do célebre caso surgiu não de uma tentativa de dar primazia à Constituição sobre outras leis, mas de um conflito político vivido pelo *Chief Marshall* indicado pelos republicanos, não queria ir contra *Marbury*, que também o havia indicado. No entanto, como era Presidente da Corte, *Chief Marshall*, também não quis desagradar o governo e enfraquecer a independência da corte, daí a necessidade de não se pronunciar sobre o mérito, mas apenas concluir que a Constituição não o investiu do poder de decidir sobre a matéria (ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Harvard University Press, 2005). Levinson também critica o uso de *Madson v. Marbury* como origem da revisão constitucional por entender que se tratou de uma decisão política, conforme exposto acima, e também, por entender que outros casos seriam um exemplo bem mais emblemático de controle de constitucional de *Stuart vs. Laid*. SANFORD, Levinson. Por qué no ensino “Marbury” (excepto a europeos del Este) y por qué ustedes tampoco deberían. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. ano 7, n. 13, p. 137-167, 2009.

preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois. (grifo do autor).⁷⁴

Talvez por influência dessa ideia, a Constituição de 1988 apresenta poucos freios e contrapesos no Poder Judiciário, o que gera um desequilíbrio entre os três poderes, como encaremos adiante.

2.3 Breve histórico sobre os sistemas de freios e contrapesos nas Constituições brasileiras

Antes de tratar especificamente da Constituição Federal de 1988, é importante ressaltar que tanto a separação dos poderes quanto os mecanismos de freios e contrapesos existiram em todas as constituições brasileiras, em maior ou menor grau.

É importante notar, como explica Pontes de Miranda, que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, tinha em sua previsão quatro poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador), o princípio da divisão e o princípio da harmonia entre eles já existia, mas sem exigir a sua independência.⁷⁵

Com relação aos mecanismos de freios e contrapesos, que permitiram a harmonia entre os Poderes, se pode mencionar, a título elucidativo, as atribuições da Assembleia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pela Câmara dos Senadores, ou Senado, prevista no artigo 15 do documento que permitia ao Legislativo controlar as ações do Imperador.⁷⁶

A Carta de 1891, inspirada em Montesquieu, previa que "os órgãos de soberania nacional são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si". Ao contrário da Constituição de 1824, a independência dos

⁷⁴ HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, New York, n. 78, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-78.php>. Acesso em: 06 out. 2021.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário à Constituição de São Paulo de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. 1, p.i.

⁷⁶ Estas eram: (i) prestar juramento ao Imperador, Príncipe Imperial, a Regência ou Regente; (ii) eleger a Regência ou Regente e marcar os limites de sua autoridade; (iii) reconhecer o Príncipe Imperial, como Herdeiro do Trono, na primeira reunião após o seu nascimento; (iv) nomear um Guardião para o Imperador Menor, se seu pai não o tiver nomeado no Testamento; (v) dirimir quaisquer dúvidas quanto à sucessão da coroa; (vi) na morte do Imperador, ou na vacância do Trono, proceder a um exame da administração que expirou, e reformar os abusos nela introduzidos; (vii) escolher uma nova Dinastia em caso de extinção do Imperante. Ou, ainda, a competência exclusiva da Câmara para formular a acusação contra ministros de Estado e Conselheiros de Estado e do Senado, de ouvir crimes individuais cometidos por membros da descendência Imperial, ministros de Estado, Conselheiros de Estado e Senadores; e os crimes dos Deputados, durante o mandato do legislador, bem como no conhecimento da responsabilidade dos Secretários e Conselheiros de Estado.

Poderes está aqui claramente estipulada. A Constituição de 1891, excluiu o Poder Moderador para se adequar aos ideais republicanos que os constituintes acreditavam.

É interessante notar que havia uma disposição precisa de que "Ninguém pode ser simultaneamente Deputado e Senador" (art. 16, § 3º) e que "O Deputado ou Senador não pode ser Presidente ou membro de Diretoria de bancos, companhias ou empresas que se beneficiam de favores do Governo Federal previstos em lei" (art. 24). Os dispositivos mostram uma clara intenção de equilibrar forças, balancear o poder, definindo o conceito de equilíbrio de balança de Poderes.

Pode se perceber mecanismos de freios e contrapesos, também, relacionados à competência concedida ao Senado para julgar o Presidente em casos de crimes de responsabilidade, aceitação prévia da acusação pela Câmara e pelo Supremo Tribunal Federal (criada pela Constituição de 1891), no caso de crimes comuns (art. 53).

O Chefe do poder Executivo também era obrigado a convocar o Conselho Nacional em caráter de urgência (art. 48, 10). No entanto, não lhe cabe propor projetos de lei, apenas sancionar ou vetar a aprovação e publicação de leis e resoluções do congresso, que poderiam ser derrubadas por maioria de 2/3 dos presentes (art. 48,1.).

O Judiciário passou a ter o Supremo Tribunal Federal como seu órgão máximo, cujos membros eram indicados pelo Presidente e cuja condição era perdida apenas por decisão judicial e não mais por decisão do chefe do Poder Executivo. O Supremo Tribunal Federal também tinha competência para conhecer e julgar, com autorização da Câmara, os crimes comuns cometidos pelo Presidente, enquanto o Senado, com a mesma autorização, o julgava em matéria de crimes de responsabilidade.

Em suma, nas palavras de Pontes de Miranda, citando João Barbalho, a Constituição de 1891 introduziu um mecanismo tal que nenhum dos três Poderes divididos era absolutamente separado ou superior ao outro. O autor também considera que a virtude e a bondade do sistema consistem justamente na dependência recíproca que existe entre eles e nos esforços que essa dependência lhes impõe para alcançar a unidade.⁷⁷

A Constituição de 1934, por sua vez, ao tratar da separação dos poderes em seu art. 3º, alterou o texto para prever que "São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário,

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário à Constituição de São Paulo de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. 1, v. 559.

independentes e coordenados entre si”, dentro dos limites constitucionais, e não mais, como na redação da Constituição de 1891, “harmônicos entre si”.

O dever de coordenação entre os poderes foi confiado ao Senado Federal, de acordo com o Art. 88,⁷⁸ no exercício das competências previstas nos artigos 90 a 92.⁷⁹

⁷⁸ “Art. 88. Ao Senado Federal, de acordo com o art. 90, 91 e 92, compete-lhe promover a coordenação dos Poderes Federais entre si, manter a continuidade administrativa, zelar pela Constituição, colaborar na elaboração das leis e praticar os demais atos de sua competência”. BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

⁷⁹ “Art. 90. São atribuições privativas do Senado Federal: a) aprovar, mediante voto secreto, as nomeações de magistrados, nos casos previstos na Constituição; as dos Ministros do Tribunal de Contas, a do Procurador-Geral da República, bem como as designações dos Chefes de Missões diplomáticas no exterior; b) autorizar a intervenção federal nos Estados, no caso do art. 12, nº III, e os empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) iniciar os projetos de lei, a que se refere o art. 41, § 3º; d) suspender, exceto nos casos de intervenção decretada, a concentração de força federal nos Estados, quando as necessidades de ordem pública não a justifiquem. Art. 91. Compete ao Senado Federal: 1 – colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: a) estado de sítio; b) sistema eleitoral e de representação; c) organização judiciária federal; d) tributos e tarifas; e) mobilização, declaração de guerra, celebração de paz e passagem de forças estrangeiras pelo território nacional; f) tratados e convenções com as nações estrangeiras; g) comércio internacional e interestadual; h) regime de portos; navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União; i) vias de comunicação interestadual; j) sistema monetário e de medidas; banco de emissão; k) socorros aos Estados; l) matérias em que os Estados têm competência legislativa subsidiária ou complementar, nos termos do artigo 5º § 3º. II - examinar, quanto às respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais; III - propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação dos atos das autoridades administrativas, quando aplicados em desacordo com a lei ou afetados por abuso de poder; IV - suspender a execução no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando estes forem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; V - organizar, com a colaboração dos conselhos técnicos, ou os planos dos Conselhos Gerais em que a própria polícia organiza seu Regimento Interno e sua Secretaria, propondo ao Poder Legislativo a criação ou extinção de cargos e respectivos vencimentos; VII - examinar o projeto de código e codificação de leis, que deverá ser sancionado globalmente pela câmara dos Deputados; VIII - exercer as atribuições constantes do art. 8, § 3, 11 e 130. Art. 92. O plenário do Senado Federal funcionará concomitantemente ao da câmara dos Deputados. Quando o segundo for convocado para decidir um processo em que o primeiro deva cooperar, este é convocado extraordinariamente pelo seu presidente ou pelo presidente da república. § 1º Entre as sessões legislativas, a metade do Senado Federal, constituída na forma do Regimento, com representação paritária dos Estados e do Distrito Federal, funcionará como Seção Permanente, com as seguintes atribuições: I - zelar pelo respeito à Constituição quanto às prerrogativas do Poder Legislativo; II - decretar o veto presidencial, nos termos do art. 45, parágrafo 3; III - deliberação, *ad referendum* da Câmara dos Deputados, sobre o julgamento e prisão dos Deputados e sobre a Declaração do Estado de Sítio pelo Presidente da República IV - autorizar a saída deste para país estrangeiro; V - decidir sobre a nomeação de Magistrados e funcionários, nas matérias de competência do Senado Federal; VI - criar comissões de investigação, sobre determinados fatos observado o parágrafo único do art. 36; VII - Convocar extraordinariamente a Câmara dos Deputados. § 2º Quando a Câmara dos Deputados estiver em sessão extraordinária, para a qual não seja necessária a convocação do Senado Federal, cabe à seção permanente deliberar sobre a prisão e o julgamento das Senadoras e exercer as atribuições do inciso V. parágrafo anterior. § 3º Na abertura da sessão legislativa, a seção permanente apresenta à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal relatório sobre os trabalhos realizados no intervalo. § 4º No exercício de suas funções na seção permanente, seus membros recebem a mesma remuneração a que têm direito nas sessões do Senado Federal. *Ibid.*

Nas palavras de Carlos Simões, a Constituição de 1934, “No artigo 88º, atenuava o regime presidencialista, inicialmente instituído na Constituição de 1891, no modelo liberal, em que era claro e rígida a separação dos três poderes, que, até então, “harmônicos”, devem estar ‘ coordenados entre si ’”. Para tanto, designou o Senado como órgão dessa coordenação, conferindo-lhe caráter parlamentar, além da mera participação legislativa (art. 91).⁸⁰

O Ministério Público e o Tribunal de Contas aparecem ao lado do Senado Federal no capítulo V, que trata da coordenação de Poderes, como órgãos de cooperação na atividade governamental, cabendo à Procuradoria-Geral da República comunicar a decisão ao Senado Federal para declaração de inconstitucionalidade de lei nos termos do art. 91, IV, bem como ao órgão Legislativo ou Executivo de que se originou a lei ou ato (art. 96), e ao Tribunal de Contas, para fiscalizar a execução do orçamento e das contas da entidade ou encargo público de avaliação patrimonial (art. 99).

Para revogar o veto Presidencial, tornou-se necessária a deliberação da maioria absoluta dos membros da Câmara e do Senado. Pela primeira vez, foi prevista a Comissão Parlamentar de Inquérito, que atribui a função fiscalizatória ao Poder Legislativo.

Vale citar também a criação da Corte Suprema, em substituição ao Supremo Tribunal Federal, prevista na Constituição anterior, e a criação de um controle concentrado de constitucionalidade, “o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não ocorreria apenas incidentalmente, no decorrer de uma determinada demanda, mas, também, no âmbito de um pedido em decorrência de uma provocação que tem por objeto a própria declaração de constitucionalidade da lei que expressa a intervenção federal”.⁸¹ De fato, a Constituição de 1934 tornou-se um marco no controle de constitucionalidade concreto ao predizer a representação interventiva.⁸² O controle de Constitucionalidade Concentrado inicia a possibilidade

⁸⁰ SIMÕES, Carlos. *Teoria e crítica dos direitos sociais: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Cortez, 2013.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 336.

⁸² “Art. 12. A União não intervirá nos assuntos dos Estados, exceto: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais constantes das letras “a” a “h” do art. 7º, nº I, e observância das leis federais; [...] § 2º Ocorrendo o primeiro caso do inciso V, a intervenção só será realizada depois que o Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador-Geral da República tiver conhecido a lei que a fez promulgar e terá declarado a sua constitucionalidade”. BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático [...]. Brasília, DF: Presidência da

de controle judicial de atos normativos. Este que é um passo muito importante para o equilíbrio dos Poderes.

Ressalte-se, a esse respeito, que a Emenda de 5 de setembro de 1926, à anterior Constituição de 1891, já havia instituído o controle difuso de constitucionalidade, ao conferir poderes aos juízes e tribunais para processar e julgar as causas em que as partes tenham fundado a ação ou defesa sobre dispositivos da Constituição Federal. Portanto, tem sido garantida aos tribunais autonomia na interpretação e discussão das normas declarando-as constitucionais ou inconstitucionais conforme o caso, podendo deixar de aplicar determinadas leis caso viole o texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal também tem competência, com autorização da Câmara dos Deputados, para julgar o Presidente da República seus Ministros e o Procurador-Geral da República, nos crimes comuns.

Por fim, vale destacar a criação da competência de julgar as contas do Presidente pelo Poder Legislativo, com a criação do Tribunal de Contas, o que era uma novidade na constituição brasileira vigente, bem como a competência para processar e julgar os crimes de responsabilidade compartilhada não exclusivamente pelo Legislativo, mas pela participação do Poder Judiciário.

A Constituição de 1937 foi inspirada nos ideais de Francisco Campos, que compreendia que a Constituição não poderia ser obra de combinação, ajuste ou coordenação parlamentar ou obra especulativa de ideologia. Ao contrário, deveria ser um trabalho político direto, prático e simples, cujo objetivo é concentrar o poder nas mãos de uma pessoa - o Chefe da Nação – sobretudo em razão das instabilidades políticas e da ameaça comunista.

Impressa com esse espírito, a Carta de 1937 concentra poderes praticamente ilimitados nas mãos do Presidente, Chefe do Executivo Federal, atribuindo-lhe a competência, além de coordenar as atividades dos órgãos representativos de nível superior, dirigir a política interna e externas, promover ou orientar a política legislativa de interesse Nacional e fiscalizar a administração do país, promulgar decretos-lei em matéria de competência legislativa da União quando o Parlamento não se reúne.

Como a nova Constituição havia dissolvido a Câmara dos Deputados e o Senado Federal e as eleições para a nova composição seria marcada pelo Presidente

da República em data que ele definiria, após o término do plebiscito a que se refere a nova Carta e, sendo devidamente aprovada, o Presidente pode legislar sobre todas as matérias de competência da União.

A disciplina do Poder Legislativo na Constituição de 1937 poderia criar um mal-entendido de que existia um sistema equilibrado e igualitário entre os Poderes Executivo e o Legislativo, no entanto, dez dos membros do Conselho Federal (órgão que substituiu o Senado Federal na Constituição de 1937) seriam determinados pelo Presidente da República e, os demais, pelo Poder Legislativo.

Além disso, deve-se observar que o art. 13 autorizou o Presidente da República, durante os recessos do Parlamento, que funciona apenas quatro meses por ano, por necessidade do Estado, a expedir decretos-lei sobre matéria de competência legislativa da União, com algumas exceções.

Em tese, o Legislativo ainda teria que aprovar tratados e convenções internacionais assinados pelo Presidente, no entanto, o chefe do Executivo pode impor, provisoriamente, sem referendo Parlamentar, no interesse do país, que obviamente era caracterizado por seu juízo de discricionariedade, a aprovação de tais convenções e tratados.

Pode se dizer o mesmo quando da declaração de guerra, pois, para tanto, de forma geral, depende da aprovação do Poder Legislativo, mas, poderia ser dispensado em caso de agressão ou invasão estrangeira. Além disso, para declarar o estado de guerra ou emergência, também era excluída a autorização do Poder Legislativo.

Vê-se, portanto, que a Constituição de 1937 desequilibrou completamente a equidade entre os Poderes, conferindo ao Executivo o controle quase total dos atos do Legislativo e do Judiciário.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, por outro lado, restabeleceu a separação dos poderes com a previsão de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, seriam independentes e harmônicos entre si, eliminando assim, a terminologia utilizada Constituição de 1934, que fala sobre coordenação.

De qualquer forma, a Constituição de 1946 previa a vedação expressa à delegação de atribuições dos Poderes. O bicameralismo legislativo foi restabelecido, inclusive com o restabelecimento da competência do Senado, como órgão do Poder Legislativo. Mantém-se a competência da Câmara dos Deputados para a tomada de contas do Presidente da República, bem como para a decisão de procedência ou

improcedência da acusação contra o chefe do Executivo em matérias de crimes de responsabilidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal julgá-lo em primeira instância em casos de crime comum e ao Senado Federal nos casos de crimes de responsabilidade.

Manteve-se o controle difuso de constitucionalidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal analisar, no âmbito do recurso extraordinário, as decisões sobre a validade de lei federal em face da Constituição, quando a decisão recorrida negou vigência à lei ou ato.

Pela reforma constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, foi introduzido, expressamente, o controle abstrato das normas perante a Supremo Tribunal Federal, este mais amplo do que aquele relativo à ação intervencionista, dando nova redação ao inciso “k” do art. 101, I, da Constituição de 1946, a Emenda determinou que cabe ao STF conhecer e julgar, originariamente as demandas contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, expedida pelo Procurador-Geral da República que passou a ter competência privativa para tal. Consequentemente, sem abandonar o modelo norte-americano de controle difuso, adotou-se o modelo austríaco de controle concentrado.

No entanto, quando aplicado o Golpe de 1964, a Constituição de 1946 passou a incluir em seu texto uma série de alterações feitas pelos militares, de modo que não refletia mais os ideais que existia até então, levando assim, ao enfraquecimento e perda de autoridade da Carta de 1946. Ainda mais com a edição dos Atos Institucionais, que dotaram o poder Executivo de poderes excepcionais. De fato, pode-se dizer que naquele interim a Constituição de 1946, embora formalmente vigente, já não o era do ponto de vista material, pois as mudanças introduzidas pelo movimento revolucionário haviam sido substancialmente modificadas.

A redação puramente formal da Constituição de 1967 foi uma forma de legitimar a ditadura já instalada, visto que o Poder Executivo já havia recuperado sua posição de soberania perante os Poderes Legislativo e Judiciário, que junto com a sociedade civil tornaram-se meros espectadores das medidas tomadas pelos militares.

A Constituição de 1967 previu pela primeira vez a possibilidade de promulgação de leis delegadas, bem como a possibilidade de o Presidente da República iniciar legislação regulando todas as matérias e, podendo ainda, exigir provimento emergencial nas deliberações do Poder Legislativo da República.

No mesmo sentido, ficou estabelecida a competência do Presidente da República para a elaboração dos decretos-lei, bem como a delimitação das matérias da sua iniciativa, que lhe eram atribuídas exclusivamente. Segundo José Afonso da Silva, a Constituição de 1967 "revelou-se fortemente influenciada pela carta Política de 1937, cujas principais características adotou".⁸³

Em 13 de dezembro de 1968, foi publicado o AI 5 (Ato Institucional nº 5), que efetivamente rompeu com a ordem constitucional, seguido de uma dezena de leis complementares e decretos-lei que acabaram com a separação dos poderes e retiraram os freios e contrapesos do Sistema.

Superada a fase ditatorial de nosso sistema político, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição de 1988, conhecida como "Constituição Cidadão" restabeleceu a separação dos poderes, assim como, trouxe de volta os mecanismos de freios e contrapesos. Além de ter trazido longa lista de direitos fundamentais⁸⁴, chegando mesmo a elevá-los ao patamar de cláusulas de pétrea, previu no subtítulo I, que trata dos Princípios Fundamentais, a separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tornando-os imune a qualquer alteração, até mesmo por reforma constitucional.

Por fim, antes de abordar o estudo dos mecanismos de freios e contrapesos, cabe, mais uma vez, especificar que a intenção deste trabalho é analisá-los, um a um, mas não apenas uma análise quantitativa, mas também qualitativa. Para que assim, possamos observar se existe ou não a aludida vantagem do Poder Judiciário em face

⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 89.

⁸⁴ Apesar do título II da Constituição Federal tratar especificamente dos direitos e garantias fundamentais, o que inclui direitos e obrigações individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, é possível encontrar direitos fundamentais em artigos dispersos na Constituição Federal, que não faz parte do título II. Essa possibilidade decorre da adoção do critério substantivo para determinação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, os direitos fundamentais se aplicam ao longo da Constituição Federal, mesmo que não estejam consagrados no subtítulo II por causa de sua natureza especial. Em primeiro lugar, porque a própria Constituição Federal prevê que os direitos aqui enumerados não são completos (art. 5º § 2º, CF/1988). Em segundo lugar, porque segundo as lições de Vidal Serrano Nunes Jr., o caráter fundamental dos direitos está umbilicalmente ligado às suas características materiais e não com a posição geográfica na Constituição. O critério material permite qualificar um direito como fundamental a partir da identificação de três valores em sua essência: liberdade, democracia política e democracia econômica e social, todos derivados da dignidade da pessoa humana, vinculados à integração do indivíduo na sociedade. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

dos Poderes Executivo e Legislativo, no que diz respeito a aplicação dos freios e contrapesos dispostos em nossa Constituição.

3 OS PODERES DA REPÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANALISANDO FREIOS E CONTRAPESO

Passamos agora a uma análise dos freios e contrapesos os quais os Poderes da República submetem um ao outro.

3.1 O Poder Executivo

Com o fim da ditadura militar em nosso sistema político, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A, chamada Constituição "Cidadã" de 1988, restaurou a separação dos poderes, assim como os mecanismos de freios e contrapesos, incorporando sob este título vários deles, conforme abordado no estudo sobre freios e contrapesos na Constituição brasileira em tópicos anteriores.

Além de ter trazido um extenso rol de direitos fundamentais⁸⁵, chegando a elevá-los ao patamar de cláusulas pétreas, assim, previu no Título I, que trata dos Princípios Fundamentais, a separação dos poderes independentes e harmônicos entre si, tornando assim os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário imune a qualquer alteração, até mesmo através de emenda constitucional.

A separação dos poderes, como tivemos oportunidade de analisar, refere-se à definição de funções e deveres do Estado operado por distintos órgãos, para que haja concentração de poder nas mãos de apenas um órgão ou indivíduo. Tal separação deve ser exercida respeitando, ao mesmo tempo, a independência e harmonia entre eles.

A Independência entre os Poderes significa que para os que órgãos possam exercer as atribuições que lhes são próprias, os titulares renunciam a os poderes

⁸⁵ Apesar do Título II da Constituição Federal tratar especificamente dos direitos e garantias fundamentais, que inclui direitos e obrigações individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, é possível encontrar direitos fundamentais em artigos dispersos na Constituição Federal, que não faz parte do Título II. Essa possibilidade decorre da adoção do critério substantivo para determinação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, os direitos fundamentais se aplicam ao longo da Constituição Federal, mesmo que não estejam consagrados no Título II em razão de sua natureza especial. Em primeiro lugar, porque a própria Constituição Federal dispõe que os direitos aqui enumerados não são completos (art. 5º § 2º, CF/1988). Em segundo lugar, porque segundo as lições de Vidal Serrano Nunes Júnior, a natureza dos direitos está imbricada com suas características materiais, e não com sua localização na Constituição. O critério material permite qualificar um direito como fundamental a partir da identificação de três valores em sua essência: liberdade, democracia política e democracia econômica e social, todos derivados da dignidade da pessoa humana, vinculados à integração do indivíduo na sociedade. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

alheios para a realização de sua própria atribuição. A independência confere também a liberdade de exercício dos respectivos poderes, porém, apenas com a necessidade premente de obediência com as disposições constitucionais.

A harmonia entre os poderes pressupõe, além do respeito mútuo pelos poderes alheios⁸⁶, sem prejuízo de sua competência, a necessidade de que estes façam parte da ingerência que a própria Constituição lhes impõe, como forma de instaurar um sistema de freios e contrapesos. Embora a Constituição de 1988 não se refira expressamente ao vocábulo “freios e contrapesos”, este sistema é entendido pela necessidade de uma relação harmoniosa que deve existir entre os poderes, conforme estabelecido no art. 2º, e, como se verá, em diversos outros dispositivos constitucionais.⁸⁷

As seguintes observações de Joaquim Falcão ao comentar o art. 2º da Constituição Federal:

E o que fica evidente é que os constituintes projetaram a estrutura institucional do poder para garantir a autonomia no desempenho geral de suas funções. Ao proporcionar um alto nível de independência na gestão administrativa e finanças. Mas tempera-o prescrevendo outras atribuições, muitas das quais mutuamente controladas, e cujo conjunto forma, com as regras primárias, um verdadeiro sistema de integração e cooperação, predestinado a assegurar um equilíbrio dinâmico entre os órgãos em benefício do alcance último, do qual é a garantia da liberdade. Essa estrutura normativa é uma expressão natural dos princípios da arquitetura política de freios e contrapesos. A Constituição rejeita qualquer exegese que reduz a independência dos poderes a um valor absoluto, o que aliás é completamente alheio aos

⁸⁶ Como apêndice, deve-se notar que João Barbalho considerou freios e contrapesos outros métodos de contenção do poder como defensores dos princípios da República (que refuta o jargão “*The king can no wrong*”), que não apenas aqueles existentes entre os três Poderes: Executivo, Legislativo e o Judiciário. Para o autor, também são freios, além dos existentes entre os Poderes, o freio dos Estados Federados aos possíveis excessos do Governo Federal, os exercidos dentro do próprio Legislativo, em relação a Câmara de Deputados e o Senado, e aqueles exercidos pelo próprio povo, que abre espaço para a renovação de mandatos (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. 1, p. 560). Porém, como o objeto do estudo é observar que ao comparar os mecanismos de freios e contrapesos existentes entre os três Poderes, exista uma dominância do Poder Judiciário para com os demais Poderes, assim, não parece interessante seguir tal classificação, até porque não há freios “populares” imposto ao Poder Judiciário.

⁸⁷ O mecanismo de freios e contrapesos está presente em todas as nossas Constituições, não é exatamente representado pelas próprias instituições, e nem sempre com a mesma intensidade, mas está sempre presente. Fides Omatti nos lembra que durante a Assembleia Constituinte de 1823, o Imperador se declarou a favor de uma Constituição que adotasse três Poderes bem divididos, porém, que tivessem uma organização e fosse coordenada de uma forma que se tornou-se impossível, mesmo com o decorrer do tempo, que se tornassem inimigos. OMATTI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 14, n. 55, p. 55-82, jul./set. 1977.

teóricos da sua fórmula e contrariaria a ideia que a concebeu como instrumento político-liberal.⁸⁸

Assim, se é verdade que o Poder Executivo deve aplicar a lei *ex officio*, o Poder Legislativo deve inaugurar o ordenamento jurídico por meio de atos gerais e abstratos, cabendo ao Poder Judiciário julgar definitivamente as disputas, não é menos verdade que eles também devem exercer suas funções atípicas, muitas das quais voltadas para a proporcionar a harmonia entre os três Poderes.⁸⁹ Assim, para que a separação dos poderes se mantenha harmoniosamente, é necessário predizer diversos mecanismos, alcançando a harmonia e o equilíbrio de poderes, denominados *checks and balances*.

Seguirá, portanto, o estudo do sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição de 1988, analisando cada um dos três Poderes sob este viés, recordando que o povo, figurado pelo Poder Constituinte Originário, que culminou na aprovação da Constituição de 1988, é o maior e mais importante meio de verificação de possíveis abusos cometidos por titulares provisórios do poder.

Embora nenhuma diferença entre os mecanismos de freios e contrapesos foi encontrada na Doutrina Pátria, parece importante para os intentos de sistematizar os estudos dos mecanismos de freios e contrapesos contido na Constituição de 1988, implementar os conceitos mencionados acima.

Portanto, os mecanismos de controle recíprocos serão divididos em freios e contrapesos, sendo que cada um dos quais será atribuído um conceito diferente. Assim, um mecanismo de freio é entendido como um instrumento de neutralização que permite que um Poder tenha a possibilidade de para a ação de outro Poder. Por contrapesos entendemos todas as medidas que podem equilibrar as ações entre os órgãos dotados de funções estatais, atos e medidas de um Poder por meio da influência de outro(s) Poder(es) no processo decisório, que através de sua participação, mas não neutralização na ação do outro Poder, mas participando da tomada de decisão deste.

⁸⁸ FALCÃO, Joaquim. Separação dos poderes e independência do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 253-274, jan. 2006.

⁸⁹ É importante observar que mecanismos de freios e contrapesos podem representar funções atípicas dos Poderes, sem haver reciprocidade deste pensar, há atividades atípicas que não significam mecanismos de freios e contrapesos, como a inerente atribuição de Poder Executivo de processar e julgar litígios no escopo das Agências Reguladoras. Por outro lado, nem todos os freios e contrapesos são atípicos. Como se notará adiante, a atividade típica do Poder Judiciário é controlar os atos produzidos pelos demais poderes.

Também parece importante elucidar que os freios e contrapesos, com base nas definições acima, podem ser exercidos diretamente, caso em que incidem sobre uma atividade típica de um determinado Poder, e indiretamente, caso em que afetam apenas atividades típicas indiretamente.

Por fim, antes de abordar o estudo dos mecanismos de freios e contrapesos, cabe, mais uma vez, especificar que a intenção deste trabalho é analisá-los, um a um, mas não apenas uma análise quantitativa, mas também qualitativa. Para que assim, possamos observar se existe ou não a aludida predominância do Poder Judiciário em face dos Poderes Executivo e Legislativo, no que diz respeito a aplicação dos freios e contrapesos dispostos em nossa Constituição.

3.1.1 Freios e contrapesos exercidos pelo Poder Executivo sobre o Poder Legislativo

Este item examina os mecanismos de controle exercidos direta ou indiretamente pelo Poder Executivo em face do Poder Legislativo.

3.1.1.1 *Participação no processo legislativo*

Função atípica do Poder Executivo que caracteriza mecanismo de freios e contrapesos é a capacitância de participar, tanto no início, quanto no final do processo legislativo, influir ou mesmo determinar seu resultado.

Por definição de freios e o que são contrapeso, podemos referir que o envolvimento do Poder Executivo no processo legislativo ora se trata de freios e ora se trata contrapesos. Tudo sinaliza que o mecanismo mais relevante é o direito ao veto.

A palavra veto encontra sua origem em Roma, justamente em um período de luta da plebe contra o domínio do poder pela aristocracia, quando se decidiu instituir os tribunos da plebe, que tinham o poder de suspender a execução dos decretos do Senado ou as ordens de outras autoridades. Essa possibilidade de suspensão é chamada de direito de veto.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, “veto é o ato pelo qual um indivíduo ou órgão impede temporária ou imediatamente que outro aplique sua decisão”.

O veto, portanto, não existe apenas entre as atribuições do Poder Executivo, a fim de exercer controle sobre os atos do Legislativo. Ele existe e pode ser exercido

também em outras áreas, como a possibilidade de os membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas vetarem as questões ali expostas, ou mesmo o veto popular adotado em algumas democracias semidiretas, que viabiliza a participação popular por meio de consulta aos eleitores sobre as leis sancionada pelo legislativo.

O que interessa aqui, porém, é o veto do Poder Executivo, que pode ser definido mais concretamente como um ato expresso do Chefe do Poder Executivo para exercer seu direito de se recusar a sancionar um projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. O veto é, portanto, uma das diversas técnicas de controle do exercício político, que garante a existência e o funcionamento do Estado de Direito.

Carlos Maximiliano, referindo-se aos ensinamentos de Hamilton, argumenta que o direito de veto

[...] serve não apenas como um escudo protetor para o Poder Executivo, mas também oferece uma nova garantia contra a promulgação de leis ruins. Ele impõe ao legislador uma restrição salutar destinada a proteger a nação dos efeitos das frações, imprudência ou outros ímpetus contrapostos ao interesse público e forte o suficiente para influenciar a maioria no Congresso.⁹⁰

Tal instrumento está expressamente previsto no art. 64, § 1º, em conjugação com o art. 84, V, ambos da Constituição Federal.⁹¹ O Chefe do Executivo pode vetar o projeto de lei em razão de o projeto ser contrário ao interesse público e, nesse caso, o que se entende por interesse público fica a critério da administração ou, ainda, pela inconstitucionalidade do projeto de lei, configurando, no caso, uma modalidade de controle preventivo de constitucionalidade, como no caso da análise de constitucionalidade de determinado projeto de lei efetuado pela Comissão de Constituição e Justiça das Casas Legislativas.

Ressalte-se que o silêncio do Chefe de Poder Executivo, no prazo de 15 dias, contados do recebimento do projeto de lei pela Casa Legislativa, não constitui veto ao projeto, mas sua sanção, conforme preconiza o § 4º do art. 64 CF/1988. Parece lógico que o exercício de moderação do executivo sobre o legislativo deva ser devido à ação não à omissão ou inação.

⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas, 1948. v. 2, p. 180-181.

⁹¹ Além disso, deve-se notar que a constituição de 1891 prevê o direito de veto, mas, sem possibilidade de o legislativo revisá-lo.

Além disso, o veto deve ser sempre motivado, para que assim, as justificativas expostas pelo Chefe do Poder Executivo sejam levadas em consideração pelo Congresso Nacional no reexame do projeto vetado.⁹² Por fim, parece importante mencionar que projetos de emendas constitucionais não serão objeto vetos.

A questão levantada na doutrina diz respeito à natureza jurídica do direito de veto, se trata de um ato de natureza legislativa ou um ato autônomo do Poder Executivo. Pode-se argumentar que o veto faz parte do processo legislativo, então, como a lei é resultado de um ato complexo, o veto faz parte do processo legislativo, de formação da própria lei.⁹³ Para Navarro de Britto, o veto é uma prerrogativa concedida a outro órgão que não o responsável por fazer as leis; mas, sendo participe do processo legislativo e, restringindo-se a rejeitar as disposições aprovadas pelo Poder Legislativo. Tal prerrogativa tem o condão de paralisar a adoção de uma lei, opondo-se à aprovação de seu projeto, de modo que não há lei antes que o titular do direito de veto a tenha exercido.⁹⁴

Outros entendem que os poderes de veto dizem respeito a funções executivas e, portanto, ato autônomo, independente do processo legislativo.⁹⁵ Pauperio refere, em adição, que a maioria dos publicistas o interpretem como um ato legislativo, embora Montesquieu o tenha concebido como um ato executivo.⁹⁶

Há países, como a Polônia, onde o veto é definitivo; outros, como o próprio Brasil, onde o veto é relativo ou superável⁹⁷ e pode ser revisto pelo Congresso

⁹² Nas palavras de Alexandre de Moraes, o veto “*Há de ser sempre motivado, a fim de que se conheçam as razões que conduziram à discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público ou, até se por ambos os motivos. Esta exigência decorre da necessidade do Poder Legislativo, produtor último da lei, de examinar as razões que levaram o Presidente da República ao veto analisando-as para convencer-se de sua manutenção ou de seu afastamento, com a conseqüente derrubada do veto*”. MORAES, Alexandre. Presidencialismo. A evolução do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo. *Revista dos Tribunais*, Brasília, DF, v. 817, p. 731-750, nov. 2003.

⁹³ Alexandre de Moraes, citando os ensinamentos de Cooley, argumenta que a Constituição Estado-Unidense dotou o Presidente com as funções do terceiro ramo da legislatura. “o Poder é Legislativo, não Executivo, e as questões apresentadas a sua apreciação são exatamente as mesmas que as duas Câmaras do Congresso devem determinar em passar um projeto”. *Ibid.*, p. 731-750.

⁹⁴ BRITTO, Luiz Navarro de. *O veto Legislativo*. Estudo comparado. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Negócio Interior. Serviço de documentação, 1966.

⁹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 21, n. 83, p. 153, jul./set. 1984.

⁹⁶ PAUPERIO, A. Machado. Veto II. In: FRANÇA, Ricardo Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 77, p. 154-158.

⁹⁷ MORAIS, *op. cit.*, p. 731-750.

Nacional, por deliberação da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em sessão conjunta.⁹⁸

Assim, o veto pode, conforme seja ou não revisto pelo Congresso Nacional, resultar em atividade executiva ou legislativa, configurando-se respectivamente em freios ou contrapeso, conforme definição trazida anteriormente. Elucidando: se o veto do Presidente não for revisto, pode ser considerado como um freio, já que foi um ato capaz de neutralizar uma decisão tomada anteriormente e, nesse caso, poder ser classificado como um ato autônomo, decorrente do exercício da função executiva. Se o veto for revisado pelo Congresso Nacional, ele exercerá função de contrapeso no processo decisório do legislador e, no caso específico, tratando-se de atividade legislativa, á integrando. Como demonstrado, o veto ora funcionará como freio, ora como contrapeso, dependendo das circunstâncias que o envolvem.

Quanto aos demais atos produzidos pelo Poder Executivo, que concorrem para a formulação legislação final, parece-nos que se trata de contrapesos. Esses atos concorrem e contribuem para a legislação, juntamente com os representantes do Poder Legislativo, mas sem a ingerência ou neutralização proporcionada pelo veto. Ou seja, figuram um mecanismo de equilíbrio no processo decisório, mas não uma medida institucional capaz de neutralizar a decisão de outro Poder. Tais atos são a iniciativa a projetos de lei,⁹⁹ bem como projetos de emenda à Constituição, sanção e promulgação da lei.¹⁰⁰

⁹⁸ Art. 57, § 3º, IV ao Art. 47. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

⁹⁹ "Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva". BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁰⁰ "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] II - do Presidente da República". *Ibid.* Como contrapeso a ser exercido pelo Executivo defronte ao Legislativo, não é mencionado o pedido de urgência do projeto de lei de iniciativa do Presidente da República. Isto

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filha, a iniciativa é o direito de propor leis e submeter projetos às autoridades competentes.¹⁰¹

Inicialmente, pelas características atribuídas à lei, como simples instrumento de limitação das liberdades individuais, e não como instrumento de governo, sua iniciativa não foi concedida ao Poder Executivo pela Constituição Francesas de 1791 e pela Constituições Norte-Americanas de 1787. No entanto, a percepção de que a lei é um meio de traduzir os ideais políticos em lei, exigia a participação no processo de formação do Poder Executivo.

Em todo o caso, as matérias suscetíveis de serem objeto de iniciativa legislativa do Poder Executivo encontram-se expressamente enumeradas e correspondem, na sua maioria, às competências do Poder Executivo, entendido como a organização geral da administração. Quanto à iniciativa de reforma da Constituição, qualquer questão pode ser suscitada pelo Presidente da República assistidas as limitações circunstanciais (estado de sítio, defesa ou intervenção federal) e materiais que, diferentemente da iniciativa de leis, são impostas a todo que possuem iniciativa de emendas.

porque, apesar de configurar certa intervenção no processo legislativo, revelou-se estritamente formal, não contribuindo materialmente para a formação da legislação. Uma ressalva adicional deve ser feita quanto à questão da Medida Provisória e da lei delegada: embora típicas das tarefas legislativas realizadas pelo Poder Executivo de forma atípica, configurando a ingerência do Executivo no Legislativo, o estudo dessas figuras será melhor abordada de forma mais didático no ponto em que tratará dos mecanismos de freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo, justamente porque aqui nos propomos a estudar os meios de controle político: mecanismos de freios e contrapesos, ao invés do exercício de funções atípicas dos Poderes. Além disso, a Constituição de 1988 atribuiu, expressamente, ao Poder Executivo o poder de editar Medidas Provisórias e leis delegadas, em ambos os casos o controle foi exercido pelo Poder Legislativo e não o contrário. O que se quer dizer é que os mecanismos de freios e contrapesos, nesses casos, quando se trata de exercer função legislativa de forma atípica, são atribuídos ao próprio poder legislativo, como se notará, pois a atribuição de legislar nesses casos é transferido para o Poder Executivo. Os ensinamentos de José Levi Mello do Amaral Júnior parecem convergir para a conclusão anterior, haja vista que a medida provisória "é ato normativo primário e provisório - circunscrito à esfera de competência exclusiva do Presidente da República tendo força, eficácia e valor de lei. Em suma, é materialmente a lei. Na prática a medida provisória funcionou - e continua funcionando - como um projeto de lei de eficácia antecipada, circunstância que inevitavelmente impõe a necessidade de pronunciamento parlamentar" (AMARAL, José Levi Mello. *Medida provisória: edição e conversão em lei. Teoria e a prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 106). No mesmo sentido apontam as lições de Anna Cândida Cunha Feras, quando ela argumenta que a delegação legislativa consiste na transferência de poderes legislativos temporários e excepcional (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: poder do congresso de suspender atos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 100). E, finalmente, os ensinamentos de Donald Robison, citado por Alexander de Moraes, é que "o presidente se tornou chefe legislador, não por usurpação, nem mesmo por negligência congressual ou por aquiescência pacífica, mas por delegação positiva congressual". MORAES, Alexandre. *A evolução da atuação do Presidente da República. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 609.

¹⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

Também é necessário tratar dos atos de promulgação e sanção realizados pelo Poder Executivo, que se caracterizam como contrapeso às deliberações já tomadas pelo Poder Legislativo, uma vez que contribuem para a conclusão final do processo legislativo.

A sanção prevista no art. 66, *caput*, da Constituição Federal, é disciplinada da seguinte forma: “A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.”¹⁰². O ato sancionatório tem a função de implementar o projeto de lei do legislador.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as sanções fundem-se a vontade do Poder Legislativo, de um lado, e do Poder Executivo de outro, que cuja conjunção o constituinte quis que resultasse a lei ordinária. “Somente as sanções podem aperfeiçoar o processo de elaboração desse tipo de ato normativo”.¹⁰³

A sanção como aprovação do projeto de lei apresentado pelo Congresso ao Presidente da República - e não o contrário, como no caso do veto - pode ser tácita caso o Chefe do Executivo não se manifeste expressamente sobre o projeto no prazo de 15 (quinze) dias úteis, de modo que, a não manifestação, a lei se torna perfeita e completa.

No que diz respeito à promulgação, embora ocorra quando o ato normativo já foi finalizado e concluído, representa uma etapa na consolidação da eficácia do ato normativo, cabendo, portanto, ao Poder Executivo a responsabilidade de contribuir para a comprovação de sua validade e exequível no ordenamento jurídico, sem o que não produziria qualquer efeito.¹⁰⁴

De todo modo, tal ato de promulgação apenas revela um contrapeso, pois a ausência de promulgação pelo Presidente da República não tem poder para impedir que a lei seja perfeita e produza seus efeitos. Desta forma, se não o fizer no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o Presidente do Senado, ou seu Vice-Presidente, o fará.¹⁰⁵

¹⁰² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 236.

¹⁰⁴ Fica rescindida a publicação da lei, embora seja condição para sua eficácia, pois não está regulamentada na Constituição Federal, mas nas Normas de introdução ou Direito Civil. Sabe-se que a publicação é de responsabilidade da autoridade que a edita, mas essa regra não está expressa em nenhum lugar, apenas pela necessidade de publicar a promulgação. *Ibid*.

¹⁰⁵ “Art. 66. [...] § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo”. BRASIL, *op. cit.*

3.1.1.2 Nomeação de autoridade

Outro contrapeso que o Poder Executivo exerce sobre o Poder Legislativo é a prerrogativa de que dispõe para nomear Ministros para o Tribunal de Contas. Com efeito, embora tal contrapeso não seja exercido sobre a própria atividade legislativa do Poder Legislativo, haja vista que, como encaremos, o Tribunal de Contas não está em relação de subordinação com o Poder Legislativo, é preciso observar que o Congresso possui uma atividade de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, cabendo ao Tribunal de Contas subsidiá-lo nessa área, conforme disposto no art. 71 da Constituição Federal.

Entrementes, a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de indicar 1/3 dos Ministros do Tribunal de Contas da União, sujeito a parecer favorável do Senado Federal, para indicar alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, configura um mecanismo de equilíbrio na composição do Tribunal que auxilia o Congresso Nacional a julgar as contas do Poder Executivo. Vale ressaltar que a existência do mecanismo de controle se dá pela possibilidade de nomeação de um Ministro que comporá a Corte de Contas e que, portanto, terá influência nas decisões do Tribunal.

Tendo já tido a oportunidade de se pronunciar, o Tribunal de Justiça Federal assume que:

Os Tribunais de Contas possuem a atribuição, constitucionalmente estabelecida, de auxiliar o Legislativo no controle da execução do orçamento público e de emitir parecer final sobre as contas da Administração Pública. Visando concretizar o sistema de freios e contrapesos e viabilizar a natureza eminentemente técnica desempenhada por esses órgãos, o constituinte disciplinou modelo heterogêneo de composição, e o fez em dois níveis: partilhou a formação, consoante a autoridade responsável pela indicação, entre os Poderes Legislativo e Executivo (artigo 73, § 2º, incisos I e II) [...]. Assim, o Constituinte preconizou a formação dos Tribunais de Contas em dois passos: a partilha interpoderes, fundada no princípio da separação dos poderes, e a intrapoder, no caso, no âmbito das indicações do Executivo, motivada pela necessidade de conferir expertise e independência ao órgão.¹⁰⁶

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no recurso extraordinário 717.424 Alagoas*. Tribunal Pleno. Recorrente: Fernando Ribeiro Toledo. Recorrido: Associação Nacional do Ministério Público de Contas, AMPCON. Rel. Min. Marco Aurélio. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3883091>. Acesso em: 10 nov. 2022.

3.1.2 Freios e contrapesos exercidos pelo Poder Executivo sobre o Poder Judiciário

Este item examina os mecanismos de controle exercidos direta ou indiretamente pelo Poder Executivo em face do Poder Judiciário.

3.1.2.1 Nomeação de autoridade

Um contrapeso que o Poder Executivo exerce sobre o Poder Judiciário é a possibilidade de nomeação dos membros que irão compor os diversos Tribunais. Com efeito, a independência do Poder Judiciário é total quanto ao exercício de suas funções, mas relativa quanto à composição dos Tribunais, desde a nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal, de um terço do Tribunal Superior de Justiça e um quinto dos membros dos demais Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitoral, responde, por decisão Constitucional¹⁰⁷, ao Presidente da República.

Quanto à escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República tem o direito de escolhê-los todos, desde que atendam aos pré-requisitos de respeitabilidade e notório conhecimento jurídico e, ainda, desde que superada a sabatina do Senado Federal.

Nos demais tribunais citados, a escolha do Chefe do Poder Executivo se dará em três momentos diferentes entre membros do Ministério Público e advogados, tendo os escolhidos reputação ilibada e notável saber jurídico. Para que os advogados e promotores sejam finalmente nomeados pelo Chefe do Executivo para os cargos judiciais vagos, estes candidatos devem ser inscritos no respectivo órgão competente que represente a classe ou função (Conselho Seccional ou Federal da OAB ou Colégio de Procuradores). Estes órgãos, em um primeiro momento, produzirão uma lista sêxtupla e apresentarão ao Tribunal cuja exista vaga em aberto. Superada tal etapa onde o próprio Poder Judiciário efetua esse primeiro filtro, a lista tríplice será remetida ao Chefe do Poder Executivo, que escolherá um dos candidatos.

Como ensina Gilberto Bercovici ao mencionar os critérios constitucionais que vinculam a indicação feita pelo Presidente da República na escolha dos integrantes

¹⁰⁷ arts. 84, XVI, 94, 101, 104, 107, 111-A, 115, 119, II, 120, § 1º, III, e 123. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

da lista tríplice para o Tribunal Federal, consiste na exteriorização do princípio da harmonia entre os Poderes da República. Referindo-se ao ministro Gilmar Ferreira Méndez em seu parecer, assevera que a escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, de prerrogativa do Presidente da República, é uma função institucional muito importante que faz parte do processo de legitimação política dos órgãos judiciários superiores.¹⁰⁸

No seu comentário ao instituto do quinto constitucional, Francisco Peçanha Martins alerta para o seu papel renovador e reciclador na composição dos Tribunais, uma vez que, através da participação de advogados e membros do Ministério Público com diferentes experiências jurídicas, permite uma visão alargada das realidades da vida social, a sagacidade e a firmeza na defesa das teses jurídicas bem como a necessária oxigenação dos Tribunais através da presença dos “cavaleiros andantes do direito, advogados e promotores”¹⁰⁹, sendo essa uma “velha recomendação de eminentes mestres do direito[...]”¹¹⁰.

Paulo Adi Casseb afirma que Hamilton, ao tratar da nomeação dos Ministros da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos, manifestou-se favoravelmente, argumentando que a atribuição de tal competência ao Presidente da República se fundamenta no fato de que o Chefe Poder Executivo está em melhor posição para avaliar as qualidades peculiares daqueles que devem ocupar cargos tão importantes. Além disso, assinala a probabilidade de que a escolha recairá sobre um homem de mérito, ou ao menos respeito.¹¹¹

Portanto, seja por intermédio do instituto do quinto constitucional, da escolha de um terço dos membros do Superior Tribunal Justiça, ou mesmo a escolha de todos os membros do Supremo Tribunal Federal, a prerrogativa de que dispõe o Chefe do Executivo, se caracteriza como interferência de um Poder sobre o outro e consagra uma forma de controle destinada a equilibrar e distribuir o exercício de funções do Estado. Nesse sentido estão os ensinamentos de Anna Cândida da Cunha Ferraz.

¹⁰⁸ BERCOVICI, Gilberto. Escolha de membros do Tribunal Regional do Trabalho por meio de lista tríplice ato de natureza mista da Presidência da República. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929, p. 123-135, mar. 2013.

¹⁰⁹ MARTINS, Francisco Peçanha. Quinto Constitucional e a renovação do Poder Judiciário. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, ano. 33, n. 33, p. 1-8 set./dez. 2005.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ CASSEB, Paulo Adib. Fundamentos da forma de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. In: MENEZES, Fernando *et al.* (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 573-587.

Segundo a autora, a intervenção de um Poder em outro quanto à sua composição revela um instrumento de controle político ou inerente ao sistema de freios e contrapesos, levando ao equilíbrio e à harmonia entre os Poderes participantes do ato.¹¹²

Embora existam entendimentos de que a nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República¹¹³ ameaça a independência do Judiciário¹¹⁴, discorda-se de tais posicionamentos pelas seguintes razões.

Um dos argumentos apresentados é que a nomeação do Presidente da República não se justifica, dado que o Poder Judiciário não cometeu excessos, vale referir que, de acordo com essa linha de pensamento, a intervenção de um Poder

¹¹² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflitos entre Poderes*: poder do congresso de suspender atos do Poder Executivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 26.

¹¹³ Note-se que tal contrapeso não se exerce sem outro contrapeso, de propriedade, por sua vez, do Poder Legislativo, que, como encaremos, deve aprovar tal indicação.

¹¹⁴ Nesse contexto, cita um interessante artigo de Luiz Flávio Gomes, que defende que a nomeação de juízes viola a separação dos poderes e incentiva a corrupção e o roubo. A escolha e a nomeação 'política' dos ministros dos tribunais superiores (assim como de outros órgãos de controle e fiscalização) pelo Presidente da República (como ainda hoje acontece no Brasil) retratam um dos mais graves defeitos na nossa Justiça. Há outros, mas esse é bastante grave. É vício que vem da monarquia.

Esse vício da 'indicação e escolha política' do juiz faz com que a separação dos poderes seja, quase sempre, uma utopia. Nesse sentido, se parece com a democracia real (ou republicana): é uma quimera. Quando mais cresce a cleptocracia menor fica a democracia. O sistema de investidura dos ministros (e outros cargos de controle) em suas funções merece aprimoramento, porque frequentemente eles são chamados a julgar os atos da presidência ou de integrantes do seu partido. As castas (os donos cleptocratas dos poderes político, administrativo, militar, econômico, financeiro e corporativo), que já contam – alguns deles – com foro especial, não podem também escolher 'seus juízes' (que com elas possuem afinidades, no mínimo, ideológicas ou a mesma visão de mundo). A combinação do foro privilegiado + nomeação do juiz que vai julgar o nomeante é uma cleptonitroglicerina pura. A Justiça, antes de tudo, tem que ser independente frente ao governo e ao legislador. Onde os juízes não são independentes, só resulta a 'harmonia', que não passa de subserviência ou cleptoconivência" (GOMES, Luiz Flávio. *Nomeações políticas para o judiciário: apadrinhamento nas cleptocracias*. [S. l.], 2016. Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/nomeacoes-politicas-para-o-judiciario-apadrinhamento-nascleptocracias/>. Acesso em: 11 jan. 2023). Nesse diapasão, no mesmo sentido em que a nomeação de juízes pelo Presidente da República ameaça a independência do Poder Judiciário, vale rever a obra de Francisco Gérson Marques de Lima: "Um indicador preocupante, já mencionado neste estudo, é o que se tem chamado de *compromisso de toga*, através do que o Ministro nomeado assumiria compromissos com o Presidente da República, que o nomeara para o cargo, e com outros responsáveis pela sua nomeação. A figura do fiel escudeiro do Governo na Corte é humanamente de se esperar, considerando a forma de escolha (indicação e nomeação) dos Ministros do STF. Em primeiro lugar, a indicação se dá mediante uma afinidade ideológica, senão de amizade entre pessoas que integram o Poder; em segundo lugar, é natural que a autoridade nomeada ostente uma certa gratidão por quantos contribuíram para sua nomeação." (LIMA, Francisco Gerson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise constitucional brasileira*: estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 269-270). Da mesma forma, ver MORAES, Alexandre de. *Lei constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas 2016.

sobre outro só se justifica em caso de abuso das atribuições que lhes foram atribuídas.¹¹⁵

Ocorre que, tal raciocínio não parece imune a críticas, na medida em que não parte do postulado de que freios e contrapesos são noções diferentes, daí a confusão de afirmar que não houve abusos passados do judiciário que devam ser reprimidos e que justifiquem a intervenção do Poder Executivo. O fato é que a nomeação de Ministros feita pelo Presidente da República não configura freios, mas sim mero contrapeso, e não pressupõe, bem por isso, um abuso, justamente por ser um instrumento que favorece a participação dos demais Poderes nas tomadas de decisão do Poder Judiciário.

Ora, a prerrogativa da nomeação, com cerne na distinção entre freios e contrapesos, já tratada nesta obra, não se consubstancia freio, mas sim contrapeso. Em outras palavras, trata-se de um mecanismo que visa equilibrar a decisão de um Poder com a participação dos demais Poderes.

Um segundo argumento contra a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de nomear magistrados dos tribunais é que atacaria a independência do Poder Judiciário. No entanto, tal prerrogativa não visa, de forma alguma, revogar a independência dos tribunais, mas sim legitimar a tomada de decisão, uma vez que o Judiciário, por si só, não possui legitimidade representativa e, em certa medida, necessita de alguma participação popular em sua composição, o que, neste caso, é feito por meio da escolha de representantes do povo.

Resta que a simples eleição dos membros das Cortes, cumpre muito timidamente, a nosso ver, a função de contrapeso, tendo em conta a garantia de vitaliciedade que, constitucionalmente, é concedida há estes magistrados. Se alguma influência política poderia ser atribuída ao Executivo na tomada de decisões pelo Judiciário, esta não duraria sequer um dia, pois esses membros, uma vez nomeados

¹¹⁵ Nesse sentido, o artigo publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, de autoria de Renato Vaquelli Fazanaro: “Assim, por essa forma de organização do Poder, cada órgão supremo tem sua zona de atuação delimitada, e só há que se falar na interferência de um sobre o outro quando for para impedir eventuais abusos, afastando-se qualquer tentativa de dominação ou cooptação. [...] Pelo exposto, resta claro que a interferência que o Executivo exerce no Judiciário não visa impedir qualquer abuso de poder. Pelo contrário, gera desequilíbrio institucional e dá azo à cooptação do primeiro ao segundo, ferindo explicitamente, assim, a teoria da separação dos Poderes”. FAZANARO, Renato Vaquelli. O modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 89, p. 217-274, out./dez. 2014.

e empossados, são investidos, automaticamente, da prerrogativa da vitaliciedade.¹¹⁶ Esta constitui um forte e poderoso escudo contra a influência política.

É importante destacar, em todo caso, que o fato de o Judiciário estar sujeito a freios e contrapesos - embora, conforme ficará evidente no decorrer desta pesquisa, seja o poder menos controlado entre os três existentes - não reduz sua independência, nem afetam a separação dos poderes. Em primeiro lugar porque, se assim for, pode-se dizer que nenhum Poder é independente, pois todos sofrem controle dos demais, o que também é objeto deste estudo. Em segundo lugar, como já tivemos oportunidade de aprofundar, a existência de controles recíprocos é um instrumento que visa precisamente aperfeiçoar a teoria da separação dos poderes, com o objetivo último de garantir os direitos do cidadão uma vez que tal sistema - de freios e contrapesos - foi concebido justamente para evitar abusos, por intermédio do estabelecimento de controles recíprocos.

Acresça-se, por fim, a prerrogativa do Presidente da República de indicar os membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), exceto o Presidente e o Vice-Presidente do órgão, sendo oito dos quais são indicados pelos Tribunais, dois pelo Procurador Geral da República, dois pelas casas do Congresso e dois pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com aprovação o do Senado Federal (art. 103-B da CF/1988).

3.2.1.2 Participação na fixação de subsídios

A possibilidade de sanção, e em especial de veto, pelo Presidente da República sobre a lei que dispõe sobre a fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos em que determina o art. 48, caput e XV, da CF/1988, configura

¹¹⁶ Paulo Adib Casseb, em defesa do modelo brasileiro de escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal, entende que, apesar da previsão constitucional da livre nomeação do Presidente, o poder político “a vitaliciedade assegurada aos Ministros mitiga eventuais maus reflexos das designações políticas”, pois, a lógica do mecanismo é “os Presidentes da República passam, enquanto os Ministros permanecem” (CASSEB, Paulo Adib. Fundamentos da forma de designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: MENEZES, Fernando *et al.* (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.p. 584). Clémerson Merlin Clève, consentindo com a mesma interpretação, afirma que: “O sistema de investidura adotado pelo Brasil, combinando concurso público para ingresso na carreira e nomeação, observados os requisitos impostos pelo Constituinte, para os cargos dos Tribunais Superiores e alguns daqueles dos Tribunais de Segunda Instância (o famoso quinto constitucional: art. 94 da CF), constitui modelo que desmerece críticas. Está perfeitamente ajustado à realidade brasileira”. CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 42.

mecanismo de contrapeso ou freio, conforme tenha havido sanção ou veto, conforme já explicado acima, nas atribuições do Poder Judiciário.

Isso porque a prerrogativa de determinar de alguma forma o valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sanção ou veto, produz interferências indiretas nas atribuições do Poder Judiciário. Com efeito, o valor do subsídio dos juízes está diretamente relacionado com a forma como irão desempenhar as suas funções. Não há, portanto, como separar radicalmente o valor do subsídio dos magistrados da atuação que terão, o que significa que, mesmo indiretamente, a possibilidade de sancionar ou vetar o valor do subsídio configura, respectivamente, um contrapeso ou um freio sobre o Poder Judiciário.

No mesmo sentido, interessante parecer foi emitido da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN - Parecer PGFN / CJU / COJPN 1603/2012 - sobre a Substantivo à Proposta de Emenda à Constituição Federal - PEC 5, de 2011, que modificava os artigos. 29, 37, 40, 48 e 49 da Constituição Federal. Em especial no que diz respeito à alteração do art. 49, VII, propôs o estabelecimento da competência exclusiva do Congresso Nacional para determinar o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A esse respeito, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional se manifestou da seguinte forma:

Diante do exposto, tendo em vista que: (a) a *sanção presidencial*, como fase do processo legislativo, é mecanismo medular e inerente ao sistema de freios e contrapesos que caracteriza a forma da *separação dos poderes* criado pela Ordem Constitucional de 1988; e (b) a PEC nº 5, de 2011, objetiva acabar com a possibilidade de sanção ou veto do Chefe do Poder Executivo, na forma do art. 66 da Constituição, as proposições que versem sobre o subsídio dos Ministros da Excelsa Corte; decorre a conclusão de que o art. 3º a Proposta em análise, assim como o art. 4º, no trecho em que quer revogar o inciso XV do art. 48 da Constituição, violam os limites materiais impostos pela Carta Política de 1988 ao poder constituinte derivado reformador, ao afrontar a cláusula pétrea da separação dos poderes. (grifo do autor).¹¹⁷

3.2.1.3 Indulto e Comutação da Pena

Por fim, a possibilidade de conceder indulto (causa de extinção da punibilidade, conforme o art. 107, II, do Código Penal) e comutar penas (abatimento de parte da

¹¹⁷ BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN/CJU/COJPN 1603/2012*. Brasília, DF: PGFN, ago. 2012. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/16032012> Acesso em: 01 jan. 2023.

pena, que passa a ser dispensada) configura freio à atividade judiciária, eis que, pelo instrumento do decreto, o Chefe do Poder Executivo pode neutralizar uma decisão anteriormente tomada pelo Poder Judiciário (art. 84, XII, da CF/1988).

É importante anotar, contudo, que a decisão do Chefe do Poder Executivo não prescinde da oitiva do Ministério Público e do Conselho Penitenciário, conforme disposto na Lei de Execução Penal (arts. 187 a 193 da lei federal 7.210/1984).

3.2 O Poder Legislativo

Neste item, serão analisados os freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre os Poderes Executivo e Judiciário.

3.2.1 Freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo

Os freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo podem se enquadrar em cinco tipos de atividades: (i) funções típicas do Presidente da República; (ii) funções atípicas de legislar atribuídas ao Poder Executivo pela própria Constituição Federal; (iii) prestação de contas do Poder Executivo, que forma o controle financeiro; (iv) fixação do subsídio do Presidente da República e (v) violações do Chefe do Poder Executivo.

3.2.1.1 Funções típicas

Em relação ao primeiro controle mencionado acima, a prerrogativa Constitucional dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal de eleger cidadãos para integrar o Conselho da República nos termos dos arts. 51, V e 52, XIV CF/1988, bem como a participação, constitucionalmente obrigatória, neste conselho (Art. 89, II a V) atuam como contrapeso. Com efeito, as referidas disposições preveem expressamente que neste Conselho participarão tanto os Presidentes das duas Câmaras Legislativas como os líderes da maioria e da minoria das duas casas.

E ainda, o Conselho da República tem poderes consultivos e até deliberativos para resolver questões gerais de Estado que surja em um determinado Governo, assim, participara de forma consultiva e/ou deliberativa na Intervenção Federal, Declaração do Estado de Sítio ou mesmo a estabilidade das instituições democráticas. Este Conselho é regido pela Lei Federal 8.041/1990. Desta forma, a participação do

Poder Legislativo na composição destes Conselhos Constitucionais, configura o mecanismo de contrapeso, uma vez que exerce interferência em prerrogativa privativas do Chefe do Poder Executivo, (por força do art. 84, IX, da CF/1988), para Declarar o Estado de Sítio e a Intervenção Federal.

Os membros do Poder Legislativo são chamados, ainda, a formar um Órgão Constitucional, o Conselho de Defesa Nacional, este que se caracteriza como órgão consultivo do Presidente da República. São atos típicos da competência do Poder Executivo as matérias sobre as quais pode ser convocado o Conselho de Defesa Nacional, tais como (a) opinar nas hipóteses de celebração de guerra e paz; (b) pronunciar-se sobre a declaração do estado de sítio, do estado de defesa e da intervenção federal; (c) Propor critérios e condições de utilização de áreas essenciais para a segurança nacional e dar parecer sobre a sua utilização efetiva, especialmente quando os temas forem áreas de fronteira e os relacionados com a conservação e exploração dos recursos naturais de todos os tipos e (d) estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento das iniciativas necessários à garantia da independência nacional e à defesa do Estado Democrático de Direito (art. 91, § 1º, da CF/1988).

Essas atribuições, embora detidas pelo Chefe do Poder Executivo, não são exercidas sem consulta ao Poder Legislativo, como se infere da composição do Conselho de Defesa Nacional, que abriga a Presidência da Câmara e do Senado, conforme art. 90, II e III, da CF/1988.

Deve-se observar também que o art. 84 da CF/1988, que trata especificamente da competência exclusiva do Presidente da República, prevê a participação do Poder Legislativo, estabelecendo um contrapeso nas seguintes atividades típicas de atos governamentais: declaração de guerra em caso de agressão estrangeira, autorizada pelo Congresso Nacional ou por ele aprovada, quando ocorrer entre sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretação total ou parcial, de mobilização nacional; e celebração da paz, autorizada ou com aprovação do Congresso Nacional.

Parece indispensável mencionar, ao se tratar do controle pelo Poder Legislativo das funções típicas do Poder Executivo, o poder que cabe a este último para decidir definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que impliquem ônus ou compromissos onerosos ao patrimônio nacional assim como, autorizar a ausência do Presidente e do Vice-Presidente da nação, se superior a 15 (quinze) dias (arts. 48, I e III). Refira-se que nestes casos o Poder Legislador exerce freios, pois, as medidas a

serem aplicadas são capazes de neutralizar as decisões tomadas pelo Poder Executivo.

Não podemos deixar de mencionar à prerrogativa que detêm o Congresso Nacional para impedir atos do Poder Executivo que exorbitem seus poderes regulamentares (art. 49, V CF/1988) dessa forma, entendido aquele poder de que goza o Executivo de regulamentar leis para sua execução fiel. Tal prerrogativa configura, conforme os conceitos já explanados, mecanismo de freios.

3.2.1.2 Funções atípicas

Como já mencionamos oportunamente no decorrer desta obra, há atividades atípicas exercidas pelos Poderes, que não necessariamente são configuradas como freios ou contrapesos. É o caso, como parece, das funções atípicas de legislar confiada ao Poder Executivo, como a emissão de medidas provisórias ou mesmo de leis delegadas.

Nesse sentido, o controle exercido pelo Poder Legislativo, titular originário de tais atribuições, é considerado o verdadeiro detentor da atribuição de utilizar mecanismos de freios ao Poder Executivo nesses casos.

A medida provisória, decorrente do exercício de função atípica é, por si só, instrumento significativamente limitado pela Constituição Federal. Além da limitação material existente, sofre, também, o controle do Congresso Nacional, que detêm a prerrogativa de determinar sua manutenção e seus efeitos. Como prevê o art. 62, § 2º, CF/1988, caducam as medidas provisórias que não transitarem em vigor legal no prazo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogadas pelo Congresso Nacional por igual período. Além disso, caso o Congresso Nacional decida pela não conversão da medida provisória em lei ou, determinada medida provisória, perca sua eficácia, deverá, no prazo de 60 (sessenta) dias de sua publicação, por decreto legislativo, disciplinar a proporção das consequências jurídicas decorrentes de sua edição. Ainda, caso não sejam terminadas as devidas proporções jurídicas no prazo mencionado, a medida provisória prosseguirá a reger as situações jurídicas que na sua égide foram realizadas.

Aplicando a divisão conceitual entre freios e contrapesos, se o Congresso Nacional decidir não transformar medidas provisórias em lei ou deixar, pelo decurso do tempo, que perda seu efeito, estará configurado o mecanismo de freio, uma vez

que a não conversão em lei detêm o condão de paralisar os efeitos da medida provisória. E, ainda que não edite decreto legislativo destinada a regulamentar sua vigência em seu âmbito, o Congresso Nacional, ao não deliberar sobre a medida provisória, limita sua aplicação às situações jurídicas que dela decorrem naquele período de tempo, impedindo-a de continuar a produzir seus efeitos em relação novas relações jurídicas.

Além do controle do Poder Legislativo, a lei delegado, também, sofre limitações materiais da Constituição Federal,¹¹⁸ que se caracteriza pelo desempenho de função atípica.

O Chefe do Poder Executivo elaborará as leis delegadas, sendo que, para tanto, solicitará a delegação ao Congresso Nacional, esta iniciativa é exclusiva e discricionária do Presidente da República.

Após o encaminhamento da solicitação ao Congresso Nacional, que deverá explicitar o assunto (respeitadas as vedações materiais), a mesma será submetida às Câmaras do Congresso Nacional e, se aprovada, terá a forma de resolução, esta que estabelecerá as regras sobre seu conteúdo e condições para seu exercício. Assim que a resolução é devolvida ao Presidente da República, este elaborará a lei, a promulgará e publicá-la, assim, esgotando o processo legislativo dentro do próprio Poder Executivo (delegação própria). Nesse caso, o Poder Legislativo participa do processo de formação da lei delegada pelo Poder Executivo, sendo essa participação mero contrapeso.

Entretanto, o congresso Nacional poderá, se assim o desejar, exercer novo controle sobre a delegação, prevendo na resolução concedida à delegação (primeiro controle) que o projeto de lei elaborado pelo Presidente da República seja devolvido ao Legislativo para apreciação em votação única, vedada a apresentação de emendas (delegação imprópria). Aqui, além do contrapeso, haverá o exercício de freios, já que o Poder Legislador apreciará o projeto do Executivo em votação única.

¹¹⁸ “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. [...]”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 dez. 2022.

Concluindo, em qualquer caso, configura-se delegação própria ou imprópria, assim, compete ao Conselho Nacional, nos termos do Art. 49, V, CF/1988, sustar os atos normativos do Poder Executivo que extrapolem os limites de delegação legislativa. Nesse caso, sempre se configurará um freio, pois a sustação do ato permite paralisar de seus efeitos.

Segundo Anna Cândida Cunha Ferras,

O Legislativo, ao exercer esse poder congressional de sustar regulamentos ou lei delegada, interfere na função constitucional normativa do Executivo. De fato, o legislativo não exerce “apenas” o controle, puro e simples, da lei (no caso do regulamento) ou da lei delegada (no caso de delegação), mas, ao contrário, fiscaliza a própria atuação do Executivo. Sem sombra de dúvida, pois, trata-se de interferência na partilha constitucional de competências. Configura-se, assim, a sustação controle de constitucionalidade semelhante àquele exercido pelo Poder Judiciário ao declarar um ato normativo inválido.¹¹⁹

3.2.1.3 Nomeação de autoridade

A Constituição Federal confere ao Senado Federal, em seu art. 52, III, "d", a faculdade de aprovar, por voto secreto, após arguição pública, a escolha do Presidente e dos diretores do Banco Central, assim como autoriza, na alínea "f", do mesmo dispositivo, que a lei cria outras hipóteses de aprovação pelo Senado de escolha de titulares de outras funções. A lei Federal nº 9.986/2000, que deu efeito a referido dispositivo, estabeleceu, em seu artigo 5º, além dos requisitos objetivos para ocupação dos cargos em questão, que o Presidente ou o Diretor-Geral o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho de Diretor ou da Diretoria (CD II) das agências reguladoras são escolhidos pelo Presidente da República e por ele indicados, com prévia aprovação do Senado Federal.

¹¹⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 209. Dirceu Torrecillas Ramos, ao discorrer sobre o poder do Congresso para barrar atos executivos, chega a afirmar que a possibilidade de barrar atos Executivos por parte do Poder Legislativo se aproxima de um ato típico do Poder Judiciário, nos seguintes termos: “Com relação à Lei Delegada, demonstra que o constituinte brasileiro introduziu uma modalidade ‘sui generis’ de controle político ‘a posteriori’ o que seria apropriado ao controle jurisdicional da competência do Poder Judiciário. Embora não represente uma invasão no âmbito de atuação do Poder Executivo, a sustação congressional gera o conflito entre o Legislativo e o Executivo, além de envolver, como se disse, o Poder Judiciário. Evidentemente, trata-se aqui de determinar quais os limites da delegação legislativa para saber se o executivo exorbitou. Quem vai definir esta questão? O Legislativo ou o Executivo? Parece-nos que esta é uma função do Poder Judiciário”. RAMO, Dirceu Torrecillas. O controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 97-104, abr./jun. 1995.

O Banco Central, como sabemos, é uma autarquia federal, conforme o que dispõe o art. 8º da lei Federal nº 4.595.¹²⁰ Inclui, portanto, a Administração Indireta do Poder Executivo Federal.

As agências reguladoras trata-se de pessoas jurídicas de direito público que, também indiretamente, fazem parte da administração pública. Possuem regime jurídico semelhante ao das autarquias, mas goza de maior autonomia no exercício das suas competências relacionadas com a administração pública direta (não existe qualquer relação hierárquica entre elas e a administração pública direta); maior estabilidade de seus dirigentes, bem com a possibilidade de emanar normas regulatórias exclusivas. Às agências reguladoras são destinadas competências do Poder Executivo, uma vez que regulam e fiscalizam setores que lhes são afetos, assim, gerem as atribuições que lhes são outorgadas com especificidade técnica.¹²¹

Justamente por serem pessoas jurídicas que compõem a administração Indireta - tanto o Banco Central quanto as agências reguladoras -, e por realizar parte das atribuições do Poder Executivo, pode-se dizer que a aprovação pelo Senado, da nomeação de seus Presidentes e Diretores cria um mecanismo de contrapeso exercido pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo. Com efeito, sabe-se que, via de regra, as nomeações para cargos comissionados dentro do próprio Poder Executivo não contam com a participação do Legislativo, mas, afigurando-se sua participação na nomeação de Presidentes e Diretores das agências reguladoras situação atípica desvendando mecanismos de contrapeso.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949 / RS, entendeu constitucional o disposto no art. 7º da lei nº 10.931/97, esta

¹²⁰ “Art. 8º A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei e ainda da apropriação dos juros e rendas resultantes, na data da vigência desta lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei número 8495, de 28/12/1945, dispositivo que ora é expressamente revogado”. BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595compilado.htm. Acesso em: 16 dez. 2022.

¹²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica duas espécies de agências reguladoras no direito brasileiro: (i) “as que exercem, com base em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão”, cita o exemplo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou da agência Nacional de Saúde Complementar (ANS); e (ii) as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias, etc)”. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 601-602.

que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), cujo regramento prevê que a nomeação e posse dos dirigentes da autarquia reguladora ocorra somente após aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. O Ministro Marco Aurélio, ao manifestar-se sobre o pedido cautelar nos autos da ADI, embora entendesse que não há previsão nas constituições estaduais para a obrigatoriedade, afirmou que a previsão da Constituição Federal “mitigou a independência dos Poderes”.¹²² Bom mencionar, desta forma, que a regra acima envolve uma interferência de um Poder sobre o outro e, portanto, configura um mecanismo de contrapeso.

3.2.1.4 Controle Financeiro

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filha, o controle Legislativo sobre o Executivo precede a função de legislar, encontrando respaldo na carta Magna que, como visto anteriormente, condiciona a instituição de tributos à aprovação do Parlamento. Inicialmente relacionado à arrecadação de impostos, esse controle traspassou e passou a ser exercido também sobre a forma como os recursos por eles gerados eram aplicados.¹²³

A distribuição constitucional de competências em matéria financeira, delimitando quais são os órgãos encarregados do controle e quais são seus poderes na condução da atividade financeira do Estado, evidencia um sistema de freios e contrapesos, uma vez que a Constituição confere ao Poder Legislativo o controle do Poder Executivo nesta matéria.

Embora se saiba que o controle dos atos da administração pública também é exercido pelo Tribunal de Contas, esta questão não será considerada neste ponto, uma vez que este Tribunal controla as unidades administrativas dos demais poderes, Legislativo e Judiciário, e não apenas sobre o Poder Executivo. Além disso, o Tribunal de Contas, embora seja um órgão auxílio do Legislativo, é independente e tem poderes de fiscalização, inclusive das contas do próprio Legislativo.

¹²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar em ação direto de inconstitucionalidade n. 1949/RS*. Relator Pertence, Sepúlveda. 25 de novembro de 2005. p. 00005.

¹²³ FERRERA FILHA, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 186.

Nesse sentido, confirmam as seguintes palavras de Odete Medauar:

Mais adequado seria exprimir controle parlamentar ou mesmo 'Controle do Poder Legislativo', o que de imediato revela menções auditorias realizadas pelo Parlamento ou Poderes Legislativos. Refira-se ainda que, na acepção de 'controle parlamentar', este trabalho não abrange a vigilância exercida sobre a administração por instituições ou entidades cujo poder provém do Parlamento ou que constituem uma extensão desse poder, tais entidades, via de regra [...], caracterizam-se pela independência institucional que lhes é garantida e pela ausência de subordinação hierárquica ao Legislativo ou a qualquer outro poder, portanto, não fazem parte da estrutura interna do Legislativo e, assim, não constituem controle parlamentar. É o caso por exemplo, do Tribunal de Contas e do 'Ombudsman'. Sob o título de 'controle parlamentar', serão estudados apenas os mecanismos de fiscalização que emanam diretamente das Câmaras Legislativas; É a chamada 'via parlamentar pura' [...].¹²⁴

Portanto, levando em conta a independência do Tribunal de Contas em sua *mister* fiscalizatório e, também, levando em conta que o objetivo deste trabalho é comparar os freios e contrapesos existentes no que diz respeito aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, desta forma, não nos parece apropriado tratar do controle exercido pela Corte de Contas dentro de cada um dos Poderes individualmente, mas em tópico separado, pois não se trata de um controle exercido sobre um Poder específico, mas sobre todos, insuscetível de ocasionando desequilíbrio na balança de suas funções.

Isso posto. Feitas essas considerações preliminares, é importante observar que, de acordo com o art. 49, IX e X, da CF/1988, compete ao Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e avaliar os relatórios de execução dos planos de governo, bem como fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta. A prestação de contas do Chefe do Executivo tem por objetivo apresentar as atividades financeiros da administração pública sob sua responsabilidade, demonstrando os resultados da ação governamental quanto ao cumprimento dos programas orçamentários do período, cumprimento da aplicação dos recursos constitucionais, respeito aos limites de despesas com pessoal. São informações que permitirão ao Congresso Nacional avaliar globalmente as contas e sua aderência ao planejamento governamental, ou seja, trata-se de avaliar a gestão

¹²⁴ MEDAUAR, Odete. Controle parlamentar da administração. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 27, n. 107, p. 111-130, jul./set. 1990.

realizada pelo Chefe do Executivo de forma ampla, global, sem grande preocupação com detalhes e aspectos formais. As avaliações de contas aqui são de natureza política e baseadas em critérios de conveniência e oportunidade, e o parecer Prévio da Corte de Contas é responsável pelos subsídios as decisões do Congresso, de forma alguma às vinculando.¹²⁵

Pode-se, ainda, aludir, no que diz respeito ao controle financeiro exercido pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo, ao controle do endividamento. De acordo com os ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, “[...] a função vital do Senado Federal é controlar a dívida pública, fixando os limites dentro dos quais as Administrações da União, Estados e Municípios podem proceder nessa matéria (art. 52, pontos V a IX).”¹²⁶

Embora o controle financeiro não pareça ser um freio às alocações formais do próprio Poder Executivo, é importante lembrar que o regular desenvolvimento das dotações se confunde com o uso legítimo dos recursos públicos, de modo que, mesmo indiretamente, o controle das contas é um freio ao livre exercício das atribuições do Poder Executivo.¹²⁷

¹²⁵ CONTI, José Maurício. A Suprema Corte gera polêmica ao decidir sobre contas de prefeitos. *Consultor Jurídico*. São Paulo ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/contas-vista-stf-gera-polemica-decidir-julgamento-contas-prefeitos>. Acesso em: 16 dez. 2022.

¹²⁶ BARCELOS, Ana Paula. Separação dos Poderes, maioria democrática e legitimidade de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, [S. l.], n. 32, p. 199, 2000.

¹²⁷ O Tribunal de Contas, órgão auxiliar do controle externo do Congresso Nacional, possui, de acordo com o art. 71 da Constituição Federal, prerrogativas de (i) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; (ii) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (iii) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; (iv) realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas do Executivo; (v) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; (vi) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; (vii) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, inclusive multa proporcional ao dano causado ao erário; (viii) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (ix) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; (x) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

3.2.1.5 Fixação de Subsídios

Não obstante, a possibilidade de Congresso Nacional, nos termos do Art. 49, VIII, podendo ser classificado como freio indireto sobre o Poder Executivo, a fixação dos subsídios do Presidente e dos Vice-Presidentes da República e dos Ministros de Estado.¹²⁸ Aplicam-se aqui mesmas observações que foram feitas quanto à competência do Presidente da República para fixar os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a prerrogativa do Poder Legislativo para fixar o valor dos subsídios do Presidente e o Vice-Presidente da República, e seus Ministros de Estado interferem indiretamente nas atribuições do Poder Executivo. Com efeito, o valor do subsídio das autoridades mencionadas está diretamente ligado à forma como serão exercidas suas atribuições.

Consequentemente, não há como separar radicalmente o valor dos subsídios que esses membros do Poder Executivo possuem do desempenho que terão no exercício de seus *misteres*.

3.2.1.6 Infrações

As infrações penais comuns e os crimes de responsabilidade que são cometidos pelo Chefe do Executivo estão sujeitos ao controle do Poder Legislativo.

As condutas que configuram os crimes de responsabilidade são capituladas genericamente no art. 85 da Constituição Federal, podendo ser constituídos, conforme ensinamento de José Afonso da Silva,¹²⁹ em infrações políticas: atentado à existência da União, ao livre exercício do Poder Legislativo, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e os direitos constitucionais das unidades da Federação, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, contra a segurança interna do país (incisos I a IV); e nos crimes funcionais: atentado à probidade na administração, contra a lei orçamentária e contra o cumprimento de leis e das decisões judiciais (incisos V a VII).

José Cretella Júnior lembra que houve um tempo em que o Chefe de Governo tinha liberdade para exercer seus poderes sem qualquer limitação de seus poderes,

¹²⁸ Compete também ao Congresso Nacional fixar os vencimentos dos Deputados Federais e Senadores na forma do Art. 49, VII CF/1988. No entanto, tal prerrogativa não parece ser um mecanismo de freio ou contrapeso, pois é uma prerrogativa a ser exercida sobre seus próprios membros.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Mallheiros, 2016.

assim, acarretando abusos de toda espécie suportadas pelos cidadãos, que não tinham nenhum mecanismo legal para protegê-los. Um tempo de absoluta irresponsabilidade, refletido na fórmula "The King can do no wrong".¹³⁰

No momento histórico referido acima, contudo, não se conhecia ou se aplicava o sistema de freios e contrapesos "essencial para regimes constitucionais que extirparam a tirania e colocam as liberdades públicas acima de tudo".¹³¹ Nos países democráticos, com o desaparecimento dos privilégios, vem a necessidade de todos responderem à lei. Para que assim, os detentores do poder se dispam de seu poder e possam ser acusados e levados a julgamento para responder por eventuais crimes de responsabilidade que tenham cometido.

Citando Paulino Jacques, Fides Omatti, refere que "a teoria da responsabilidade, em matéria política, embora não se confunda com a teoria da limitação dos poderes, desta muito se próxima, porque, na verdade, se concretiza na sanção dessa limitação".¹³² Desta forma, a responsabilização é necessária para manter a ordem pública e os preceitos fundamentais da Constituição.

A lei Federal 1.079/1950 estabelece as normas para o julgamento dos personagens típicos elencados no art. 85 da CF/1988. Luís Roberto Barroso elucidou que os crimes de responsabilidade são aqueles que podem ser cometidos por determinados agentes políticos, devido às funções públicas que exercem e que, apesar de o vocábulo *impeachment* não ser utilizado no texto constitucional ou na legislação, é utilizado, em sentido lato, para identificar o processo através do qual se promove a investigação e repressão dos crimes de responsabilidade¹³³, cuja finalidade é impedir a permanência no poder daqueles que desacreditaram a confiança popular.¹³⁴

Lembramos que o artigo 86 da CF/1988 divide o julgamento em duas partes, a decisão de admissibilidade e o julgamento, sendo que a denúncia pode ser levada à Câmara dos Deputados por qualquer brasileiro. Admitida a acusação contra o Presidente da República por dois terços da Câmara dos Deputados, será submetido

¹³⁰ CRETELL JR., José. Natureza jurídica do impeachment no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, [S. l.], v. 4, p. 497-510, maio 2011.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² OMATTI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 14, n. 55, p. 65, jul./set. 1977.

¹³³ BARROSO, Louis Roberto. Crimes de responsabilidade e processo de *impeachment* – descabimento contra o secretário de estado que deixou o cargo. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, [S. l.], v. 3, p. 615-632, maio 2011.

¹³⁴ CRETELL JR., *op. cit.*, p. 497-510.

a julgamento perante o Senado Federal, com a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, em matéria de crimes de responsabilidade. O Senado Federal poderá condenar o Presidente da República, por maioria de dois terços dos votos, à perda do cargo, com oito anos de inabilitação para o exercício de funções públicas, sem prejuízo das demais sanções jurídicas cabíveis (art. 52, único parágrafo da CF/1988).

Recorde-se aqui que, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988¹³⁵, já foram condenados dois Presidentes no âmbito de processos de *impeachment*, tendo perdido o mandato após a instauração do processo. Eles são o ex-Presidente da República Fernando Collor de Melo e, mais recentemente, a ex-Presidente Dilma Rousseff.

A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 86, por ocasião do processo de *impeachment* contra a ex-Presidente Dilma Rousseff, por 9 votos a 2, foi que a Câmara dá autorização ao Senado para julgar, mas isso é apenas uma autorização e não uma determinação, conforme o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso.¹³⁶ Assim, o voto favorável à abertura do processo de *impeachment* na Câmara não tem condão de afastar de imediato o Presidente da República, o que só acontecerá com o julgamento favorável do prosseguimento do processo pelo Senado Federal.

Uma vez que a Constituição Federal elegeu o Senado Federal como o órgão supremo de julgamento político do Presidente da República, as decisões do Senado Federal são incontestáveis, irrecorríveis e irreversíveis.

Trata-se, evidentemente, de um freio indireto para coibir eventuais excessos cometidos pelo Presidente da República no exercício das suas funções, cuja responsabilidade política daquele, implica a perda das suas funções, com a exoneração de oito anos para o exercício de funções públicas (art. 52, parágrafo único). Recordou-se, aqui, que o Senado teve a chance de decidir que, mesmo que o responsável renunciasse ao cargo, esse fato não impede a aplicação de sanções pela privação do direito de exercer cargos públicos.

¹³⁵ Ainda que o crime de *impeachment* tenha sido contemplado em todas as Constituições Brasileiras.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 378*. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Voto do Ministro Barroso na ADPF 378. 4 de abril de 2016. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF__378__Ementa_do_voto_do_ministro_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

Sergio Rezende de Barros instruiu brevemente que

Genericamente, o *impeachment* é um processo destinado a apurar e punir condutas antiéticas graves, instaurado, processado e julgado por um órgão legislativo, contra um agente público, para impedi-lo de continuar no exercício da função pública. Surgiu na Inglaterra como processo criminal, cujas penas incluíam multas e prisão. Daí, passou aos Estados Unidos, onde perdeu a natureza penal, a fim de servir ao mecanismo de checks and balances, que os constituintes norte-americanos aperfeiçoaram entre os três Poderes, para controlar um Poder pelo outro. Destinado a esse fim, pondo de lado a pretensão de punir penalmente, o *impeachment* tornou-se processo estritamente político, tendo por pena principal a perda do cargo público.¹³⁷ (grifo nosso).

Quanto as infrações penais comuns, definidos em legislação penal ordinária ou especial, embora a competência para julgar o Presidente da República tenha sido atribuída ao Supremo Tribunal Federal, só poderá ser exercida se a Câmara dos Deputados assim autorizar, por dois terços de seus membros, constituindo, tal autorização, contrapeso indireta aos poderes do Executivo. Haja vista que o julgamento, autorizado pela Câmara, será efetivamente proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que se pronunciará sobre o recebimento da ação e, caso seja julgada procedente, o Presidente será suspenso de suas funções. De qualquer forma, vale lembrar que o Presidente não pode ser responsabilizado por atos que ultrapassassem seus poderes.

Além dos artigos já citados, parece importante mencionar as normas contidas no Art. 50 §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, no que diz respeito ao controle do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo. Esses dispositivos autorizam a Câmara de Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões, a convocar Ministros de Estado, ou qualquer titular de órgão subordinado diretamente ao Presidente da República para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto predeterminado, sendo que, configura crime responsável no caso de ausência sem motivo justificado. Ademais, o § 2º do mesmo artigo prevê que as Câmaras dos Deputados e o Senado Federal poderão encaminhar pedidos de informação por escrito aos Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas indicadas no *caput* deste artigo, implicando crime

¹³⁷ BARROS, Sérgio Resende. *Estudo sobre o "impeachment"*. [S. l.], 2016. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/-i-impeachment--i.cont>. Acesso em: 27 nov. 2022.

de responsabilidade por recusa ou descumprimento do prazo de trinta dias, bem como prestação de informações falsas.

Por fim, quando se trata do controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, faz-se necessário mencionar a previsão constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito que podem ser constituídas por membros da Câmara dos Deputados, ou por membros do Senado Federal, ou mesmo por membros de ambos, caso em que haverá Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Essas comissões são temporárias, pois são criadas por tempo determinado de acordo com requisitos formais constitucionais, que não podem, em hipótese alguma, ultrapassar a legislatura em que foram criadas (art. 76, § 4º, do Regimento Interno do Senado Federal), para investigar um fato específico.

As comissões Parlamentares de Inquérito foram previstas pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1934. Ainda que não prevista expressamente nas Constituições anteriores, a de 1824 e a de 1891, nestas, ambos os períodos citados acabaram por ser nomeados pela Câmara. As Constituições seguintes com exceção à de 1934 contemplavam explicitamente as comissões Parlamentares de Inquérito, podemos mencionar a exceção da Constituição de 1937, nesta não havia a citação expressa do instituto aqui referido.¹³⁸

A disposição Constitucional que estabelece Comissão Parlamentar de Inquérito é uma ferramenta que revela uma fiscalização adicional disponíveis para o Poder Legislativo estabelecer mecanismos de freios indiretos para dissuadir possíveis violações perpetradas pelo Poder Executivo.

Neste contexto, as seguintes palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] a atividade dos órgãos legislativos não se esgota na função de legislar. Desde suas origens, integram a substância da atuação do Parlamento funções de tríplice natureza: legislativa, por certo, mas também a representativa e a fiscalizadora. Aliás, com a crescente hegemonia do Executivo no processo legislativo – pela iniciativa reservada, pela sanção e veto, e pela edição de atos com força de lei –, a ênfase da atuação do Legislativo tem recaído, efetivamente, na fiscalização, isto é, na investigação e no controle dos atos do Poder Público.

Um dos instrumentos pelos quais o Legislativo exerce seus poderes de fiscalização e controle é a instituição de comissões parlamentares

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4217991/course/section/1057477/Texto%20Lu%C3%ADs%20Roberto%20Barroso%20CPI.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

de inquérito. Desde os primórdios do constitucionalismo moderno, na Inglaterra, passando pelas experiências francesa e norte-americana, reconhece-se ao Parlamento, embora sem previsão explícita em qualquer norma, o poder de organizar-se em comissões para apurar fatos relativos aos negócios públicos.¹³⁹

Obviamente, já que se trata de uma atividade fiscalizadora vinda do Poder Legislativo, o poder derivado dele deve ser incluído no escopo da sua atuação. Assim, não estarão sujeitos à fiscalização os atos de interesse privado, tampouco aqueles assuntos submetidos a reserva de jurisdição, somente aqueles assuntos relacionados ao ente estatal sobre o qual o Poder Legislativo detenha competência para fiscalizar, aqueles que decorram do art. 49, X, da Constituição Federal de 1988.¹⁴⁰

Além disso, deve-se levar em conta que os poderes conferidos pela Constituição Federal “própria das autoridades judiciais” devem ser entendidos como a possibilidade de atribuir caráter vinculante às suas decisões, sem que, com isso, as tornem autoexecutáveis.

Em outras palavras, o texto constitucional outorgou ao CPIs poderes investigativos próprios das autoridades judiciárias, abrangendo assim a possibilidade de determinação de diligências; convocar testemunhas (que têm obrigação de dizer a verdade, sob pena de crime de falso testemunho); ouvir os indiciados (que podem optar pelo exercício do direito ao silêncio; requerer documentos públicos; determinar a exibição de documentos particulares. No entanto, esses poderes não incluem a auto execução de suas decisões quando implicam restrição de direitos individuais. Para tanto, as CPIs devem recorrer ao Poder Judiciário; apenas desta forma as decisões das CPIs serão coercitivas e efetivas.

Bom referir uma exceção à regra mencionada acima, pois, no que diz respeito a decretação de quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico, as CPIs podem exercer constrição a direito individual. Cabe aqui ressaltar que, quanto ao sigilo de

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4217991/course/section/1057477/Texto%20Lu%C3%ADs%20Roberto%20Barroso%20CPI.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

¹⁴⁰ Como ensina Carlos Maximiliano: “Como o Parlamento não pode atribuir a uma entidade mais poderes do que tem, a competência das comissões de Inquérito abrange apenas assuntos que são da competência e controle do congresso [...]”. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas, 1948. v. 2, p. 80.

comunicações telefônicas, tal execução não é abrangida, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no MS 23.452.¹⁴¹

Em razão da dotação de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, certo que devem, assim como as autoridades judiciais, motivar suas decisões.

Todavia, todas as diligências investigativas realizadas pelas CPIs que violarem as normas constitucionais estão sujeitas à revisão judicial, conforme especificado no já mencionado julgamento do MS 23.452.¹⁴²

A Constituição Federal também prevê que as conclusões da CPI podem, quando aplicável, ser encaminhadas ao Ministério Público, para ulterior responsabilização civil ou criminal dos infratores. Assim, entende-se que o dever da CPI termina com a investigação, sendo o inquérito parlamentar um procedimento administrativo de natureza política e terminativa, se encerrando com a conclusão da investigação.¹⁴³

¹⁴¹ A quebra do sigilo constitui poder inerente à competência investigatória das Comissões Parlamentares de Inquérito. – O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar” (BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Acórdão no mandado de segurança nº 23.452*. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Celso de Mello. 12 de maio de 2000. p. 20). No mesmo sentido, afirma José Cretella Júnior: “A Constituição investe a Comissão Parlamentar de Inquérito em vários poderes. Não, porém, no poder de julgar. A Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder jurisdicional. Não julga. Não aplica a lei ao caso concreto. No entanto, a regra jurídica constitucional lhe deu outros poderes próprios semelhantes aos atribuídos às autoridades judiciais. Assim, pode a Comissão Parlamentar de Inquérito, no exercício de suas funções, determinar o comparecimento de testemunhas, tomar-lhes depoimentos, promover diligências, requisitar documentos, certidões, pedir informações a qualquer repartição pública, ou órgão federal, estadual, municipal ou distrital, expedir notificações. Enfim, como diz a Constituição, a Comissão Parlamentar de Inquérito terá poderes de investigação tão grandes quanto os poderes das autoridades judiciais, exceto o de julgar”. CRETELLA JR., José. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 770, p. 433-441, dez. 1999.

¹⁴² “O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação dos poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico- constitucionais nas quais incida uma comissão parlamentar de inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República” (BRASIL, *op. cit.*, p. 20).

¹⁴³ LAMY, Marcelo. Doutrina judicial vinculante sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI’s. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, São Paulo, n.14, p. 63-98, jul./dez. 2009.

3.2.2 Freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário

Os freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário podem se enquadrar em quatro tipos de atividades: (i) nomeação de autoridade; (ii) infrações políticas; (iii) anistia; (iv) participação na fixação de subsídios.

3.2.2.1 Nomeação de autoridade

Vale mencionar aqui a possibilidade de o Senado Federal exercer um contrapeso em caso de nomeação de autoridades pelo Presidente da República (contrapeso que antes era exercido pelo Poder Executivo).

Fica claro tal explanação quando a Constituição Federal determina a participação do Senado Federal na escolha dos membros que irão compor o Supremo Tribunal Federal, o Supremo Tribunal de Justiça, os Tribunais Federais, conforme já mencionado neste trabalho, e conforme art. 52, III, “a”, da Constituição Federal.

Como apontado, quanto à participação na escolha dos membros do Poder Judiciário se concretizam em um mecanismo de contrapeso, pois contam com a participação dos demais Poderes na formação da composição do Poder Judiciário.

De todo modo, recordamos que o Senado Federal participa da indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal, de 1/3 dos membros do Superior Tribunal de Justiça, e de 1/5 dos membros dos Tribunais, exercendo uma espécie de contrapeso ao contrapeso exercido anteriormente pelo Presidente da República, uma vez que a eleição deste depende da aprovação do Senado Federal.

O Senado Federal e a Câmara Federal, também, têm a prerrogativa de aprovar as indicações dos membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) feitas pelo Presidente da República, bem como escolher dois cidadãos de reputação ilibada para integrá-lo, na forma autorizado pelo art. 103-B, XIII, configurando tais medidas como uma espécie de ingerência no Poder Judiciário, uma vez que o Conselho Nacional de Justiça é o órgão incumbido de controlar o funcionamento administrativo e financeiro do Poder Judiciário e o cumprimento das atribuições funcionais do juízes.

A esse respeito, parece interessante destacar que, de acordo com as disposições constitucionais, o controle financeiro do Judiciário cabe ao CNJ. Ter-se-á

a oportunidade de estudar o CNJ com mais detalhes posteriormente. No entanto, pode-se dizer desde já que o controle exercido pelo CNJ não parece ser uma espécie de freio ou contrapeso sobre o poder Judiciário, pois a maioria de seus membros provém do próprio judiciário e a existência de freios e contrapesos pressupõe o controle de um poder contra o outro e não controles endógenos sobre os poderes.

Apenas para fins informativos, é importante mencionar aqui que o Judiciário não pode ser controlado pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's) pelos motivos já expostos no item que tratou sobre a CPI.

Com efeito, parece difícil refutar a ideia de que o controle exercido pelo Poder Legislativo se limita aos poderes de controle que lhe são atribuídos pela Constituição Federal. Nesta ordem de pensamento, a partir do art. 49, X, atribuiu ao Congresso Nacional competência exclusiva para fiscalizar ou controlar, por qualquer de suas Câmaras, os atos do Poder Executivo, inclusive os da administração Indireta, assim, tortuoso o caminho de defesa do argumento de que o CPI poder ir além dessa atribuição. Assim, me coaduno com Carlos Maximiliano, conforme exposto neste estudo, no sentido de que os fatos que podem ser examinados pelo CPI devem estar vinculados as competências legislativas e materiais da Câmara Parlamentar.¹⁴⁴

A consulta ao Regimento Interno das Casas do Congresso Nacional sinaliza que essa questão não deve ser abordada de forma diferente. O Regimento Interno do Senado Federal excluiu expressamente a possibilidade de inquirição do Poder Judiciário¹⁴⁵ e da Câmara dos Deputados, embora qualificar genericamente certos fatos suscetíveis de (“acontecimento de relevante interesse para a vida pública e à ordem constitucional, legal, econômica e social do País”), em nenhum momento, no que se refere às atribuições da CPI's, elenca qualquer medida relativa ao Poder Judiciário.¹⁴⁶ Finalmente, o Regimento Geral do Congresso Nacional não detalha a pormenores no que toca às atribuições da Comissão Parlamentar de Inquérito.

¹⁴⁴ Apesar de nosso conhecimento da CPI do Poder Judiciário, decorrente do requerimento 118, de 12.11.1999, a análise aqui realizada sob um viés teórico, de modo que permanece o entendimento de que as CPIs não têm competência para fiscalizar a Justiça.

¹⁴⁵ “Art. 146. Não se admitirá comissão parlamentar de inquérito sobre matérias pertinentes: I – à Câmara dos Deputados; II – às atribuições do Poder Judiciário; III – aos Estados”. BRASIL. Senado Federal. *Regimento interno*. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102367&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹⁴⁶ “Art. 35. A Câmara dos Deputados, a requerimento de um terço de seus membros, instituirá Comissão Parlamentar de Inquérito para apuração de fato determinado e por prazo certo, a qual terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos em lei e neste Regimento. § 1º Considera-se fato determinado o acontecimento de relevante interesse para

3.2.2.2 Infrações políticas

De qualquer forma, é importante lembrar que Ministros do Supremo Tribunal Federal e membros do Conselho Nacional de Justiça podem sofrer processo de *impeachment*,¹⁴⁷ por condutas descritas nos arts. 39 e 40 da lei Federal 1079/1950.¹⁴⁸

a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de constituição da Comissão. [...] Art. 36. A Comissão Parlamentar de Inquérito poderá, observada a legislação específica: I – requisitar funcionários dos serviços administrativos da Câmara, bem como, em caráter transitório, os de qualquer órgão ou entidade da administração pública direta, indireta e fundacional, ou do Poder Judiciário, necessários aos seus trabalhos; II – determinar diligências, ouvir indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de órgãos e entidades da administração pública informações e documentos, requerer a audiência de Deputados e Ministros de Estado, tomar depoimentos de autoridades federais, estaduais e municipais, e requisitar os serviços de quaisquer autoridades, inclusive policiais; III – incumbir qualquer de seus membros, ou funcionários requisitados dos serviços administrativos da Câmara, da realização de sindicâncias ou diligências necessárias aos seus trabalhos, dando conhecimento prévio à Mesa; IV – deslocar-se a qualquer ponto do território nacional para a realização de investigações e audiências públicas; V – estipular prazo para o atendimento de qualquer providência ou realização de diligência sob as penas da lei, exceto quando da alçada de autoridade judiciária; (Parágrafo com redação adaptada aos termos da Resolução 20, de 2004); VI – se forem diversos os fatos inter-relacionados objeto do inquérito, dizer em separado sobre cada um, mesmo antes de finda a investigação dos demais. Parágrafo único. As Comissões Parlamentares de Inquérito valer-se-ão, subsidiariamente, das normas contidas no Código de Processo Penal”. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento interno*. [S. l.], 2022. Disponível em: file:///C:/Users/bmccamargo/Downloads/regimento_interno_17ed.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹⁴⁷ Embora o vocábulo *impeachment* tenha sido utilizado, pode-se argumentar que o uso de tal terminologia não é adequado no caso de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, conforme tivemos oportunidade de estudar, o *impeachment* foi criado para punir condutas cometidas por agentes políticos, havendo quem defenda que os Ministros Supremo, e os magistrados em geral, não são agentes políticos, pois, não participam das decisões políticas, restringindo a sua função “quase que exclusivamente, à atividade jurisdicional, sem grande poder de influenciar na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*”. (DI PIETRO, Maria Sylvia, *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 679). No entanto, compreendo que os membros do Poder Judiciário, e especialmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, são agentes políticos. Com efeito, embora não exerçam cargos eletivos, gozam de grande liberdade de decisão, como já tivemos oportunidade de analisar, sendo as suas decisões, essencialmente, a interpretação final dada às normas do ordenamento, incluindo e, sobretudo tudo, as constitucionais, influenciando diretamente as decisões políticas tomadas pelos titulares de cargos eletivos; daí o uso neste trabalho da terminologia de *impeachment*.

¹⁴⁸ “Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1 – alterar, 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 desidiioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 – proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decoro 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. 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 Juizes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição”. BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

Nesses casos, é competente para processamento e julgamento o Senado Federal, na forma do art. 52, II CF/1988.¹⁴⁹

Em virtude da redação do parágrafo único do art. 52 da CF/1988, no referido julgamento, terá como presidente o Presidente do Supremo Tribunal Federal, limitando a condenação, que só poderá ser pronunciada por maioria de dois terços dos votos do Senado Federal, a perda do cargo, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Aplicam-se aqui as mesmas observações que foram feitas quando do estudo do instituto do *impeachment* do Presidente da República, ou seja, trata-se de um mecanismo de freio indireto a ser aplicado pelo Poder Legislativo às atribuições do Poder Judiciário.

3.2.2.3 Anistia

De acordo com o art. 48, 7, FC/1988, compete ao Congresso Nacional conceder a anistia, através deste é concedido o perdão ao infrator, seja durante o processo ou após a condenação; dito de outra forma, opera-se o esquecido do ato infrator por vontade do Congresso Nacional.

A anistia é implementada por meio de lei e, portanto, sujeita a sanções do Presidente da República. Pode-se constatar que em virtude da anistia, ocorre interferência legislativa sobre a atividade típica do Poder Jurídica, concretizando assim freio direto sobre as atribuições deste último. Nas palavras de Celso Bastos, citando os ensinamentos de Rui Barbosa, refere que a anistia, ao remontar-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo a própria infração.¹⁵⁰ Concluiu-se, portanto, que tal instituição remover a culpa dos infratores com os quais certas pessoas foram punidas.

¹⁴⁹ Além de levar a julgamento os membros do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o Senado Federal tem competência para julgar, no que diz respeito aos mesmos crimes, os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁵⁰ BASTOS, Celso. Anistia de crimes tributários. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 42, p. 89-96 jan./mar. 2003.

3.2.2.4 Participação na fixação de subsídios

A fixação pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o art. 48, XV, da CF/1988, configura mecanismo de contrapeso, conforme já explicitado acima, sobre as atribuições do Poder Judiciário.

Diz-se isso, pois a prerrogativa de, certa forma, determinar o valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal gera ingerência indireta sobre as atribuições do Poder Judiciário. Com efeito, o valor do subsídio dos magistrados está diretamente ligado à forma como as suas atribuições serão desempenhadas. Portanto, não há como separar de forma radical o valor do subsídio dos magistrados do desempenho que irão ter, fazendo com que, ainda que de forma indireta, a possibilidade participar na fixação do valor do subsídio configure um contrapeso sobre o Poder Judiciário.

Como se viu, poucos são os freios e contrapesos existentes na Constituição Federal com vistas a conter os eventuais abusos praticados pelo Poder Judiciário; sendo que os poucos existentes são mecanismos indiretos de controle, não havendo qualquer freio exercido de maneira direta com relação às atribuições típicas do Poder Judiciário, a exceção dos institutos do indulto, da comutação de pena e da anistia.

3.2.3 Tribunais de Contas¹⁵¹

Neste item trataremos sobre o Tribunal de Contas, de forma breve, pois, como já explanado acima, os Tribunais de Contas, embora auxiliem o Poder Legislativo no

¹⁵¹ Poder-se-ia, aqui, mencionar o Ministério Público, que é órgão que goza da mesma independência gozada pelo Tribunal de Contas; não pertence, da mesma forma, a nenhum dos três Poderes; e também possui função fiscalizatória. Com efeito, no artigo 129 da CF/88, pode-se encontrar as funções institucionais do Ministério Público. São elas: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Pelo que se lê das atribuições do Ministério Público, estas

controle financeiro que este exerce sobre o Poder Executivo, não o constituem, assim como não constituem nenhum dos outros dois Poderes.

Anna Cândida da Cunha Ferraz foi citada nesse sentido. Entretanto, com a finalidade de corroborar ainda mais com a posição aqui defendida, de que os Tribunais de Contas não podem ser visto entre os freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo, buscamos os ensinamentos do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto.

O ilustre ex-Ministro afirma, em seu artigo *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*, categoricamente que o Tribunal de Contas não é órgão do Congresso Nacional, o que afirma com base na redação dada pelo artigo 44 da CF/1988, especificando que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Após ter distinguido o controle exercido pelo Parlamento – de conveniência e oportunidade - daquele exercido pelo Tribunal de Contas - com base em critérios técnicos e jurídicos, que se concretiza mediante a classificação de critérios de subsunção de fatos e pessoas à objetividade nas normas constitucionais e legais – assegura que o Tribunal de Contas não é um órgão auxiliar ao Parlamento Nacional, no sentido de que lhe está subordinado hierarquicamente. Pelo contrário, sustenta que os Tribunais de Contas gozam de independência no desenvolvimento das suas funções, devendo a assistência por eles prestada ser entendida, *mutatis mutandis*, conforme aquele prestado pelo Ministério Público no desenvolvimento da jurisdição.¹⁵²

Dos ensinamentos anteriores, pode-se concluir que os controles exercidos por este órgão independente têm igual peso nas unidades administrativas dos Poderes Executiva, Judiciária e Legislativa. Assim, revela um peso neutro no equilíbrio final de freios e contrapesos. Além disso, na Constituição Federal, o Tribunal de Contas não foi concebido como um Poder, isso apesar de ser, sem dúvida, instância fiscalizatória independente, externa aos três Poderes.

apresentam grande diversidade, de alta relevância para a concretização do Estado Democrático de Direito. Contudo, não se afigura possível identificá-las apenas com o controle externo dos Poderes, daí porque fez-se a escolha de não as mencionar no presente estudo. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁵² BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Conta. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 3 jul. 2022.

Neste sentido, a arte 71, IV, da CF/1988 confere ao Tribunal de Contas competência para realizar, de ofício, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, fiscalizações e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Refira-se que, ainda que o Poder Legislativo possa iniciar as referidas fiscalizações (inspeções e auditorias contábilísticas, financeiros, orçamentais, operacionais e patrimoniais), deve sempre servir-se do Tribunal de Contas como ponte.¹⁵³

O controle exercido pelo Tribunal de Contas é de natureza técnica e avaliará a aplicação dos recursos públicos pelos responsáveis por sua gestão, respeitando os critérios estabelecidos no art. 70 da CF/1988: legalidade, legitimidade e economia dos atos praticados. Esse controle é feito analisando a regularidade, o respeito aos procedimentos a serem adotados para que as despesas ocorram, e caso sejam constatadas irregularidades, possam ser aplicadas sanções, como multas, sustação do ato ou contrato.

Pela legitimidade e legalidade¹⁵⁴ dos procedimentos administrativos, convém lembrar que o Tribunal de Contas detém a prerrogativa exclusivo de analisar a legalidade de licitações, inclusive de forma prévia, podendo até determinar a suspensão dos processos licitatórios que forem considerados em desacordo com a legislação.

Quando à análise de Economicidade, é importante alertar que não basta uma fiscalização patrimonial do ato, devendo o Tribunal adentrar realmente em todos os pormenores. Ou seja, para que tal controle seja feito, não basta verificar que o contrato firmado é o mais econômico, mas que além de ser o mais econômico é aquele que prestou o melhor serviço. Deve ser estabelecida uma relação custo-benefício entre o investimento e o resultado do contrato. Assim, o contrato firmado pelo menor preço que não entregue um resultado de qualidade, não passará no controle de

¹⁵³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁵⁴ O controle de legalidade está vinculado ao aspecto formal, ou seja, verifica-se a adequação formal do ato produzido à legislação. A verificação de legitimidade, por outro lado, garante que seu controlador tenha adentre no mérito do ato, mesmo que o ato seja formalmente perfeito, mas pode não estar de acordo com os princípios básicos que regem a determinada área do direito. Por exemplo, no caso do controle exercido pelo Tribunal de Contas, não podem não cumprir os princípios orçamentais e financeiros. TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, DF, v. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

economicidade, já que o investimento inicial terá sido muito caro. Por outro lado, um contrato com custo mais elevado servirá melhor à economicidade se o resultado for totalmente satisfatório.¹⁵⁵

O Tribunal de Contas não é responsável apenas pelo controle patrimonial, mas também por tudo relacionado a pessoal. Portanto, verifica-se a utilização do emprego do numerário quanto à legalidade dos atos de admissão, ao serviço público, recursos humanos, devendo a avaliação contemplar os aspectos: recursos humanos, serviços essenciais, impossibilidade de remanejamento de pessoal, verbas orçamentárias, legitimidade do concurso público, bem como atos de concessão de aposentadoria, reforma ou pensões.¹⁵⁶

Sistematizando os tipos de controle que o Tribunal de Contas pode exercer, são eles, segundo José Afonso da Silva: (i) a legalidade dos atos que resultem na arrecadação de receitas ou despesas; (ii) a legitimidade, que admite o exame do mérito do ato e não apenas sua forma – legalidade; (iii) economicidade, que também envolve a questão do mérito, mas numa perspectiva de custo-benefício; (iv) fidelidade funcional, que se refere ao controle dos agentes responsáveis pelo dinheiro e bens públicos; (v) de resultados, quando da verificação do cumprimento de objetivos, execução de contratos – formal do ato.¹⁵⁷

Artur Cesar de Souza, esclarece, ao mencionar que “Não obstante o Conselho Nacional de Justiça, por força constitucional, seja um órgão de controle e fiscalização, inclusive orçamentário, do Poder Judiciário, isso não lhe dá a prerrogativa de se esquivar ao controle externo de fiscalização do Tribunal de Contas da União”.¹⁵⁸ O mesmo autor cita o precedente estabelecido no Mandado de Segurança 25.203,¹⁵⁹ de relatoria do Ministro Celso de Mello no mesmo sentido.

¹⁵⁵ FREITAS, José Ferreira de. Os Tribunais de Contas e a Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 6, p. 80-86, jan./mar. 1994.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 764-765.

¹⁵⁸ SOUZA, Artur Cesar. *Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura: uma perspectiva democrática fiscalizatória (checks and balances)*. Distrito Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 139.

¹⁵⁹ “Justiça Eleitoral. Requisição de servidores (Lei nº 6.999/82). Eficácia temporal dessa requisição administrativa. Cessação do afastamento dos servidores requisitados, por efeito da superação do prazo legal. Necessário e automático desligamento do servidor cedido, com a sua consequente devolução à repartição de origem. Inexistência, em tal situação, quanto ao servidor requisitado, de direito subjetivo à permanência no órgão eleitoral requisitante. Correta deliberação adotada pelo Tribunal de Contas da União, com apoio em competência constitucional que lhe confere a prerrogativa de exercer a fiscalização externa dos poderes da República (CF, arts. 70 e 71). Considerações em torno do poder constitucional de controle externo deferido, institucionalmente,

Por fim, ressalte-se que embora o Tribunal de Contas tenha competência para julgar os atos das unidades administrativas dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário, até mesmo para impor multas dotadas de eficácia executiva. Mas, bom que se diga, este não perdeu sua natureza administrativa, de modo que é sempre questionado pelo Poder Judiciário, embora na esfera administrativa isso não ocorra.¹⁶⁰

3.3 O Poder Judiciário

Neste item, serão analisados os freios e contrapesos exercidos pelo Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo.

3.3.1 Freios e contrapesos exercidos pelo Judiciário

Abaixo serão analisados os freios e contrapesos que pesam sobre os Poderes Executivo e Legislativo por força de atuação do Poder Judiciário.

3.3.1.2 Controle de constitucionalidade e de legalidade

A atividade típica desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal é ser o guardião da Constituição Federal¹⁶¹ e a prerrogativa, reconhecida de modo geral, outorgada aos juízes, como um todo, de afastar leis e atos que entendam inconstitucionais ou ilegais, bem como determinar a prática de conduta do Poder Executivo, caso estes não estejam de acordo com a legislação, representa, por excelência, o maior freio aos demais Poderes - Legislativo e Executivo.

Pelo fato de nosso sistema de controle de constitucionalidade combinar o modelo norte-americano, difuso, pelo qual, qualquer juiz ou qualquer Tribunal (neste último caso, obedecendo à cláusula de reserva do plenário, contida no artigo 97, X,

aos Tribunais de Contas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança denegado". BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 25203/DF*. Impetrado: Herivaldo Carlos Gomes. Impetrante: Tribunal de Contas da União. Relator: Celso Mello. 09 de setembro de 2005. p. 197-203. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2270729>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁶⁰ Apesar do grande debate aceso na doutrina sobre a capacidade do Poder Judiciário de rever as decisões dos Tribunais de Conta, o STF entendeu que era uma atribuição de julgar meramente administrativa.

¹⁶¹ "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]". BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

da CF/1988) pode, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com modelo austríaco, concentrado, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com força vinculante e *erga omnes*, a amplitude dos freios outorgados ou exercidos pelo Poder Judiciário sobre os atos dos Poderes Executivo e Legislativo são enormes.

Com efeito, os instrumentos de controles abstratos de inconstitucionalidade previstos na CF/1988, ou seja, aqueles que teoricamente permitem questionar atos normativas, independentemente dos direitos subjetivos envolvidos, afiguram-se instrumentos de controle poderosos dos atos exarados pelo Legislativo e Executivo.

O artigo 103 da CF/1988 dispõe sobre Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) e Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI). Ações estas que, quando ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, possuem caractere ambivalente, na medida que o julgamento procedente de uma ADC seja equivalente à decisão de improcedência de uma ADI e vice-versa. Essas ações permitem o questionamento de atos normativos, emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo, que possam ferir diretamente a Constituição Federal.¹⁶² A decisão proferida pela Suprema Corte tem efeitos retroativos, salvo decisão em contrário, efeito *erga omnes* e vincula o Poder Judiciário e a Administração. Vale lembrar que as decisões proferidas no âmbito dessas ações não são passíveis de recurso suscetível a modificar o entendimento prolatado pela Corte.

Outra ação contemplada pelos instrumentos que permitem o controle abstrato de constitucionalidade é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Tal instrumento admite um controle muito mais amplo do que aquele admitido no âmbito da ADI e da ADC, pois admite a impugnação de atos anteriores e posteriores à CF/1988, mesmo os não normativos, pois o controle não é de constitucionalidade, mas de descumprimento de preceito fundamental.

Há, também, a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no art.103 CF/1988, determina a permissão para o controle sobre as omissões dos outros Poderes da República, Legislativo e Executivo. Por meio desta

¹⁶² Tais ações não são autorizadas quando o ato contestado é (i) tipicamente regulamentar; (ii) tratando-se de assuntos *interna corporis* (internas ao corpo de determinado Poder, típico do regimento interno, porém, os assuntos que são tratados no Regimento Interno e que não sejam da essência *interna corporis*, poderá ser submetido ao controle do Judiciário); (iii) as normas constitucionais originárias (princípio da unidade da CF); (iv) leis revogadas; e (v) normas que deixaram de produzir efeitos.

o Supremo Tribunal Federal terá conhecimento da omissão e, assim, pode fixar prazo para que o Poder responsável pela omissão o sane (art. 103, § 2º, CF/1988).

O Mandado de Injunção, prevista no art. 5º, LXXI, da CF/1988,¹⁶³ configura instrumento de controle concentrado de constitucionalidade. Também desempenha um papel relevante no controle exercido pelo Judiciário nos Poderes Legislativo e Executivo. Com efeito, tal instrumento pode ser impetrado por qualquer pessoa, desde que tenha direito inviabilizado por ausência de norma regulamentadora. Ressalte-se que essa ferramenta se tornou mais eficaz com a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da corrente concretista geral¹⁶⁴, que reconhece que o Poder Judiciário supra a ausência de norma regulamentadora. Ressalte-se que o Poder Judiciário deixou de ter um papel de legislador negativo e passa, inclusive, a criar normas omitidas por outros Poderes.

Em linhas gerais, é importante destacar que o Poder Judiciário, por meio de qualquer ação de conhecimento, seja sumário ou exauriente, poderá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei deliberada pelo Poder Legislativo ou a ilegalidade de atos regulamentadores expedidos pelo Poder Executivo, com o fim de conceder o direito principal pleiteado. Nesse contexto, é importante mencionar o Mandado de Segurança, que permite a concessão de segurança nos casos em que uma autoridade viole um direito líquido e certo, neste caso, o Judiciário determina que a autoridade se abstenha de exercer determinada conduta, quando o abuso resultar

¹⁶³ “Art. 5º [...] LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁶⁴ Antes da MI 680 / DF, que tratava do direito de greve dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não era possível ao Judiciário, nos casos em que o Congresso não havia legislado, prover tal ausência. Porém, com a decisão MI-712-8, o entendimento da Corte mudou. Prossegue abaixo um resumo descritivo da decisão. “Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [art. 9º da Constituição do Brasil]. Aplicação da Lei federal 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos definidos por esta Corte. Continuidade do serviço público. Greve no serviço público. Alteração de entendimento anterior quanto à substância do Mandado de Injunção. Prevalência do interesse social. Insustentabilidade do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e à separação dos poderes [art. 60, § 4º, III, da Constituição do Brasil]. Incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil”. BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 721-8/PA*. Relator: Eros Grau. 31 de out. 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan. 2023.

de um ato praticado, ou, ainda, que pratique determinado ato, nos casos em que a autoridade não tenha exercido determinado ato que deveria ter exercido, caso este de omissão.

Da análise de todos os instrumentos acima mencionados, infere-se, facilmente, que o controle dos atos produzidos pelos demais Poderes é atividade típica do Judiciário, ou seja, o exercício de freios nas decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, é inerente à sua atividade-fim.

De fato, percebe-se que existem vários mecanismos de freios e contrapesos, e muitos deles são indiretos, ou seja, não afetam as atividades fins dos Poderes. O que ocorre com os mecanismos exercidos pelo Poder Judiciário nos demais Poderes é exatamente o contrário, ou seja, o controle externo que ele exerce se revela como um freio às atividades fins exercidas pelos demais Poderes, pois sempre tem a prerrogativa de neutralizar determinada decisão tomadas em outra esfera de poder, por meio do controle de (in)constitucionalidade ou (i)legalidade, seja direta ou incidentalmente, o que inclui, conforme o tipo de controle exercido, tanto atos do Legislativo (leis), quanto do Executivo (aqui podem incluir-se os atos administrativos proferidos pela Administração Pública, os decretos regulamentares, os decretos autônomos, os atos normativos, como os expedidos pelas Agências Reguladoras).¹⁶⁵

Além disso, esses freios não estão sujeitos a controle externo, ou seja, não estão sujeitos, por sua vez, a outros mecanismos de freios e contrapesos, mas apenas ao exame de instâncias superiores, ou de mesma hierarquia, inerentes ao Poder Judiciário -, são, portanto, dotados de um caráter de definitividade.

Pode se perceber uma evolução na gestão dos referidos instrumentos: se antes o controle do Poder Judiciário sobre os atos praticados pelos demais Poderes era mais retraído, este se tornou cada mais expansivo em dias atuais. A esse respeito, pode-se dizer que em tempos anteriores o Judiciário entendia que os atos expedidos pelo Poder Executivo não eram passíveis de controle quanto ao seu mérito (discricionariedade da Administração), mas apenas quanto à sua legalidade formal. Porém, com o passar do tempo, o Poder Judiciário passou a entender que era possível

¹⁶⁵ Citemos Flávia de Almeida Viveiros de Castro dizendo: “Os tribunais controlam e censuram os atos do Poder Público, não permitindo que prevaleçam aqueles que são tidos por ilegais ou inconstitucionais. Acionado, o juiz interdita, condena, executa, ordena, declara o Direito. Assume a censura direta dos atos das autoridades, assegurando, efetivamente, a proteção dos direitos fundamentais”. CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 38, ano 10, p. 289-303, jan./mar. 2002.

adentrar no âmago do ato, exercer controle sobre o mérito, ou seja, sobre as decisões do administrador, desde que essas decisões atacassem a proporcionalidade, a razoabilidade e a outros princípios constitucionais.¹⁶⁶ Atualmente, frisasse, é frequente a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, pelo Poder Judiciário, tanto em casos de inércia quanto na implementação de políticas públicas insuficientes, tal prática é corrente.

Quanto aos atos do Poder Legislativo, a declaração de inconstitucionalidade dependia de critérios regidos, ou seja, dependia de flagrante violação à Constituição Federal. Atualmente, como ensina Luís Roberto Barroso¹⁶⁷, a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos expedidos pelo legislador se baseia em critérios menos rígidos do que os da patente e ostensiva violação da Constituição. O exemplo citado pelo autor, dentre outros, é a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a cláusula de barreira, na qual o Tribunal declarou inconstitucionais as normas legais que restringem o funcionamento parlamentar de partidos políticos que não atendem aos requisitos mínimos de desempenho eleitoral, sem que tal cláusula violasse qualquer norma expressa da Constituição Federal.

Portanto, o mecanismo de freio que o Poder Judiciário pode lançar mão, parecem ser os mais fortes de todos os outros, uma vez que se faz sobre as atribuições típicas dos demais Poderes, de forma definitiva, ou seja, é dizer que das

¹⁶⁶ Veja, a esse respeito, ADFP nº. 45. A ação questionou o veto presidencial à Lei de Diretrizes Orçamentária para o ano de 2004, que visava garantir recursos mínimos para a área da saúde em consonância com a reforma constitucional nº 29/2000. No julgamento da referida ação, o relator, Ministro Celso de Mello, entendeu que a Justiça Federal, pela dimensão política da jurisdição constitucional, pode rever as decisões políticas adotadas pelos administradores, desde que tais decisões firmem os princípios da razoabilidade e, adicionalmente, outros princípios ou direitos constitucionais, com vistas à manutenção do núcleo mínimo de direitos fundamentais. “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF*. Relator: Celso Mello. 04 maio 2004. p. 00012.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 1-177 jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2022.

decisões do Poder Judiciário não cabe nenhuma revisão que lhe seja externa, e absoluta, pelo que suas decisões não permitem qualquer contra freio.¹⁶⁸

3.3.2 Quadro-resumo comparativo dos freios e contrapesos¹⁶⁹

(continua)

Sobre os Poderes	Freios exercidos pelos Poderes		
	Executivo	Legislativo	Judiciário
Executivo	X	<p>Diretos</p> <p>1. Neutralização de tomada de decisões no desempenho de funções típicas (e.g., autorização de declaração de guerra, intervenção federal, estado de sítio).</p> <p>2. Neutralização de decisões no desempenho de funções atípicas pelo Poder Executivo (não conversão de MP em lei, controle da lei delegada).</p> <p>Indiretos</p> <p>1. Controle financeiro</p> <p>2. Comissão Parlamentar de Inquérito</p> <p>3. Julgamento de crimes de responsabilidade (<i>impeachment</i>).</p> <p>4. Fixação do subsídio do Presidente da República</p>	<p>Direto</p> <p>1. Controle de constitucionalidade e de legalidade.</p>
Legislativo	<p>Direto</p> <p>1. Veto</p>	X	<p>Direto</p> <p>1. Controle de constitucionalidade</p>
Judiciário			X

¹⁶⁸ A única Constituição brasileira que previa a possibilidade de revisão do *judicial review* foi a constituição de 1937, que concedeu ao Presidente da República, caso julgasse necessário ao bem do povo, a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, a competência de submeter a decisão do Poder Judiciário ao Parlamento, podendo este anular a decisão tomada.

¹⁶⁹ A classificação utilizada – freios e contrapesos diretos e indiretos – decorre, conforme já explicitado adrede, da forma como os mecanismos de freios e contrapesos foram estudados acima. Assim, os freios e contrapesos diretos incidem sobre as atividades típicas dos Poderes; já os freios e contrapesos indiretos não incidem sobre a atividade típica desempenhada pelos Poderes, porém podem influenciá-la.

(conclusão)

Sobre os Poderes	Contrapesos exercidos pelos Poderes		
	Executivo	Legislativo	Judiciário
	<p>Direto</p> <p>1. Indulto ou comutação de penas</p> <p>Indireto</p> <p>1. Fixação de subsídio dos Ministros do STF</p>	<p>Direto</p> <p>1. Conceder anistia</p> <p>Indireto</p> <p>Julgamento de crime infrações políticas dos Ministros do STF e membros do CNJ.</p>	
Executivo	X	<p>Direto</p> <p>1. Participação na tomada de decisões de funções típicas (Conselho da República, Defesa Nacional).</p> <p>Indireto</p> <p>1. Autorização para julgamento de infrações penais.</p> <p>Nomeação de autoridades</p>	<p>Indireto</p> <p>1. Participação da comissão de julgamento do <i>impeachment</i></p>
Legislativo	<p>Diretos.1. Participação do processo legislativo (veto derrubado; sanção, promulgação, iniciativa)</p> <p>2. Nomeação de autoridades (Tribunal de Contas)</p>	X	
Judiciário	<p>Indiretos</p> <p>1. Participação no processo de nomeação de magistrados.</p> <p>Fixação de subsídio dos Ministros do STF.</p>	<p>Indiretos</p> <p>1. Participação no processo de nomeação de magistrados.</p> <p>2. Participação na fixação de subsídios dos Ministros do STF.</p>	

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESEQUILIBRIO ENTRE OS MECANISMOS DE FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O PODER JUDICIÁRIO

Como se deduz do estudo dos freios e contrapesos impostos a todos os Poderes, o menos controlado, ou seja, aquele sobre o qual a Constituição de 1988 estabeleceu o meio de controle menos efetivo, por meio de mecanismos de freios e contrapesos, é o Poder Judicial.¹⁷⁰ Obviamente, esta conclusão não deriva de uma observação quantitativa (número de controles realizados), mas qualitativa, cujo parâmetro é a eficácia dos controles realizados.

Por outro lado, as relações de controle entre o Executivo e o Legislativo são muito mais intensas, principalmente no que diz respeito à atribuição típica desses dois Poderes; o mesmo se aplica ao controle do Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo, como pode ser percebido dos quadros-síntese.

Com efeito, vários mecanismos de freios e contrapesos são concebidos para os Poderes Executivo e o Legislativo: chegamos que no Brasil esse sistema de cheques mútuos se manifesta, entre outras coisas, no controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a constitucionalidade das leis e a legalidade de outros atos normativos emanados pelo Poder Público, se estes e aqueles violentarem o texto magno. No que diz respeito ao controle do Poder Executivo sobre o Legislativo, aquele pode vetar projetos de lei aprovados pelo Legislativo, se estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público, e, de modo geral, participa do processo legislativo. O Poder Legislativo estabelece mecanismos de contenção ao fiscalizar e investigar os atos praticados pelo Poder Executivo, especialmente no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários; bem como a possibilidade que este Poder tem de rejeitar vetos, decidir definitivamente sobre tratados, convenções e atos internacionais firmados pelo Presidente da República com Estados estrangeiros, apreciar as indicações do Executivo para o preenchimento de determinados cargos públicos e julgar a destituição, processo de *impeachment* do Presidente da República e dos Ministros de Estado quando com

¹⁷⁰ Justamente porque o tema do estudo são os controles exercidos por meio dos mecanismos de freios e contrapesos, deixa-se de mencionar, neste tópico, o controle da atividade judicial não enquadrável no conceito de freios e contrapesos. Sobre esse aspecto, Clémerson Merlin Clève menciona que são controles ao Poder Judiciário: o duplo grau de jurisdição, o princípio da publicidade e a fundamentação racional da decisão judicial. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

eles se encontrarem vinculados.

Por outro lado, poucos são os mecanismos para coibir a atuação do Poder Judiciário: (i) a nomeação de magistrados, conforme estudado;¹⁷¹ (ii) o julgamento pelo Legislativo de Ministros do STF e membros do CNJ por *impeachment*; (iii) a prerrogativa do Presidente da República de conceder indultos ou comutação de penas e o Poder Legislativo de conceder anistias; e (iv) a deliberação e sanção sobre os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Nota-se, portanto, que os freios e contrapesos impostos ao Poder Judiciário pelos demais poderes foram realizados de forma indireta, não havendo nenhum que seja exercido sobre as atribuições típicas do Judiciário. Os únicos mecanismos de freio e contrapeso exercidos sobre as atribuições típicas do Judiciário são a comutação de penas, a concessão de indultos ou anistias, estas que abrangem uma atividade muito limitada (somente penal) entre todas aquelas que o Poder Judiciário pode exercer.

Isso significa que, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo estão sujeitos a controles indiretos e diretos, que afetam diretamente as atribuições que lhes são atribuídas, e.g., o veto sobre projeto de lei deliberado pelo Congresso, o que representa um freio à atividade típica do Legislativo realizado pelo Poder Executivo, ou, mesmo qualquer freio que o Legislativo impõe ao Executivo em atividades típicas de governo, como aprovação do Estado de Defesa e a Intervenção Federal, autorizar o Estado de Sítio e a Declaração de Guerra. Já, sobre o Poder Judiciário, não há nenhum freio, direta ou indireto, que recaia sobre sua atividade típica de julgar, exceto na comutação da pena, na concessão do indulto ou da anistia, como visto, e, quanto à contrapesos, sofre-os apenas indiretamente.

A despeito de ser o menos controlado, goza da prerrogativa de controlar, por meio de mecanismos de freios diretos, os atos dos Poderes Legislativo e Executivo em suas atividades típicas, controle este - de constitucionalidade e legalidade - que é absoluto e definitivo, sem possibilidade de qualquer revisão externa em território brasileiro da utilização desse mecanismo.

Ao que parece, as palavras de Francisco de Sá Filha foram apropriadas, pelo menos no que se refere a da democracia representativa, quando afirma que o Poder

¹⁷¹ A escolha, com aprovação do Senado Federal, da totalidade dos membros do Supremo Tribunal Federal; de 1/3 (um terço) dos membros do Superior Tribunal de Justiça e de 1/5 (um quinto) dos membros dos demais tribunais federais;

Judiciário: "o menos democrático dos Poderes é o mais poupado pelos freios e contrapesos dos demais."¹⁷²

Portanto, a análise da distribuição constitucional dos freios e contrapesos impostos a todos os poderes, sem dúvida, revela menor controle sobre o Poder Judiciário, comparativamente aos demais Poderes.

4.1 A origem do desequilíbrio e a atual realidade brasileira

A distribuição desigual dos mecanismos de freios e contrapesos, que geram maior independência e supremacia do Poder Judiciário, pode ser explicada historicamente, como já foi desvendado em determinados pontos deste trabalho.

Com efeito, ao analisar trechos da obra *O Federalista*, percebeu-se que o Poder Judiciário, na concepção dos autores da obra, era o poder, dentre os outros dois, com menor potencial lesivo à Constituição e o mais neutro de todos.

A teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, concebia o Poder Judiciário como um mero repetidor da lei, um poder invisível e insignificante, nas palavras do autor.¹⁷³

Ao vislumbrar neutralidade, invisibilidade e pequeno potencial lesivo à Constituição no Poder Judiciário, comparado aos Poderes Executivo e Legislativo, a teoria clássica da separação dos poderes concebeu uma separação entre Política e Direito, e regulou a influência da primeira sobre o segundo, reconhecendo o seguinte: totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizado no Judiciário.¹⁷⁴ Esse era o sentido da separação dos poderes: evitar o despotismo, que pode facilmente surgir se aqueles que aplicam o direito são os mesmos que tomam as decisões influenciadas pela política. Consequentemente, essa

¹⁷² SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1959. p. 290.

¹⁷³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. Martin Claret. Paris: Garnier, 2020. O Professor José Levi Mello do Amaral Júnior demonstra que, de acordo com a teoria sobre a separação dos poderes de Montesquieu, o Poder Judiciário se neutralizaria por si só, por duas razões. Sendo a primeira refere à formação do Poder Judiciário, que deveria ser composto por pessoas extraídas do corpo do povo, pelo período necessário a determinado julgamento, possibilitando-se ao criminoso a participação, juntamente com a lei, dos juizes. A segunda se refere ao método decisório, que tem a lei como limite da interpretação, não havendo espaço para criação da decisão, o que traz segurança jurídica. AMARAL JR., José Levi Mello. Sobre a organização de Poderes em Montesquieu. Comentários ao capítulo VI do Livro XI de 'O espírito das Leis'. *Revista dos Tribunais, São Paulo*, v. 868, p. 53-68, fev. 2008.

¹⁷⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

atividade deve ser afastada da política para justificar sua autoridade de aplicação da lei, a fim de evitar o abuso de poder tão reprimido por Montesquieu.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz chega a afirmar que a neutralização do Poder Judiciário, seu caráter apartidário, foi pedra angular na caracterização do Estado de Direito burguês e dos sistemas políticos que se desenvolveram a partir de então, visto que o princípio da tripartição dos Poderes e a complexa estrutura de comunicação entre forças interligadas permitiram a superação do modelo absolutista.¹⁷⁵

O referido distanciamento não se concebeu apenas politicamente, mas também ética e moralmente. Politicamente, a distância surge da incapacidade do juiz de se distanciar da redação da lei ao decidir um caso. As Escolas Formalistas, especialmente a Escola de Exegese de origem francesa, argumentavam que não cabia aos juízes criar as decisões, pois elas já existem no ordenamento jurídico, que era, segundo sua concepção, claro, completo e perfeito.¹⁷⁶ Tais Escolas, com efeito, entendiam o produto da atividade legislativa como a expressão máxima da vontade do povo e que, justamente por possuir tal qualidade, não deveria sofrer qualquer tipo de ingerência dos demais Poderes, incluindo aqui o Poder Judiciário, por meio da atividade decisória. A interpretação feita pelos juízes era vista com grande desconfiança, já que caracterizava meio de fazer realizar suas próprias valorações (dos juízes), assim fazendo valer a vontade do Poder Judiciário em detrimento da vontade geral.

Max Moller ensina, em *As dimensões do princípio da separação dos poderes*, que o Poder Judiciário só podia exercer a operação de subsunção quando da aplicação da lei, pois, já que vigia a consagração da supremacia legislativa cuja fonte era a vontade popular, sendo que qualquer interpretação feita pelo Poder Judiciário pode resultar em desacato à vontade suprema da lei.¹⁷⁷ No mesmo espírito, José Adércio Leite Sampaio da conhecimento que, havendo dúvida sobre a letra da lei, não

¹⁷⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

¹⁷⁶ Informações interessantes foram obtidas no trabalho de Mônica Sifuentes sobre a Código Civil Prussiano, que pretendia definir todas as relações jurídicas possíveis e continha pelo menos dezenove mil artigos, e foi coroado pela proibição da interpretação judicial. SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 103.

¹⁷⁷ MOLLER, Max. As dimensões do princípio da separação dos Poderes no constitucionalismo contemporâneo. In: MARÇAL, Cláudia; CORDEIRO, Cleonice Alves; QUACKEN, Maria Elisa (org.). *Anais do XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado*. Goiânia: Kelps, 2008. v. 1, p. 153-168.

cabe ao Judiciário interpretá-la, mas submetê-la à interpretação do Poder Legislativo, por meio do instrumento denominado *référé législatif*.¹⁷⁸

Assim, na concepção da Escola da Exegese, ao reunir normas decorrentes do legislativo racional, nasceu o código que representa a expressão suprema da razão social e jurídico. Não havendo qualquer possibilidade para a criatividade judicial, sendo a tomada de decisão uma simples operação de conhecimento das normas, já que se encontram em estado de perfeição e completude no ordenamento jurídico.

Miguel Reale ensina que a ideia fundamental da Escola de Exegese é que o Direito é aquilo que se revela pelas leis, normas gerais e escritos emanados do Estado, que, como sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresenta lacunas. De acordo com esta Escola, os juristas devem sempre partir do direito positivo e nunca devem buscar respostas fora da lei.¹⁷⁹

Em termos de distanciamento ético e moral, o conceito de positivismo jurídico, introduzido por Hans Kelsen, ensina que o direito válido é o direito posto pelo Estado. Independentemente de o conteúdo corresponder ou não ao conteúdo da moralidade e da ética (direito natural). Note-se, ainda, que o controle concentrado em sua origem, com base nos ideais kelsenianos do positivismo jurídico, concebia o sistema judiciário como separado dos valores e, em geral, dos ideais de justiça, e, atribuído a Corte Constitucional o papel de guardião da Constituição com base nesses preceitos. Como ensina Jorge Octavio Lavocat Galvão, o órgão central e independente - Corte Constitucional -, idealizado por Kelsen, tinha por objetivo isolar o direito da política, permitindo a existência de um Guardião da Constituição que proporcionasse segurança e objetividade, ao contrário do que aconteceu com o controle difuso de constitucionalidade.¹⁸⁰

Soma-se a isso a ideia de que o Judiciário era politicamente e axiologicamente neutro, de que lhe eram asseguradas as prerrogativas de independência e autonomia em relação aos Poderes Executivo e Legislativo por razões muito específicas: o judiciário não oferecia potencial lesivos as normas constitucionais ou

¹⁷⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 178.

¹⁷⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁸⁰ GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Menezes *et al.* (coord.). *Direito Constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 365-394.

infraconstitucionais.¹⁸¹ Quanto ao Poder Executivo, dado que o Poder Judiciário só aplica a lei de forma contenciosa, ou seja, sempre de forma provocativa, vale dizer, sempre que provocado, se manifestando somente em casos individuais, exceto em relação a ações diretas de inconstitucionalidade; e o Poder Executivo o faz de forma geral e de ofício. Já em relação ao Poder Legislativo, uma vez que as decisões do Poder Judiciário são programadas e não programantes, pois são produzidas com base na lei e na Constituição, nos princípios gerais do direito, nos costumes e sua decisão é válida apenas para aquele caso, e não para todos; sendo que o Poder Legislador detém maior discricionariedade na atividade legislativa, que se aplica a todos de forma geral.

Karl Loewenstein também adverte que a teoria clássica da separação dos poderes não previa o instituto do *judicial review*, pelo qual, permitisse aos Tribunais opor-se às decisões do Congresso e do Presidente. Talvez por isso, os controles políticos não tenham sido impostos com tanto peso sobre o Judiciário. Com as premissas acima, partiram os teóricos da separação dos poderes, dos freios e contrapesos e até do controle concentrado de constitucionalidade.

- De que o Poder Judiciário é politicamente neutro e baseado em um ordenamento jurídico perfeito, claro e sem lacunas, manifesta-se apenas em caso individualizados – tais premissas não mais existem, pelo menos é o que indica a realidade brasileira.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, a semente que gerou a desneutralização, política e moral, do Poder Judiciário foi a crescente demanda social por direitos de prestação positiva e não, apenas, negativas. A demanda social pela aplicação dos direitos positivos exigia não apenas uma maior ampliação do papel do Poder Executivo, mas, sobretudo, do Poder Judiciário.¹⁸²

Ao ser provocado sobre o conteúdo e a densidade desses direitos, o Poder Judiciário não pode mais alegar sua neutralidade política, uma vez que é chamado a dizer sobre as finalidades para as quais o Estado foi concebido.

¹⁸¹ Essa expressão foi inclusive utilizada por Hamilton, no artigo 78 de *O Federalista*, já citado neste estudo, nota de rodapé 74.

¹⁸² Ana Paula de Barcellos afirma, além do exposto, que a grande mudança no papel do judiciário ocorreu após a Segunda Guerra Mundial. À época verificou-se que o Parlamento, por meio da lei, não evitou os horrores cometidos, tornando-se necessário dar força normativa à Constituição e aos direitos e princípios nela previstos, o que acabou fortalecendo o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, o Judiciário. BARCELOS, Ana Paula. Separação dos poderes, maioria democrática, legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 185-206, 2000.

Bom trazer o raciocínio do autor, exposto como citamos:

Em suma, com base nas condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). Não se fala, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social[...].¹⁸³

Tal troca de percepção pode propiciar a troca de conceito de Estado de Direito para Estado Justo, e, assim, criar, como diz Gabriel de Jesus Wedy, a figura “nefasta do *juiz legislador* ou, ainda pior do *juiz justiceiro*”, ambos danosos aos ideais da teoria da separação dos poderes e mecanismos de freios e contrapesos.¹⁸⁴

Para elucidar ainda mais os pontos trazidos, vale citar Clarissa Tassinari, autora renomada com muitas obras sobre o tema Ativismo Judicial, refere que:

Ao longo dos anos, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário brasileiro vem sofrendo significativas alterações em sua formatação. Da mera função de aplicador das leis, este Poder passa a ter o compromisso de concretizar os direitos constitucionalmente previstos. Com isso, os juízes, que anteriormente tinham apenas a tarefa de controlar – através de parâmetros constitucionais – o processo legislativo, agora

¹⁸³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, São Paulo, p. 19, 1994. José Adércio Leite Sampaio afirma, no mesmo sentido, que “A tarefa de concretização foi a tônica ao ampliar-se o elenco de direitos fundamentais declarados na Constituição, que requisitavam, mais que autorizaram, o ativismo ou o imperialismo judicial, tanto na efetivação das liberdades clássicas quanto na promoção dos direitos prestacionais, a tomarmos a sério a literalidade do enunciado que instituiu o mandado de injunção e os instrumentos processuais de natureza coletiva, especialmente o dissídio coletivo, a ação popular e a constitucionalizada ação civil pública”. SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 101.

¹⁸⁴ WEDY, Gabriel. *O Estado de direito contemporâneo e seus desafios*. 1. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2021. p. 18.

têm a responsabilidade de fazer cumprir – também materialmente – o pacto constitucional.¹⁸⁵

No que concerne a alegação de que o Poder Judiciário não precisa de controle, uma vez que é programado e não programante, ou seja, está vinculado à letra da lei, parece não mais prosperar. O Poder Judiciário, de modo geral, e especificamente o Supremo Tribunal Federal, adotam uma postura mais ativista, está pode ser apontada por algumas decisões descoladas do texto escrito, seja de nossa Carta Constitucional seja de leis infraconstitucionais, com fundamento em interpretação de princípios que se sobrepõem ao direito escrito.

Cabe mencionar o artigo de Anderson Vichinkeski Teixeira e João Luiz Rocha do Nascimento, de nome *Mutação Constitucional como Evolução Normativa ou Patologia Constitucional?*¹⁸⁶ No artigo referido, os autores têm como enfoque a famosa decisão do STF sobre a mutação constitucional do artigo 52, X da CF, onde se pode observar decisão da Suprema Corte brasileira que propiciou a mutação constitucional, literal do texto da Constituição, não a partir de um Projeto de Emenda Constitucional, mas sim, por decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, e, bom que se diga, contra maioria expressiva do posicionamento da doutrina brasileira.

Como bem explicou Juan Antônio García Amado,¹⁸⁷ os ideais do neoconstitucionalismo sinalizam uma predominância de princípios que revelam verdadeira *ratio* do ordenamento jurídico, sobre o direito escrito. Podemos citar as ideias de Dworkin¹⁸⁸ que bem figuram esse pensamento ao imaginar que o direito, do ponto de vista ontológico, é composto por normas jurídico-positivas e normas de moral sociais, representadas por princípios jurídicos, ainda que não positivas, que servem para descobrir a verdadeira essência daquelas, pois representam a verdadeira razão do Direito. Ressalte-se, ainda, do ponto de vista epistemológico, que a essência do Direito, figurada pelos princípios que protegem a moral social, só pode ser conhecida por meio da figura do Juiz Hércules, ou seja, do Poder Judiciário. Ao aproximar o direito da ética e da moral e ao afirmar que somente o Poder Judiciário pode conhecer

¹⁸⁵ TASSINARI, Clarissa. *Revisitando o problema da ativismo judicial: contributos da experiência norte-americana*. [S. l.], 2010. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima4/anima4-Clarissa-Tassinari.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

¹⁸⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. *Mutação constitucional como evolução normativa ou patologia constitucional*. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2017.

¹⁸⁷ AMADO, Juan Antônio García. *Existe discrecionalidad em la decisión judicial? Isegoría*, n. 35, p. 151-172, jul./dez. 2006.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

o verdadeiro Direito, as premissas sobre as quais originalmente foram concebidos os mecanismos de controle recíproco e de separação dos poderes caem por terra.¹⁸⁹

Não há como ser diferente. Os princípios possuem alto grau de subjetivismo, envolvendo entendimentos elásticos, abrindo espaço para a discricionariedade judicial,¹⁹⁰ o que não era admitido ao se conceber a teoria da separação dos poderes (como mencionado acima, a neutralidade política e moral pressupõe a atuação do Poder Judiciário em forma programada, contida na letra da lei).

Assim como muitos autores renomados negam a existência de um poder discricionário na decisão judicial¹⁹¹, parece difícil concordar com os respectivos argumentos, uma vez que o juiz, para chegar a uma determinada decisão, antevê no mesmo texto a possibilidade de dele extrair diversas normas, e, dentre elas, as quais são juridicamente indiferentes¹⁹², escolher uma.

¹⁸⁹ AMADO, Juan Antônio García. Existe discrecionalidad em la decisión judicial? *Isegoría*, [S. l.], n. 35, p. 151-172, jul./dez. 2006.

¹⁹⁰ Confira-se o seguinte trecho da autoria de Flávia de Almeida Viveiros de Castro: “Observa-se, por um lado, o caráter aberto de vários dispositivos constitucionais – abertura consciente e querida pelo legislador constituinte – de molde a permitir o fluir de um processo político dinâmico e, por outro lado, que ao juiz é conferido um espaço de criatividade conformadora na seleção de valores constitucionais plasmados, quando da solução de um litígio”. CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 38, ano 10, p. 289-303, jan./mar. 2002.

¹⁹¹ Eros Grau distingue a liberdade conferida ao administrador ao produzir um ato administrativo daquela conferida ao juiz quando da produção de sua decisão, sob o argumento de que a discricionariedade do administrador se fundamenta em critérios de conveniência e oportunidade entre indiferentes jurídicos, o que não ocorre na decisão judicial, já que o juiz não formula juízos de oportunidade, mas de legalidade, que resultam numa atuação/interpretação única, que é a própria decisão (GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56-57). Não parece que tal distinção seja plausível, na medida em que as únicas diferenças que se antevê, entre a discricionariedade judicial e a administrativa, é quanto à forma como são expostas aos interlocutores e quanto aos critérios que guiam as escolhas a serem feitas, porém não se pode negar que são feitas escolhas. Quanto à primeira, diferença que diz respeito à forma como é exteriorizada, pode-se afirmar que a discricionariedade judicial não é exteriorizada, é dizer, a escolha de uma, dentre as várias normas existentes na moldura, se faz na mente do juiz, que apenas exterioriza uma delas, e a justifica seguindo um discurso argumentativo razoável. Talvez por isso Eros Grau a trate como “resultado de atuação”. Mas, veja que, para chegar a esse resultado de atuação, escolhas foram feitas na mente do juiz, ainda que delas os interlocutores não tenham conhecimento. Já no caso da discricionariedade administrativa, os indiferentes jurídicos são exteriorizados, expondo o administrador as alternativas que possui e por quais razões de conveniência e oportunidade optará por uma delas. Quanto aos critérios que guiam as escolhas feitas, vale anotar que o administrador é guiado, no mais das vezes, pelo interesse público, princípio este inerente ao regime jurídico administrativo, limitado pelo texto legal e pelos fatos ocorridos no caso concreto. Já o juiz, guia-se pela justiça, que é extraída da análise das regras e sopesamento dos princípios que circundam o caso concreto, a depender da matéria enfrentada. Excetuando-se esses dois componentes – forma de exteriorização e princípios que incidirão no caso concreto – não nos parece que haja diferença entre a discricionariedade judicial e administrativa.

¹⁹² Afirma-se aqui que são indiferentes jurídicos, pois todas as soluções encontradas dentro daquilo que os princípios comportam ou dentro do que a moldura do texto comporta são válidas perante o Direito. Tanto essa assertiva é verdadeira, que há, sobre um mesmo tema de direito, decisões judiciais diferentes, Câmaras que entendem em determinado sentido e outras que entendem em

O componente valorativo presente na escolha da norma aplicável na moldura escolhida pelo Poder Judiciário para se tornar direito positivo, rompe com o pressuposto de que o Judiciário é neutro e programado, haja vista que a interpretação deixa de ser uma atividade apegada ao texto da lei, como pregado pela Escola da Exegese, mas decorre da ampla interpretação dos princípios que ensejam grande elasticidade e conferem aos juízes ampla discricionariedade quando da aplicação do direito.

As palavras de Jorge Octavio Lavocat Galvan vêm a calhar:

Assim, é de se questionar a congruência de um sistema (*jurídico*) que se autodenomina ‘objetivo’ e ‘abstrato’, quando as próprias ideias de ‘certeza’ e ‘imparcialidade’ são absolutamente intangíveis. Se até mesmo os advogados discordam sobre qual interpretação pode ser considerada como correta e se o resultado de uma decisão judicial não pode ser avaliado por meio de critérios legais definidos, como seria possível garantir que os direitos básicos estão melhor protegidos nas mãos de alguns poucos juízes?¹⁹³

A este respeito, do componente volitivo e valorativa inerente às decisões judiciais, em particular as dos Tribunais Constitucionais, vale citar o interessante artigo de Louis Michael Seidman.¹⁹⁴ Para o autor, as verdadeiras questões políticas que existem perante os Tribunais não são aquelas atribuídas à discricionariedade da atuação administrativa ou às decisões tomadas pelas instâncias de Governo, mas aquelas contidas no entendimento que os Tribunais têm das regras e princípios e que não são expostas aos interlocutores. Com efeito, na opinião do autor, os princípios e disposições constitucionais não são legitimados por si mesmos, mas dependem do entendimento da Corte para legitimá-los ou não; dependerá do entendimento prévio

outro sentido, jurisprudências que mudam etc. E todas essas decisões das diversas Câmaras, dos diversos juízes, dos diferentes Tribunais, não são inválidas, mas, sim, todas válidas perante o Direito. Note-se que, se assim não fosse, não faria sentido falar em uniformização de jurisprudência, pois haveria apenas uma jurisprudência. Kelsen, inclusive, afirmou em sua obra *A Teoria Pura do Direito*, que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – *têm igual valor*, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 390-391.

¹⁹³ GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Menezes *et al.* (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia*: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 384.

¹⁹⁴ SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political questions doctrine. *J. Marshall L. Rev.*, [S. l.], n. 37, p. 441-480, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=facpub>. Acesso em: 21 jan. 2023.

da Corte quanto à sua validade. Assim, para que os direitos previstos nas disposições constitucionais sejam efetivos, densos, abrangentes, é necessário que a Corte se pronuncie sobre eles, atribuindo-lhes, em menor ou maior medida, essas características. No entanto, a justificativa para a tomada de decisão - no que diz respeito às características desses direitos - para legitimar ou não sua aplicação - leva em consideração os fatores extraconstitucionais que os Tribunais levam em consideração em suas decisões, mas não explicados pelos Tribunais. Na opinião do autor, tais decisões políticas são perigosas, pois levam uma vida secreta, à margem do Direito e, justamente por isso, insuscetíveis de serem controladas pelos meios disponibilizados pelo ordenamento judiciário.¹⁹⁵

Veja-se, por exemplo, a recente decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que afastou a prisão preventiva dos acusados de prática de aborto. Baseia-se em princípios e distante do texto Constitucional que “[...] a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade”.¹⁹⁶

Quanto ao pressuposto de que, ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário não produz lei em tese e só age por provocação, podendo, portanto, ser imputada a prerrogativa de autonomia e independência, já não encontra respaldo com a previsão Constitucional do instrumento da Súmula Vinculante. Por meio de tal instrumento, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal pode, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, com reiterada decisão sobre matéria constitucional, poderá aprovar súmula com efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, estadual e municipal. Tal súmula terá como finalidade a validação, a interpretação e eficácia de norma.

¹⁹⁵ O exemplo do pensamento do autor é o caso emblemático *Madison vs Marbury*, utilizado como instituidor do controle de constitucionalidade. Com efeito, as cartas trocadas entre o *Chief Marshall* e os demais Ministros da Corte revelam que a sentença proferida pelo *Chief Marshall*, que afastou a apreciação da questão principal – apreciar a lei que nomeou o juiz Madison, ao qual não foi dada a posse – sob o argumento de que tal atribuição não se encontrava entre as competências da Corte arroladas na Constituição Americana, foi política e não jurídica, porquanto o *Chief Marshall* não queria contrariar o atual Governo, para que a Corte não perdesse força, e ao mesmo tempo não queria desagradar os nomeados pelo Governo anterior, de mesmo partido que o seu, como, aliás, era o seu caso. A saída, portanto, política, foi revestida de juridicidade.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*. Brasília, DF: STF, nov. 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/410552733/1a-turma-afasta-prisao-preventiva-de-acusados-da-pratica-de-aborto>. Acesso em: 21 jan. 2023.

Segundo Lênio Streck¹⁹⁷, tal instrumento equivale a uma norma de caráter geral e abstrata, pois se estabelece *ex ante*, como uma verdadeira lei.¹⁹⁸

Em geral, e referindo-se às palavras do Ministro Luís Roberto Barroso¹⁹⁹, o Brasil tem assistido a um deslocamento das instâncias normais de Poder. - Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário. O Poder Judiciário vem lidando com questões de natureza política e moral, que não eram por ele decididas. Agora, o surgimento do Poder Judiciário como um poder político²⁰⁰ requer a correlata implementação de freios e contrapesos, de modo a mitigar possíveis e eventuais abusos.

Se, na concepção da teoria de freios e contrapesos, como estudamos, o Poder Judiciário foi idealizado como um Poder politicamente neutro, essa não é mais a realidade que vivenciamos no Brasil. Talvez, levando em consideração essa nova realidade, tenha sido proposta o Projeto à Constituição 33/2011²⁰¹, cujo teor prevê que

¹⁹⁷ O autor, ao expor as diferenças entre precedente judicial e precedente vinculante, afirma que o precedente é produto de um conjunto de textos, que emerge não para resolver um caso, mas para resolver todos os casos futuros, na medida em que difere de o precedente que, para ser utilizado, exige a necessária identificação do DNA do caso concreto examinado, mantendo-se leal à fundamentação da decisão que deu origem ao precedente, ao seu histórico, ou seja, àquela argumentação. Assim, a súmula vinculante é prospectiva, como a lei, enquanto a súmula olha para o passado. ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. *O que é – súmula judicial e súmula vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁹⁸ Ana Paula de Barcellos, em seu artigo “*Separação dos Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*”, princípio da separação dos poderes, caso esse Poder pudesse, além de aplicar a lei ao caso concreto, criar a legislação, sem que fosse exercido um controle externo. Parece ser exatamente essa a situação existente atualmente. Note que aludido artigo foi escrito em 2000, ano em que a Constituição Federal não previa o instituto da Súmula Vinculante. BARCELLOS, Ana Paula. *Separação dos Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 185-206, 2000.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Suffragium*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 1-177 jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2022.

²⁰⁰ Sabemos que o Judiciário sempre foi um poder político, na medida em que exerce e sempre exerceu parte do poder estatal. No entanto, o sentido que queremos imputar aqui, falando de poder político, é a liberdade que o Judiciário tem de decidir, mesmo sobre questões de ordem moral, social e econômica, que antes eram tratadas com mais frequência no âmbito do Executivo e Legislativo e que traspassaram a ser confrontados e resolvidos pelo Judiciário.

²⁰¹ "Art. 2º O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação. § 2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em

o Congresso Nacional decidirá sobre o efeito vinculante da Súmula Vinculante, no prazo de 90 dias, quando de sua edição, assim como prevê que as decisões de declaração de inconstitucionalidade material, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, de Emendas à Constituição, não se tenha imediato efeito vinculante e eficácia para todos, devendo ser submetidas à apreciação do Congresso Nacional, que, contrariando a decisão do Judiciário, submete a controvérsia à consulta popular.

Interessante notar que a própria emenda já prevê que a eficácia de seu texto não pode ser suspensa por medida cautelar do STF, disposição essa, que na prática, é inócua.

O texto da referida PEC 33/2011 mostra claramente como a supremacia do Poder Judiciário, em termos de ausência de controle sobre sua atuação, perturba o equilíbrio que deveria existir entre os três Poderes. Desvendando tal supremacia, pode-se dizer, pelos dispositivos constitucionais vigentes, e mesmo que tal reforma seja aprovada, nada impede que o Supremo Tribunal Federal a declare inconstitucional, sem que, desta decisão, esteja sujeita a qualquer revisão. As emendas propostas à lei ou à Constituição encontram-se altamente engessadas, uma vez que, ao final, tudo será decidido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo ele o denominado Guardião da Constituição.

Pelo exposto, entende-se que restou demonstrado neste estudo, que o Poder Judiciário, atualmente, goza de supremacia sobre os demais Poderes, haja vista que

sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. § 5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no § 4º implicará sua aprovação tácita. § 6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. [...] (NR)'. Art. 3º O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art. 102. [...] § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o § 2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. § 2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal'. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de emenda à constituição no, de 2011*. (Do Sr. Nazareno Fonteles e outros). Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817. Acesso em: 3 out. 2022.

os instrumentos de controle político - freios e contrapesos - que estão presentes em nossa Constituição Federal não mais bastam à realidade brasileira, o que tem levado ao surgimento de um cenário de evidente desequilíbrio de Poder.²⁰²

Parece, portanto, que se deve ponderar a necessidade de uma mudança constitucional que preveja o controle externo do Poder Judiciário exercido pelos demais Poderes, de modo que sejam conservados os ideais iniciais de separação dos poderes e mecanismos de freios e contrapesos, ou seja, evitar a supremacia de um Poder sobre os demais. Na verdade, como já referido oportunamente neste trabalho, nada na teoria da separação dos poderes nem na teoria dos freios e contrapesos que impeça o controle externo do Poder Judiciário pelos demais Poderes. Tais teorias são meras ferramentas, cujo objetivo final é prevenir o abuso de poder e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Se um novo desenho constitucional de controle recíproco servir melhor a essas finalidades, não parece ser inconsistente com a Constituição de forma alguma. Ao contrário, cumprirá com o intento original de tais teorias, que foram ratificadas em nossa Constituição Federal através da previsão da separação dos poderes o que representa a existência da harmonia necessária entre eles.²⁰³

²⁰² Conrado Hubner Mendes apresenta interessante visão sobre a preponderância atualmente desempenhada pelo Poder Judiciário com relação aos demais Poderes. Na sua visão, o importante não é definir quem é o titular da última palavra, uma vez que este titular não existe. O que existe é um constante diálogo entre os Poderes, e o dono aparente da última palavra (no caso do Brasil, o Poder Judiciário), não o é realmente, já que a realidade por ele firmada pode ser objeto de revisão (uma alteração legislativa, por exemplo). Portanto, a aparente “última palavra” é sempre, em realidade, apenas provisória, posto que parte da política, que se afigura sequência ininterrupta de contestações e revisões das decisões das autoridades. Defende, ainda, o referido autor que os desequilíbrios entre os Poderes são cíclicos e variam conforme as circunstâncias, sendo inerentes à própria concepção do sistema de freios e contrapesos. (MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008). A despeito dos argumentos do autor, entendo, conforme amplamente exposto, que é necessário, sim, repensar os mecanismos de freios e contrapesos impostos ao Poder Judiciário. Isso porque, embora haja um movimento pendular entre os Poderes, a demonstrar ora a superioridade de um, ora de outro, o fato é que a concepção da separação dos poderes e dos freios e contrapesos partiu da premissa de um Poder Judiciário neutro, inofensivo e não da premissa de que, um dia, por força dos movimentos cíclicos, ele viria a tornar-se o grande Poder que é atualmente.

²⁰³ As seguintes palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz parecem oportunas, no sentido acima defendido, de que eventual alteração do desenho constitucional de controles entre os Poderes somente seria justificável se a sua finalidade fosse garantir a ideia-fim de tal do princípio da separação dos poderes: “A cláusula-parâmetro por excelência para a aplicação do princípio da separação dos poderes, onde o princípio é constitucionalmente adotado como base de um sistema presidencialista, é, e ainda continua a ser, a cláusula da ‘independência e harmonia’ entre os poderes. Isto significa dizer que, no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação ‘de concerto’. Destarte,

Por essa razão, serão analisados determinados instrumentos constitucionais com potencial para controlar a atividade do Poder Judiciário, sem a pretensão aqui de esgotá-los, mesmo quando tais instrumentos não figuram efetivamente freios e contrapesos.

4.2 Instrumentos constitucionais de controle do Poder Judiciário

Neste tópico falaremos sobre instrumentos constitucionais que podem auxiliar no controle ao Poder Judiciário, mas, ressaltamos que de nenhuma forma se tem a pretensão de exaurir o tema com os instrumentos aqui abordados, quais sejam, (i) O Conselho Nacional de Justiça; (ii) Direito de Petição; (iii) A Liberdade de Expressão.

4.2.1 O Conselho Nacional de Justiça

O primeiro instrumento analisado como forma de controle do Poder Judiciário é o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cujas atividades são regulamentadas nos art. 92, I-A,²⁰⁴ e 103-B da Constituição Federal, introduzido na Emenda Constitucional 45/2004²⁰⁵.

quaisquer exceções ao parâmetro do princípio formalmente consagrado em uma Constituição, consubstanciado na 'cláusula de independência e harmonia' dos poderes, só se justificam se voltadas, sempre, para o fim originariamente visado pelo princípio, de separar para limitar. Por isso mesmo, enquanto se mantiver o princípio da separação dos poderes como base do esquema de organização de poderes num estado determinado, impõe-se manter a delimitação de zonas de atuação independente e harmônica dos poderes políticos. A flexibilização da regra parâmetro, fato indisputável no direito constitucional contemporâneo, encontra, pois, limites da ideia-fim do princípio: limitação do poder. De outro lado, a interferência de um poder sobre outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a ideia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias." FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressual de sustar atos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

²⁰⁴ "Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: [...] I-A – o Conselho Nacional de Justiça; [...]". BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

²⁰⁵ "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 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

A origem dos Conselhos de Justiça encontra-se no direito estrangeiro, sendo os pioneiros a França, em 1946, e a Itália, em 1947, cujo objetivo não era o controle do judiciário, mas, ao contrário, a busca de sua independência, pois sendo países com regimes parlamentares ou semiparlamentares, nos quais havia grande influência política do Primeiro-Ministro e do Parlamento sobre o Poder Judiciário.²⁰⁶

Alexandre de Moraes diz que alguns países europeus com regime parlamentaristas, optaram por criar Conselhos Nacionais de Justiça, como França e

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 correccional 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 órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça”. BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em:

²⁰⁶ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Portugal. Enquanto outros países, como Grã-Bretanha, Irlanda, Holanda e Luxemburgo optaram por criar Conselhos Superiores da Magistratura, porém, tudo com o mesmo objetivo - garantir a independência do Poder Judiciário.²⁰⁷ Assim sublinhou Moreira Alves no julgamento da ADI n.º 137-0/PA, quando afirmou que na Europa os Conselhos Superiores da Magistratura representam um avanço no sentido de independência do Poder Judiciário, na medida em que foram transferidos para colegiados em que a Magistratura tem presença relevante, quando não majoritário, dos poderes de administração judiciária e sobre os quadros da magistratura que, historicamente, eram reservados ao Executivo.²⁰⁸

A independência do Poder Judiciário se figura em duas facetas. Do ponto de vista externo, a independência implica autogoverno, ou seja, autonomia administrativa - definição de quadro de pessoal, política de remuneração, organização judiciária etc. -, bem como autonomia financeira e orçamentária, tendo competência para elaborar seu projeto orçamentário e titularidade de fonte própria de receitas (custas e emolumentos destinados exclusivamente ao custeio de serviços relacionados às atividades da Justiça). Do ponto de vista interno, a independência é funcional, ou seja, no momento da decisão, o juiz está livre de pressões externas e internas, decidindo conforme sua livre convicção. Apoiado pela garantia de inamovibilidade, da irredutibilidade de subsídios e da vitaliciedade.

Assim, por suas próprias origens, a concepção dos Conselhos visava a independência interna e externa do Poder Judiciário. Do plano interno a criação do Conselho levou ao colapso dos poderes hierárquicos dos tribunais superiores, porquanto as competências, mesmo que administrativas, foram transferidas dos tribunais superiores para os Conselhos. Do ponto de vista externo, a criação dos Conselhos permitiu que o Poder Executivo tivesse menos influência sobre os juízes.²⁰⁹

Já no Brasil, contudo, a criação dos Conselhos parece não ter tido o mesmo propósito. Com efeito, diferentemente dos países europeus, onde os Conselhos foram criados para garantir maior independência do Judiciário, no Brasil, que parece ter seguido o modelo latino-americano de Conselho, o objetivo foi criar mecanismos de

²⁰⁷ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 137-0/PA*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Moreira Alves. 03 de outubro de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346199>. Acesso em: 23 jan. 2023.

²⁰⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2, p. 634.

fiscalização e modernização do Poder Judiciário, evitando prevaricações, nepotismo e corrupção.²¹⁰

Essa diferença se deve à adoção no Brasil do regime presidencialista. Neste regime, a separação dos poderes é mais clara do que nos regimes parlamentaristas, estando a independência da magistratura bem mais enraizada, daí o objetivo de realizar um certo controle sobre o Poder Judiciário, que tem bem consolidado a sua autonomia e independência.²¹¹

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz delinea as raízes do Conselho Nacional de Justiça, no Brasil, na Reforma Judiciária de 1977, por meio da Emenda Constitucional 7, de abril de 1977, que criou o Conselho Nacional de Magistratura, composto por sete ministros do Supremo Tribunal Federal, decorrente do parecer favorável do Legislativo Constituinte à proposta formulada pela Comissão Especial do Supremo Tribunal Federal, composta pelos Ministros Thompson Flores, Rodrigues Alckmin e Xavier de Albuquerque. Já, naquela época, a Comissão Especial do Supremo Tribunal Federal era responsável pela elaboração do, famoso, “Diagnóstico do Poder Judiciário”, o mais completo estudo acerca do Poder Judiciário brasileiro até hoje.²¹² Este diagnóstico tinha reconhecido a necessidade de o Conselho intervir, dentro de certos limites, para supressão de irregularidades mais graves, não só no que diz respeito à atividade dos juízes, mas também em outros órgãos ligados ao Poder Judiciário, bem como a criação de um órgão de cúpula, administrativo e disciplinar, para que os vários tribunais do país deixassem de viver isolados na sua própria realidade.²¹³ Antônio Veloso Peleja Júnior destaca a leniência dos juízes para com seus pares como uma das justificativas para a criação do Conselho Nacional de Justiça.²¹⁴

No entanto, apenas com a aprovação da mencionada Emenda Constitucional n. 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, como conhecemos hoje, passou a ter previsão na Constituição Federal, no artigo 103- B. A EC 45/2004, conhecida como

²¹⁰ PELEJA JR., Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

²¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²¹² LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/435/84>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ PELEJA JR., Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

a “Reforma do Judiciário”, trouxe, além da referida alteração, diversas outras relacionadas à Justiça, entre outros citamos a previsão do princípio da razoável duração do processo, art. 5º, LXXVIII, o requisito da repercussão geral, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, bem como o instituto da Súmula Vinculante.

Como visto, o CNJ é o órgão de cúpula administrativo do Poder Judiciário, abaixo apenas do Supremo Tribunal Federal, sua sede está localizada na Capital da República e jurisdições abrangendo todo o território nacional. É composto por 15 membros, divididos em 3 categorias: membros do Poder Judiciário, das Funções Essenciais à Justiça, aqui incluindo os membros do Ministério Público e advogados e membros da sociedade.²¹⁵

As competências do CNJ estão definidas no § 4º do art. 103-B da CF/1988, e resumem-se, por força da própria dicção constitucional, ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, competindo-lhe: (i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; (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; (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 correccional 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;

²¹⁵ Os membros do Poder Judiciário, que compõem a grande maioria do CNJ, somando nove dentre os 15 membros, são todos indicados por Tribunais, conforme incisos II a IX do art. 103-B, sendo que o Presidente do Supremo Tribunal Federal compõe o Conselho, independentemente de indicação. Ao Ministro Superior de Justiça compete receber as declarações e denúncias formuladas por qualquer interessado, relativos aos juízes e aos serviços judiciários, cabendo-lhe, ainda, exercer as funções de inspeção e correição geral. Com relação aos membros das funções essenciais à justiça, serão dois do Ministério Público, sendo um da União e outro estadual, ambos indicados pelo Procurador-Geral da República, e dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Quanto aos cidadãos, serão de notável saber jurídico e reputação ilibada, e deverão ser indicados, um, pela Câmara, outro, pelo Senado. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

(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; e (vii) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho.

Vale destacar também a atribuição normativa do CNJ. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que os atos regulamentares expedidos pelo Conselho, no exercício de sua função de controle do Poder Judiciário, revestem-se de força de ato normativo primário, que retira sua validade diretamente da Constituição Federal.²¹⁶ Dá análise da Ação Direta de Constitucionalidade 12, cujo pedido era a declaração de constitucionalidade da resolução 7/2005 do CNJ, que tratava da proibição do nepotismo no âmbito do judiciário, o Ministro Ayres Britto, relator, entendeu, com base em na Teoria dos Poderes Implícitos, de que a competência do CNJ para editar atos regulamentadores decorria diretamente da Constituição Federal, estando assim recoberta pelos atributos de generalidade, abstração e impessoalidade, passíveis de controle de constitucionalidade direto.²¹⁷

O CNJ é composto, em sua maioria, de membros do próprio Poder Judiciário e seu regimento interno exige, pelo menos, dez integrantes para uma constituição valia do Plenário. As suas decisões do Plenário são tomadas, assim como as das Comissões, pelo voto da maioria, salvo exigência de quórum qualificado,²¹⁸ o que

²¹⁶ O reconhecimento da competência normativa primária do CNJ, pelo STF, parece-nos equivocada, haja vista a possibilidade de coexistência de duas ordens jurídicas paralelas e, quiçá, incompatíveis. De fato, partindo-se do pressuposto que o CNJ possa instituir suas próprias normas primárias, cujo fundamento seja retirado diretamente da Constituição Federal, podemos vir a nos deparar com normas de conteúdo diferente daquelas votadas pelo Poder Legislativo, ao menos com relação às matérias inseridas dentro das atribuições do CNJ, aplicáveis unicamente ao Conselho e aos órgãos a ele vinculados.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ação declaratória de constitucionalidade nº 12*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros -AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Intimados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal - SINDJUS/DF e outros. Relator: Carlos Britto. 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 30 jun. 2022.

²¹⁸ “Art. 121. As decisões do Plenário do CNJ e das Comissões serão tomadas pelo voto da maioria simples dos Conselheiros presentes, observado o *quorum* regimental, exceto nos casos em que haja exigência de *quorum* qualificado”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Resolução nº 67, de 3 de março de 2009*. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_67_03032009_22032019151610.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

torna difícil a aprovação de qualquer medida sem a participação de membros do Poder Judiciário, uma vez que estes compõem mais da metade dos membros do Conselho.

Portanto, a partir da análise das atribuições do CNJ, bem como de sua composição e seu sistema de deliberação, conclui-se que o Conselho, embora tenha a função de controlar o Judiciário, não se caracteriza como órgão de controle externo, mas eminentemente interno desse Poder. Em primeiro lugar, porque as atribuições do CNJ são administrativas, financeiros e disciplinares, nenhum dos quais implica interferência na independência funcional do juiz, no momento de proferir a sua decisão e formar a sua convicção. Em segundo lugar, porque a tomada de decisões no Conselho será difícil sem a participação dos membros do Poder Judiciário. Além disso, o artigo 92, I-A da CF/1988, concebe o Conselho como órgão do Poder Judiciário.

Deve-se atentar, também, para o fato de que as decisões e atos expedidos pelo CNJ estão sujeitos ao controle do Supremo Tribunal Federal, outro motivo para não o considerar como órgão de controle externo. Bem por isso, sobre a questão da constitucionalidade da criação do CNJ nos autos da ADI n. 3.367/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou pela constitucionalidade da mesma.

Diante dessa questão, o Ministro Cezar Peluso redigiu um interessante histórico sobre a separação dos poderes. Expôs que a separação dos poderes não foi concebida como um princípio jurídico, mas como um preceito da arte política, cujo escopo era simplesmente impedir o abuso de poder, e não a divisão de poderes como a conhecemos hoje. Revendo a matriz histórica da separação dos poderes no contexto do julgamento da ADI, na qual se alegava a inconstitucional do CNJ, sob o argumento da violação da separação dos poderes, conclui-se que Montesquieu nunca defendeu a ideia da separação bruta e rígida entre os órgãos confiados as funções estatais, ao contrário, referiram-se à necessidade de um mecanismo de relações recíprocas entre eles, para prevenir o abuso e garantir a preservação das liberdades civis. Com essas considerações, concluiu, em termos de estrutura do CNJ, composto em sua maioria por membros do próprio Poder Judiciário, inexistia interferência que seja inconsistente com conceitos políticos e o perfil constitucionais da separação e independência dos poderes.²¹⁹

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 137-0/PA*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Moreira Alves. 03 de outubro de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346199>. Acesso em: 23 jan. 2023.

Partindo de outro ponto de vista, Fábio Medina Osório entende que a criação do CNJ viola a independência do Poder Judiciário, uma vez que os membros da Magistratura são indicados por Ministros dos Tribunais indicados pelo Presidente da República. Segundo o seu ponto de vista, o mesmo se aplica aos membros do Ministério Público nomeados pelo Procurador-Geral da República, autoridade está também nomeado pelo Presidente da República.²²⁰ No mesmo sentido as opiniões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, no julgamento da já mencionada ADI n. 3.367/DF, de que a presença de atores externos ao Poder Judiciário levaria a diferentes visões e finalidades institucionais de realização da Justiça, o que poderia comprometer a independência e a complementaridade dos Poderes, salutares à democracia.²²¹

Concordamos, contudo, com as conclusões do Ministro Relator. Embora o controle exercido pelo CNJ se dê sobre o Poder Judiciário, não pode ser caracterizado como controle externo, porquanto, pela previsão do art. 92, I-A, faz parte do próprio Poder Judiciário, e o exercício de suas atribuições em nada afeta ou reduz a sua independência interna²²² ou externa, como já ressaltado. E, ainda que o fizesse, não nos parece tratar-se de um instrumento de freios e contrapesos, já que exercido pelo próprio Poder Judiciário, como já restou consignado neste trabalho. Há que se atentar, ademais, para o fato de que as próprias decisões e resoluções do CNJ podem ser questionadas junto ao Supremo Tribunal Federal, o que enfraquece, de certo modo, a essência de órgão controlador, já que ele mesmo é controlado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A despeito da discussão existente sobre se o CNJ violaria a separação dos poderes e, portanto, a independência do Poder Judiciário, não nos parece que o fato

²²⁰ Nas palavras do autor: “Ocorre que esses mecanismos não podem concentrar-se nas mãos daquele que é e deve ser o principal fiscalizado pelo Poder Judiciário e Ministério Público, ou seja, o Poder Executivo, que é um dos grandes violadores de direitos fundamentais de toda espécie. Até por seu poderio econômico, o Executivo necessita de mais controles. Nesse terreno, é natural e compreensível a desconfiança social. Perguntem à sociedade se ela quer retirar a independência do Ministério Público e do Judiciário, porque houve alguns abusos no manejo de ações civis públicas ou penais”. OSÓRIO, Flávio Medina. Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: proposta de divisão ou concentração de poderes? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 783, p. 85-114, jan. 2001.

²²¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²²² Hipótese de controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça que poderia resvalar no mérito de uma decisão proferida por um juiz seria o caso do reconhecimento de uma infração disciplinar, por exemplo, decisão em processo no qual estaria impedido de atuar. Nesse caso, haveria anulação da decisão, como reflexo da violação de um dever funcional.

de existir um órgão cuja função seja exercer o seu controle, ainda que externamente, lhe retiraria a independência.

Notadamente, o fato de um Poder ser controlado por outros não significa que não possua independência. A independência do Poder Judiciário, conforme visto, existe tanto interna como externamente. Internamente, implica a tomada de decisões livre de pressões e ingerência, por meio de seu livre convencimento, garantidas a vitaliciedade, a irredutibilidade de subsídios e a inamovibilidade. Externamente, caracteriza-se pelo seu autogoverno, autonomia financeira e orçamentária. Essa independência, da forma como conceituada, não exclui a possibilidade de controle da atividade judicial, *a posteriori*. Nesse aspecto, é importante notar que os Poderes Legislativo e Executivo, ainda que no desempenho de suas atividades típicas sejam independentes para fazê-lo, nada impede que sofram um controle posteriormente. Esses dois Poderes são controlados em suas atividades-fim e isso não retira a sua independência. Por outro lado, deve-se lembrar que a independência é atrelada à harmonia de Poderes, o que pressupõe os controles recíprocos – *checks and balances* – para que nenhum deles se sobreponha aos demais. Portanto, não nos parece que violaria a Constituição, aqui entendida especificamente a separação dos poderes e a independência do Poder Judiciário, alteração constitucional prevendo mecanismo de controle externo; afinal, o poder emana do povo e a separação dos poderes nada mais serve do que à proteção dos seus direitos e garantias.

Nesse sentido, Mario Brockmann Machado: referido autor, ao evocar o pensamento de Locke e Montesquieu, conclui que “nada há no princípio da separação dos poderes que desaconselhe ou muito menos impeça o controle externo do Judiciário, já que na tradição do pensamento liberal, separação não significa independência, pois cada poder deve controlar os demais”. Conclui, pois, que “o objetivo da separação dos poderes é a limitação mútua e não o isolamento e a dilatação independente desses poderes”²²³

Tendo como certo que o controle exercido pelo CNJ se afigura interno, cabe citar alguns exemplos de medidas de controle por ele já instituídas.

O “Sistema Justiça em Números” (instituído pela Resolução 76/2009)²²⁴ por

²²³ MACHADO, Mario Bockamnn. Separação dos poderes e controle externo do judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 9, p. 81-86, out./dez.1994.

²²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 76/2009*. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Seção 1, n. 109, p.

exemplo, fruto da atividade correcional do CNJ, permite a elaboração de estatísticas sobre despesas e produtividade dos cartórios judiciais, ou seja: dados quantitativos sobre atos recebidos e deliberados nas secretarias das varas cíveis. O estabelecimento de metas pelo CNJ nos Encontros Nacionais do Judiciário, realizados de forma anual, também favorece uma atuação mais célere do Poder Judiciário. Outra medida que poderia ser citada como exemplo de controle exercido pelo CNJ é a Instrução Normativa 2, de 03.11.2009, que disciplina a adoção de medidas destinadas à observância de tramitação de processos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de garantir o cumprimento de prazos ali previstos, bem como dos demais direitos.²²⁵ Frise-se, ainda, a Resolução 135/2011, que dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades.²²⁶ Vale mencionar, ademais, a Portaria 41/2016, que instituiu grupo de trabalho para analisar os vencimentos e demais vantagens dos Magistrados de primeiro e segundo graus de jurisdição e propor mecanismos de transparência e de controle pelo CNJ, considerando, conforme a redação da própria Portaria, “a existência de notícias a respeito de pagamentos a magistrados acima do teto previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal”.²²⁷ Por fim, e sem qualquer pretensão de esgotar os atos normativos de controle expedidos pelo CNJ, cite-se a Resolução 112/2010,²²⁸ que, considerando a ocorrência da prescrição como causa de extinção

102-103, 10 jun. 2009, republicada no *DJE/CNJ* n. 94/2009, de 10.06.2009, p. 2-4, e republicada no *DJE/CNJ* n. 30/2010, de 17.02.2010, p. 2-4 e 6-233; republicada no *DJE/CNJ* n. 77/2015, de 04.05.2015, p. 21 e 25-602, decisão publicada no *DJE/CNJ* n. 198/2015, de 06.11.2015, p. 2-4 e 7-123.

²²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Instrução normativa nº 2/2009*. Disciplina a adoção de medidas destinadas à observância de tramitação de processos da Lei nº 8069/1990; da garantia de cumprimento de prazos previstos na mencionada Lei; dos demais direitos da criança e adolescente estabelecidos na “teoria da proteção integral” e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Seção 1, p. 94, 04 dez. 2009 e no *DJE/CNJ* n. 187/2009, de 04.11.2009, p. 7.

²²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 135/2011*. Dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, Brasília, DF, n. 130, p. 2-5, 15 jul. 2011; disponibilizada no *DJ-e* n. 144/2011, em 04.08.2011, p. 2-5, com a retificação; republicada, com as retificações, no *DJ-e* n. 217/2011, em 24.11.2011, p. 2-5.

²²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 41/2016*. Institui grupo de trabalho para analisar os vencimentos e demais vantagens dos magistrados de primeiro e segundo graus de jurisdição e propor mecanismos de controle pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/97956/2016_port0041_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 jul. 2022.

²²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 112/2010*. Institui mecanismo para controle dos prazos de prescrição nos tribunais e juízos dotados de competência criminal. *Diário da Justiça eletrônico (DJe)*, Brasília, DF, n. 62, p. 6-7, 08 abr. 2010.

da punibilidade devido à lentidão da prestação jurisdicional e o sentimento de impunidade gerado por essa situação, instituiu mecanismo para controle dos prazos de prescrição nos tribunais e juízos dotados de competência criminal.

Tais instrumentos, como se pode concluir, a despeito de não configurarem mecanismo de freios e contrapesos, ou, ainda, não refletirem qualquer tipo de controle externo ao Poder Judiciário, ensejam controle da atividade judicial.

4.2.2. Direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”)

O segundo órgão constitucional analisado neste estudo como meio de controle sobre o Poder Judiciário é o direito de petição.

O direito de petição está previsto no artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal e é garantido a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de interpor petição aos Poderes Públicos “em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder”. O Estado de Direito, em uma democracia, requer a participação do povo na tomada de decisões políticas. Este direito é, portanto, corolário de uma Estado Democrático de Direito.

Artur Cortez Bonifácio relata que, apesar de a carta Magna ter sido o primeiro documento a considerar formalmente o direito de petição, este direito já existia independentemente da sua formalização, que se desvendava pela comunicação existente entre os súditos e o Rei, naquela, o primeiro procurou o segundo para solicitar a concessão de benefícios. Alerta o autor que essa comunicação é uma tradição constitucional britânica, mesmo antes da existência da Magna Carta, que significa a celebração de pactos entre súditos e governantes, no que diz respeito à proteção dos direitos individuais.²²⁹

O artigo 40 da Magna Carta de 1215 foi o primeiro documento a contemplar formalmente tais direitos, declarando: “A ninguém venderemos justiça ou direito, nem a recusaremos ou demoraremos”. A *Petition of Rights*, assinada em 07.06.1628, ratificou diversos dispositivos da carta Magna. No entanto, com a assinatura do *Bill of Rights* por Guilherme de Orange, o direito de petição foi formalizado como um verdadeiro direito, uma vez que o art. 5º desse documento passou a garantir aos súditos o direito de petição ao Rei e, ao mesmo tempo, a garantia de que qualquer

²²⁹ BONIFACIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004.

prisão ou acusação baseada no exercício desse direito seria ilegal.²³⁰ A experiência inglesa irradiou, não só por toda a Europa, mas também por todo o continente americano.

Michel Temer lembra que o “direito do povo de dirigir petições ao governo para reparação de suas lesões foi consagrado, também, pela primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos”.²³¹

Artur Cortes Bonifácio identifica três funções do direito de petição. A primeira diz respeito ao pedido do Estado de abster-se de votar a favor de qualquer direito defendido em favor da liberdade individual. A segunda diz respeito à capacitância de o instituto propiciar ativa participar na vida da sociedade, uma vez que tem a oportunidade de instrumentalizar pedidos em favor de propiciar melhoras no bem-estar das pessoas. Na segunda função se identifica um direito de natureza prestaciona. Em terceiro lugar, permite que os requerentes persigam atos ilegais ou abusivos de poder, práticas pelo Estado, este constitui em direito de fiscalização dos Poderes Públicos.²³² Portanto, segundo o autor, o direito de petição é um direito de interação entre o indivíduo e os Poderes Públicos, cujo objetivo é garantir a liberdade, obter benefícios materiais, bem como participar e controlar as decisões políticas que os afetam. Nesse sentido, configura-se como um instrumento que permite ao indivíduo entrar em contato com qualquer autoridade pública apresentando petições, representações, reclamações ou queixas destinadas a defender seus direitos, da constituição das leis ou o interesse geral.²³³

Para Michel Temer, “a petição visa a prevenir a violação a direito (daí porque por ela se visa a defender direito) e denunciar ilegalidade ou abuso de poder”.²³⁴

Com efeito, a palavra petição refere-se, na verdade, ao direito de reclamar, solicitar, postular, representar o indivíduo para fazer valer os seus direitos ou os da comunidade sempre que se sinta ameaçado ou violado. É enquadrado como um direito fundamental que, em nosso direito constitucional, é o instrumento para, também, o exercício do direito de representação.²³⁵

²³⁰ INGLATERRA. Parlamento da Convenção. *Declaração de direitos*. Bill of Rights. [S. l.], 1689. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>. Acesso em: 27 abr. 2022.

²³¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 215.

²³² BONIFACIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004.

²³³ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

²³⁴ TEMER, *op. cit.*, p. 215.

²³⁵ BONIFACIO, *op. cit.*

A legitimidade do exercício do direito de petição é ampla, não se limitando aos cidadãos, mas a todos os brasileiros e estrangeiros, independentemente de residir ou não no Brasil, dotados ou não de personalidade jurídica. Pode-se voltar à defesa da legalidade constitucional e do interesse público em geral, sendo o seu exercício, em prol do interesse coletivo ou geral, absolutamente desvinculado da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário.²³⁶

A Constituição Federal garante, ainda, o exercício do direito de petição independentemente do pagamento de taxa e não exige o uso de qualquer formulário ou procedimento específico. As autoridades requeridas têm a obrigação de conhecer o pedido e dar uma resposta material ao seu conteúdo, o que não pode ser privado de eficácia²³⁷, uma vez que constitui um direito de plena e imediata aplicação.

O vocábulo "Poderes Públicos" a que se refere o citado dispositivo constitucional abrange funções administrativas, legislativas e judiciais e, portanto, os Poderes (órgãos) que representam tais funções, uma vez que o poder estatal é uno. Deste ponto de vista, os órgãos que compõem a estrutura orgânica constitucional do Estado, independente de possuírem autonomia funcional ou administrativa, estão abrangidos pelo conceito de Poder Público.²³⁸

Emergem questionamentos sobre as atividades desenvolvidas pelos três Poderes, que podem ser atacados por meio do Direito de Petição. Numa primeira análise, é fácil dizer que os atos tipicamente administrativos são passíveis de questionamento, ou seja “quase a totalidade de todos aqueles praticados pelo Poder Executivo e os praticados pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário quando exercem funções anômalas, isto é, funções que na tripartição clássica não lhes são próprias”.²³⁹ Portanto, o direito a petição, que teoricamente não pode ser utilizado em relação com a função jurisdicional, em tese, não deve ser confundido com o direito de ação, tampouco o substitui. Segundo Celso de Mello, o direito de petição é um direito público subjetivo de natureza de índole essencialmente democrática, mas não garante a possibilidade de o interessado ingressar em juízo,

²³⁶ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

²³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²³⁸ No mesmo sentido, afirma Alexandre de Moraes que o direito de petição pode ser exercido em face dos Poderes Públicos, assim entendidos “Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como ao Ministério Público, contra ilegalidade ou abuso de poder”. MORAES, *op. cit.*, p. 197.

²³⁹ BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *O direito constitucional de petição*. 2003. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

“independentemente de advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros [...]”.²⁴⁰

Efetuando a subsunção do direito de petição ao objeto deste estudo, fica claro, pelas lições anteriores, que ele pode ser utilizado como instrumento de controle do Poder Judiciário quanto ao exercício de sua função administrativa exercida de forma atípica, para evitar abusos e ilegalidades. Assim, por exemplo, o pagamento inconstitucional de subsídios pelos Tribunais, pode ser contestado via Direito de Petição, com vistas ao restabelecimento da constitucionalidade. O conhecimento e a resposta ao peticionamento são obrigatórios por parte do Poder Judiciário. O mesmo pode ser dito, por exemplo, sobre possíveis contestações de licitações públicas realizadas pelo Poder Judiciário em desacordo com pré-requisitos legais e constitucionais.

A questão que agora se coloca é se o Direito de Petição poder ser utilizado como instrumento de controle em oposição à função típica desempenhada pelo Poder Judiciário. A esse respeito, parecem adequadas as palavras de Clémerson Merlin Clève, para quem existe uma tendência na atualidade para redefinir o conceito de cidadania²⁴¹, que considera a adoção de técnicas diretas de participação democrática, com abertura de espaços para que os cidadãos atuem, direta e indiretamente, no território da União.²⁴²

Este ensinamento nos leva às reflexões de Eneida Desiree Salgado e Geisla Aparecida Van Haadel Mendes, para quem o Direito de Petição teria uma função muito mais ampla do que o simples controle dos atos administrativos aplicados pelo Judiciário: poderia, entendido em sua forma mais ambiciosa, levar à efetiva concretização do direito de acesso à justiça e à real democratização do controle de constitucionalidade. Segundo ela, o Direito de Petição apresenta importante potencial de contribuição ao ideal democrático presente no desenho constitucional, pois, graças a um pedido individual, que mantém correlação com o debate sobre o

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ação rescisória nº 1354*. Autor: Walter Ferreira da Silva. Réu: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Celso de Mello. 06 jun. 1997. p. 260. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1588855>. Acesso em: 27 abr. 2022.

²⁴¹ Embora o direito de petição seja assegurado aos indivíduos, inclusive estrangeiros, o controle proposto, da atividade do Poder Judiciário, por meio do direito de petição em sua acepção ampla, abrange apenas os cidadãos brasileiros, porquanto envolve o exercício da jurisdição com a finalidade de estabelecer a interpretação da Constituição Federal e não de resguardar direito fundamentais.

²⁴² CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 16.

tema principal, outros argumentos correlatos podem estender o domínio da compreensão do processo principal. Tal instrumento poderia assim ser utilizado, já que a figura do *amicus curiae* não se mostra suficiente à ampliação do debate democrático.²⁴³

Em síntese, pode-se dizer que o Direito de Petição, em seu sentido amplo, permitir a participação dos cidadãos no controle de constitucionalidade cujo parâmetro de controle é a Constituição Federal, à qual esses indivíduos estão sujeitos. Nada mais justo que aqueles que vivem a Constituição Federal e outorgam os poderes aos constituintes participem de sua interpretação, já que eventual afronta à identidade da Constituição Federal configura afronta à comunidade que a instituiu como norma fundamental.²⁴⁴

No entanto, ao contrário do que afirma grande parte da doutrina, as ações de controle de constitucionalidade não abrangeriam mero processo de natureza objetiva, mas, sim, subjetiva, pois, a oposição dos argumentos é fundamental na construção de melhores respostas, o que através do diálogo e de um fluxo de comunicação de ideias, sem o qual o processo constituinte perder a sua legitimidade democrática. Ao menos é esta a posição de Álvaro Ricardo de Sousa Cruz²⁴⁵, para quem a negação da subjetivação do controle de constitucionalidade priva todas as pessoas que vivem no regime político do direito de participar da interpretação da Constituição.

Na mesma linha de pensamento, Osório Silva Barbosa Sobrinho entende que o cidadão está mais interessado na leal observância da Constituição do que as Instituições, pelo que não pode e não deve aceitar a permanência de um ordenamento jurídico contrário à Carta Política. Por tal motivo, sustenta que os requerimentos apresentados, após o exercício do direito de petição, “recebidas pelo Procurador-Geral da República que veicularem o questionamento de inconstitucionalidade de lei devem ser devidamente processadas”.²⁴⁶

²⁴³ SALGADO, Eneida Desiree; MENDES, Aparecida Van Haadel. O direito de petição sob perspectiva: uma proposta para a ampliação do debate democrático no controle concentrado de constitucionalidade. In: DIAS, Maxwell Lima; SIQUEIRA, Eduardo Francisco de (org.). *Direitos fundamentais e democracia II*. Curitiba: Íthala, 2013. p. 86-107.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²⁴⁶ BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Ação direta de inconstitucionalidade popular, via direito de petição*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4562, 28 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33884/acao-direta-de-inconstitucionalidade-popular-via-direito-de-peticao>. Acesso em: 4 maio 2022.

Portanto, o direito de petição seria, além de uma ferramenta de controle e fiscalização das funções administrativas exercidas pelo Poder Judiciário atipicamente, é um instrumento de participação e controle, que está disponível aos cidadãos, nas funções essencialmente judiciais, especialmente em que se refere aos processos que tratam do controle concentrado de constitucionalidade.

4.2.3 A liberdade de expressão (opinião pública)

O último instrumento a ser examinado, capaz de influenciar a atividade judiciária, é a opinião pública, que decorre diretamente do direito constitucional à liberdade de expressão, garantido basicamente pelo artigo 5º, IV “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”

Para Miguel Reale, não há democracia sem opinião pública, porque nela se baseia, o que significa que os cidadãos comuns devem ser vigilantes espontâneos da causa democrática, assim como os meios de comunicação habituais - imprensa, rádio e televisão.²⁴⁷ Segundo Víctor Sampedro Blanco, embora a opinião pública exista tanto na ditadura como na democracia, a forma de tratamento que lhe é dada por cada um destes regimes é diferente: o primeiro reprime-a, o segundo tolera-a e toma-a - Nem sempre - sob exame, e se manifesta com mais frequência.²⁴⁸

Pode-se dizer, portanto, que a existência de uma opinião pública supõe o direito à liberdade de expressão. Maria García afirma, citando Tocqueville, que “[...] a opinião pública se pode afirmar onde quer que exista liberdade de pensamento e de expressão, pluralidade e pluralismo de órgãos de informação autônomos ou não controlados por políticos”.²⁴⁹

O conceito de opinião pública inicialmente tinha a ver com a oposição da opinião pessoal. A opinião privada é aquele julgamento que cada cidadão forma em seu íntimo, que reflete pensamentos e experiências pessoais sobre si mesmo ou sobre fatos e pessoas fora dele, mas não afeta de forma alguma a administração dos negócios públicos. Mesmo se compartilhados, esses pensamentos e julgamentos de valor permanecem de natureza privada. Por outro lado, a opinião será pública quando

²⁴⁷ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 13.

²⁴⁸ BLANCO, Víctor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa*. Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

²⁴⁹ GARCIA, Maria. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, p. 54, jan./mar. 2006.

a sua formação e comunicação recair sobre objetos e valores que “envolvam o bem-estar geral, a justiça social, os direitos e deveres políticos e os valores da comunidade, que são assuntos comuns a todos”.²⁵⁰ Mas não apenas pelos objetos e valores é em que se baseia a qualidade da “opinião pública”. Para ter essa qualidade, é importante que haja um processo de formação de opinião que ocorra de forma coletiva, incluindo opiniões diversas, e não individualmente. A opinião pública nasce, então, de um processo de discussão.

Consequentemente, é essencial para o conceito de opinião pública a presença de processo de discussão anterior, e não é só a quantidade de opiniões. Ou seja, a opinião pública não corresponde necessariamente a números estatísticos, ou seja, a maioria. Isso não significa o resultado de uma pesquisa de opinião, mas o resultado de um processo justificado, um trabalho argumentativo que leva em consideração a qualidade da opinião. A qualidade, portanto, nada tem a ver com o mérito da opinião, mas com o processo seguido para alcançá-la, ou seja, a atitude de quem a influencia, a forma como expressam seus pontos de vista. Consequentemente, a opinião pública não é a opinião da maioria, não é uma opinião geral.

Habermas também argumenta que a opinião pública não é estatisticamente representativa. Não constitui uma coleção de opiniões pessoais.²⁵¹ A esse respeito, o autor também afirma, ao contrário do que pensa Rousseau, que a opinião pública não encontra identidade na vontade geral, que é uma vontade irrefletida, um espelho dos sentimentos que vêm do coração e não da mente. A opinião pública não pode ser, portanto, o somatório de vontades irrefletidas projetadas na lei, pela vontade geral, sob pena de se viver numa democracia sem debate público.²⁵²

Victor Sampedro Blanco acrescenta que só o diálogo converte interesses individuais em interesses coletivos. Controvérsias entre atores buscando consenso e evitando conflitos são os melhores passos para aumentar o conhecimento coletivo, identifica o erro e servir aos interesses de todas as partes afetadas.²⁵³ No entanto, para este autor, existem dois tipos de opinião pública, a agregada, que é apenas o resultado da soma dos juízos individuais, que se dá por meio de votações e

²⁵⁰ LAMAS, Cláudia Maria Las Casas Brito. O constitucionalismo moderno, a democracia e os elementos determinantes da opinião pública na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 73, p. 7-34, out./dez. 2010.

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo: UNESP, 2011.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ BLANCO, Víctor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa*. Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

enquetes, e a discursiva, que resulta do processo em que o público é um conjunto de vontades individuais que deliberam entre si, são condicionadas e resultam da troca de conhecimentos, informações e experiências.²⁵⁴

Como diz Jurgen Habermas, referindo-se ao entendimento de Jeremy Bentham sobre o assunto é importante que uma questão de vontade se torne uma questão de razão. E tal transmutação só pode acontecer por meio do debate e do processo de discussão.²⁵⁵

Tupã Gomes Correa vê três elementos da opinião pública. Ele admite que isso é resultado de um debate racional, mas não tira os olhos dos componentes irracionais que influenciam uma discussão racional, como as condições de vida dos participantes da discussão, as tendências naturais ou influências ambientais que determinam a participação neste debate.²⁵⁶ Assim, além do componente racional, existe a componente emocional e ambiental. E define a opinião pública como “um processo intelectual, iniciado com o surgimento de questões de interesse comum, submetidas aos diferentes pontos de vista, seguidas pela deflagração da controvérsia, derivando está em soluções alternativas, cuja opção sugere o acordo”.²⁵⁷

Na definição de Maria Garcia, também apoiada por Habermas, a opinião pública é um julgamento a visão ou modo de pensar de indivíduos e cidadãos esclarecidos e plenamente informados sobre determinado assunto, que é levado em consideração como fator determinante no processo de decisão.²⁵⁸ Relativamente à sua definição e invocando as lições de Estevez Araújo, a educação e informação do público são pré-requisitos essenciais para a formação da opinião pública.

A partir disso, pode-se concluir que a forma como o público encara determinado tema de interesse público é formada por um processo dialético, racional, pressupõe educação e conscientização, devendo ser levado em consideração como fator determinante para o processo de decisão.

²⁵⁴ BLANCO, Víctor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa*. Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

²⁵⁵ HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo: UNESP, 2011.

²⁵⁶ CORREA, Tupã Gomes. *Contato imediato com a opinião pública*. Os bastidores da ação política. 2. ed. São Paulo: Global, 1993.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 43-44.

²⁵⁸ GARCIA, Maria. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, p. 52-61, jan./mar. 2006.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tomam decisões dentro de sua jurisdição. Como se sabe, a tarefa do legislador, ao redigir leis, é sopesar valores e princípios constitucionais, com vista à criação do quadro legislativo infraconstitucional. Corresponde ao poder executivo tomar decisões relativas, sobretudo, às orientações que a nação venha a tomar, decisões que impliquem atos de governo. Cabe ao juiz não apenas decidir os casos concretos levados aos tribunais, mas também questões simbólicas, implicações morais, econômicas, sociais e políticas em nível nacional, que determinarão o rumo que será dado a algumas ordens constitucionais.

Se em certo sentido pode-se dizer que a opinião pública é o fator decisivo dos Poderes Legislativo e Executivo, já que seus representantes são eleitos a partir da opinião pública, de outra forma, não se deve ignorar que o Poder Judiciário vem se sobressaindo como um verdadeiro poder político, palco de controvérsias que antes se davam no âmbito dos Poderes Executivo e do Legislativo. Justamente por isso, o Judiciário, antes longínquo e neutro, agora não está imune ao escrutínio da opinião pública.

Se a concepção inicial do Poder Judiciário, no sentido da neutralidade moral e política, buscava resguardar a decisão judicial da opinião pública,²⁵⁹ já tivemos a oportunidade de explicar ao longo deste estudo que essa não é mais a realidade vivida no Brasil. O distanciamento político e moral do poder judiciário tem dado lugar a uma justiça que toma decisões políticas, que opta, entre várias possibilidades, pela interpretação das normas constitucionais que permitam uma maior concretização da Carta Magna, realidade que faz, tal como o Executivo e o Legislativo, um poder político.

Nesse sentido, diz Fernando Filgueiras, o Judiciário, sendo “um poder político”, está sujeito à avaliação da opinião pública, bem como dos Poderes Executivo e Legislativo.²⁶⁰ É certo que a opinião pública não deve ditar as decisões do Judiciário, cuja atuação deve sempre ser pautada por leis e princípios, principalmente quando se

²⁵⁹ Segundo Peter Haberle, ao citar Bachoff, o juiz não se deve deixar influenciar pela opinião pública em um caso concreto, embora admita que o juiz está em permanente comunicação com as partes, com os colegas do tribunal, com os tribunais superiores, bem como com o mundo jurídico, com a ciência, com o povo e com a opinião pública. HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. DPU: assuntos especiais – textos clássicos*, Brasília, DF, n. 60, p. 25-50, nov./dez. 2014.

²⁶⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. *Os Constitucionalistas*, São Paulo, out. 2012. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opinio-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaia>. Acesso em: 30 jul. 2022.

trata de exercer o papel contramajoritário do Poder Judiciário. Não é menos verdade, porém, que cabe a esse poder levar em conta a opinião pública na escolha das diversas interpretações possíveis no quadro de regras e princípios.

Com base nos pressupostos acima, pode-se dizer que a opinião pública influencia e molda as decisões do Poder Judiciário, na medida em que as legitima, especialmente aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, o Judiciário, especialmente em casos que envolvam a esfera política, social ou moral, deve estar atento à opinião pública e procurar atendê-la, sempre que legalmente possível, pois “um tribunal hermético à pressão social corre o risco de ver sua autoridade corroída pelo descrédito, o que pode, em cenários patológicos de crise institucional, resultar no descumprimento das decisões”.²⁶¹ Com efeito, Fernando Filgueiras, afirma em artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, que “Pesquisas feitas em várias democracias, das mais estáveis às menos estáveis, mostram que a capacidade real de uma Corte controlar os outros Poderes tem correlação direta com o capital político que essa mesma Corte acumula ao longo do tempo”,²⁶² assim “uma Corte que deixa corroer sua própria reputação gradualmente perde força e se marginaliza no sistema político”.²⁶³ A opinião pública pode ser a última guarda daqueles que guardam a Constituição.

O Luís Roberto Barroso parece ter confirmado a ideia de que o Tribunal Constitucional deve considerar a opinião pública como fator de legitimação do Poder Judiciário. Argumenta que a legitimidade, especialmente na interpretação da Constituição envolve sua capacidade de adaptação aos sentimentos sociais. Havendo um ambiente de desencontro de posições, o correto é seguir aquilo que emana do sentimento social, mas alerta que o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública, porquanto, há casos em que as soluções justas não são as mais populares. Portanto, é necessário desempenhar um papel contramajoritário.²⁶⁴

No mesmo sentido, afirma Jorge Galvão: “O que o *constitucionalismo democrático* evidencia, por seu turno, é que historicamente os juízes acabam

²⁶¹ FILGUEIRAS, Fernando. O judiciário, o CNJ e a opinião pública. *Carta Capital*, São Paulo, fev. 2012. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-judiciario-o-cnj-e-a-opinioao-publica>. Acesso em: 28 jul. 2022.

²⁶² MENDES, Conrado Hübner. O STF no tribunal da opinião pública. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, jan. 2012.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

adotando concepções jurídicas favoráveis às demandas sociais em razão da influência cultural dos diversos atores políticos”.²⁶⁵ No entanto, enfatizou no mesmo sentido que Luís Roberto Barroso que “os juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com base em critérios jurídicos”.²⁶⁶

Maria Eugenia Bunchaft, também argumenta que a sensibilidade do Direito Constitucional à opinião pública aumenta a legitimidade da democracia do Poder Judiciário. Segundo ela, a Constituição começa a despertar a lealdade do povo assim que ele vislumbra a possibilidade de estabelecer um novo sentido constitucional.²⁶⁷ A autora também cita as ideias de Robert Post e Reva Siegel, que promovem um "Constitucionalismo Democrático", que assegura o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados para garantir o respeito à Constituição.²⁶⁸

Por fim, Eduardo Mendonça, compartilhando das lições *supra* e resumindo a

²⁶⁵ GALVÃO, Jorge. Juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com o Direito. O *Consultor Jurídico*, São Paulo, ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-30/observatorio-constitucional-juizes-nao-julgar-acordo-opiniao-publica-direito>. Acesso em: 17 jul. 2022.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011.

²⁶⁸ *Ibid.* A respeito do pensamento de Robert Post e Reva Siegel, parece interessante citar o seguinte trecho de autoria de Leonardo García Jaramillo, ao comentar o “Constitucionalismo Democrático”, porque vai ao encontro do que viemos de escrever sobre a influência que deve ter a opinião pública nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário: “Professores, entre os quais se encontram Post e Siegel, conheceram este projeto e formularam uma alternativa (A Constituição em 2020), que definiu o curso que deve ter o constitucionalismo em questões como a melhor interpretação da Constituição, os direitos sociais, a igualdade, liberdades civis, a proteção da diversidade valores religiosos e familiares. Um dos elementos centrais do movimento é a necessidade de cortes constitucionais moderarem seu ativismo progressista e serem sensíveis ou receptivas à sociedade civil organizada. Defendem uma fundamentação da Constituição não no consenso a respeito das formas de concebê-la e de aplicá-la, mas sim no dissenso. A legitimidade democrática da Constituição também é alcançada através da dissidência que gera intensas trocas dialógicas. Os tribunais superiores não devem ser alheios a essas trocas. Como a Constituição tem de inspirar lealdade, apesar do desacordo sobre o seu significado, deve ser democraticamente legítima, deve refletir nossos valores, mesmo no contexto de controvérsias culturais” “*Profesores, entre los que se encuentran Post y Siegel, conocieron este proyecto y formularon otro alternativo (La Constitución en 2020), donde establecen el rumbo que debería tener el constitucionalismo en temas como la mejor interpretación de la Constitución, los derechos sociales, la igualdad, las libertades civiles, la protección de la diversidad religiosa y los valores familiares. Uno de los elementos medulares del movimiento es la necesidad de que los tribunales constitucionales moderen su activismo progresista y sean sensibles, o receptivos, hacia la sociedad civil organizada. Se defiende una fundamentación de la Constitución no en el consenso respecto de las formas de concebirla y aplicarla, sino en el disenso. La legitimidad democrática de la Constitución también se alcanza por el disenso que genera intensos intercambios dialógicos. Las altas cortes no deben ser ajenas a estos intercambios. Como la Constitución tiene que inspirar lealtad a pesar del desacuerdo sobre su significado, debe ser democráticamente legítima, debe reflejar nuestros valores, incluso en el contexto de controversias culturales.*” (tradução nossa). JARAMILLO, Leonardo García. Constitucionalismo democrático. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Obras del pensamiento jurídico*, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/constitucionalismo-democratico-robert-post-y-reva-siegel>. Acesso em: 18 jul. 2017.

questão, afirma que:

É nesses espaços de abertura semântica que se coloca, verdadeiramente, o tema da interação entre decisão judicial e opinião pública. Tal como faz – como deve fazer – em relação aos atos dos outros Poderes, o Judiciário deve, sim, tratar com respeito e seriedade as manifestações sociais acerca das controvérsias levadas a julgamento. Essa é, antes de tudo, uma questão de humildade institucional e de respeito ao princípio democrático. O fato de a ordem jurídica atribuir aos juízes a prerrogativa de confrontarem a vontade política majoritária, em nome do respeito ao Estado de Direito, não significa que eles devam agir como portadores de alguma verdade revelada, como se as suas visões de mundo acerca dos valores constitucionais fossem intrinsecamente superiores às paixões da plebe. [...].

Mesmo onde exista o controle de constitucionalidade, os juízes devem satisfação aos destinatários de suas decisões, devendo demonstrar que elas são baseadas em uma leitura coerente e consistente da ordem jurídica. A autoridade da jurisdição depende do sucesso desse diálogo, para que a sociedade mantenha a confiança de que os tribunais exercem um papel valioso e digno de ser preservado – inclusive quando contrariem circunstancialmente os desígnios da maioria.²⁶⁹

De se notar, ainda, a figura do *amicus curiae* quando se trata de opinião pública. De acordo com o glossário de Termos Jurídicos do Supremo Tribunal Federal, um *amicus curiae*, latim para "amigo do tribunal", é uma pessoa que representa os interesses e direitos de outras pessoas no Tribunal e pode influenciar as decisões judiciais, acontecendo, especificamente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, refere-se à intervenção em processo de controle concentrado de constitucionalidade por pessoa física ou jurídica ou, ainda, entidade que tenha representação suficiente para se manifestar nos autos sobre questão de direito sobre a lide constitucional, especialmente nos casos em que existam "relevante interesse social ou que envolvam valores essenciais de grupos ou classes sociais".²⁷⁰ Não é parte no processo; todavia, atuando como terceiro interessado, possibilita a análise de informações relevantes à solução da controvérsia. Tal instituto está previsto tanto no art. 7º, § 2º, da Lei federal 9.868/1999,²⁷¹ que trata da ação direta de

²⁶⁹ MENDONÇA, Eduardo. O juiz deve, sim, ser permeável à opinião pública. *Consultor Jurídico*, São Paulo, set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-11/eduardo-mendonca-juiz-sim-permeavel-opiniao-publica>. Acesso em: 17abr. 2022.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário jurídico*. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>. Acesso em: 17 abr. 2022.

²⁷¹ "Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] §2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo

inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (aplicável por analogia à ação de descumprimento de preceito fundamental), quanto no art. 138 do Código de Processo Civil, que trata da admissão do *amicus curiae* nos processos.²⁷²

A partir dessa definição, pode-se dizer que a figura do *amicus curiae* enseja a participação da sociedade civil no debate que se desenrola em meio aos acontecimentos sobre questões sociais relevantes. Isso deve permitir que o amigo da corte possibilite capturar da opinião pública na tomada de decisões e a influencie no resultado, isso pois, abre a oportunidade de oitiva de opiniões/informações de organizações da sociedade civil,²⁷³ as quais veiculam opiniões de vários setores da sociedade, promovendo o debate entre tais ideias, peculiares a determinados grupos. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, após ouvir tais informações/opiniões de diversos segmentos da sociedade civil, as levará em consideração na construção do julgamento final. Esse processo democrático reflete o mesmo processo descrito para a formação da opinião pública, que se constrói por meio da discussão racional e de diferentes pontos de vista sobre um determinado assunto. O instituto do *amicus curiae* representa, assim, a abertura do Poder Judiciário para o controle ou pelo menos influência da opinião pública.

Esta parece ter sido a ideia de Peter Haberle, quando propôs uma nova forma de interpretar as normas constitucionais. Segundo o autor tendo em vista que o processo de interpretação se mostrou aberto e, portanto, organicamente conectado à realidade, é preciso ampliar o leque de intérpretes, para que não abranja apenas os órgãos do Estado e as partes do processo, mas também uma opinião pública

fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 17 abr. 2022.

²⁷² “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 17 abr. 2022.

²⁷³ De acordo com Víctor Sampedro Blanco, a sociedade civil manifesta a opinião dos indivíduos que representam na esfera pública, transmitindo aos governantes a voz dos governados, influenciando o modo de exercer do Poder. BLANCO, Víctor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa*. Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

democrática e pluralista.²⁷⁴

Ainda de acordo com o pensamento do autor,

A vinculação judicial à lei e à independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas e as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre-arbítrio. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei.²⁷⁵

Essa ideia entende a opinião pública como justificadora e limitadora da interpretação judicial, pois deve ser levada em consideração na construção de uma interpretação constitucional.

Além disso, a regra que estabelece que o processo deve ser público por previsão constitucional, ressalvadas as exceções previstas em lei, já contempla o controle/influência da opinião pública sobre o Poder Judiciário.

Enfim, a opinião pública é o julgamento que permite aos homens, sobretudo públicos, encontrar – ou não – o aval de seus semelhantes.²⁷⁶ O Poder Judiciário, pois, da mesma forma, por ser detentor e exercer um poder político, deve buscar no povo a concordância com suas decisões. É bom sempre lembrar que “todo o poder emana do povo” (art. 2º, parágrafo único, da CF/1988), e é ele, em última instância, o controlador de todos os Poderes.

Note-se que, no Brasil, carece-se de bases para formar uma opinião pública devidamente refletida e fundamentada, pois a falta de acesso à educação e a pressão de questões vitais como trabalho, alimentação e saúde não deixam tempo para reflexão. Além disso, o acesso à informação é privilégio de poucos no Brasil. Existe, portanto, o perigo de que a opinião pública, que influencia o Judiciário, não reflita a opinião pública verdadeira, mas sim a opinião dos segmentos privilegiados da sociedade.

²⁷⁴ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. DPU Assuntos Especiais - *Textos Clássicos*, Brasília, DF, n. 60, p. 25-50, nov./dez. 2014.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ Segundo Víctor Sampedro Blanco, Michel de Montaigne foi o primeiro a utilizar a expressão “opinion publique”, preocupado com a atenção que seus escritos despertavam nos leitores, já no século XVI. BLANCO, Víctor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa*. Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve com objeto analisar se o intento originário da concepção da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, de criar uma situação de equilíbrio, visando prevenir os abusos de cada um deles e a possível violação dos direitos dos cidadãos, está sendo respeitado na atual redação da Constituição Federal, levando em consideração a realidade brasileira a que se aplica.

Propôs-se, portanto, examinar as origens e o conteúdo da teoria da separação dos poderes e dos freios e contrapesos, bem como sua elaboração na Constituição Federal de 1988.

As origens da separação dos poderes, tal como a conhecemos hoje, decorre da necessidade de evitar o abuso de poder, da consagração do *Rule of Law*, e, bem como garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, a distribuição de funções entre os diferentes órgãos do Estado foi necessária para que o poder não ficasse concentradas nas mãos de apenas um órgão ou indivíduo.

A contribuição norte-americana acrescentou a ideia de freios e contrapesos ao esboço original da distribuição de funções entre diferentes órgãos. Com efeito, por meio dos diversos artigos escritos em *O Federalista*, os *Founding Fathers* sustentaram que, para além da simples divisão de funções, era necessário criar uma certa interdependência entre os órgãos que representavam o poder do Estado, pois pela interpenetração de funções, os titulares dos diferentes poderes acabavam se restringindo reciprocamente, evitando abusos.

Também foi possível diferenciar o conceito de freios, que são medidas tomadas por um Poder capaz de neutralizar as decisões tomadas por outro Poder, do conceito de contrapesos, que são medidas destinadas a tornar uma decisão decisiva de um Poder mais equilibrado, por meio de a participação de outros Poderes. Restou comprovado, portanto, que tanto a separação dos poderes quanto os mecanismos de freios e contrapesos parecem ser apenas um meio de coibir o abuso de poder, a fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Desse modo, a distinção das funções do Estado em três Poderes, bem como o estabelecimento de uma certa forma de distribuição dos mecanismos de freios e contrapesos, é um meio para atingir esse objetivo. Tal assertiva nos leva à conclusão

exposta durante o estudo, de que tal desenho não é impermeável à possíveis ajustes, implicando outras formas de arranjo, desde que o objetivo original seja alcançado.

Da conclusão acima, revelou-se imprescindível efetuar uma análise da distribuição dos freios e contrapesos na Constituição Federal de 1988, com o intuito de verificar se o desenho adotado atende aos objetivos, ainda à finalidade com que foram concebidas na teoria da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapeso. A análise demonstrou que as concepções e objetivos originais podem não estar sendo realizados.

Com efeito, a separação dos poderes e os freios e contrapesos foram concebidos, repise-se, com o único e exclusivo objetivo de equilibrar a balança, tanto por meio da distribuição de atividades específicas a cada um dos três Poderes (separação dos Poderes), como por meio da outorga de mecanismos que permitissem o controle recíproco entre eles (freios e contrapesos), visando a evitar o abuso de poder, que enseja a violação de direitos.

A análise dos dispositivos constitucionais revela hoje muitas interações entre os Poderes Legislativo e Executivo e diversos mecanismos de contenção recíproca, inclusive aqueles relacionados às atividades fim por eles desenvolvidas. No entanto, quanto à atividade típica do Poder Judiciário, o estudo revelou a existência de instrumentos de controle menos efetivos por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que freios e contrapesos não podem ser exercidos apenas indiretamente sobre as atribuições típicas do Poder Judiciário. Por outro lado, também ficou demonstrado que este último controla as atividades típicas do Legislativo e do Executivo, em particular pela verificação de constitucionalidade e legalidade, e, também, sobretudo por freios diretos.

A distribuição dos mecanismos de freios e contrapesos, conforme atualmente previsto na Constituição Federal, conseguiu gerar, inicialmente, uma harmonia entre os três Poderes, uma vez que o Poder Judiciário era percebido como um Poder neutro, distante da política e da lei moral, apegado ao texto da lei. Essa neutralidade do seu comportamento pelas regras, votadas pelo Poder Legislativo, justificava a ausência de maior controle dos demais Poderes, já que não havia espaço para discricionariedade.

Contudo, verificou-se que essa forma de distribuição de mecanismos de freios e contrapesos não garante mais a harmonia entre os Poderes, haja vista que o Poder Judiciário não mais demonstra neutralidade em seu comportamento. Observa-se,

atualmente, um deslocamento no centro de decisão política das instâncias ordinárias – dos Poderes Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário; eis que este é chamado a interpretar a Constituição no cumprimento de suas finalidades. Ao fazê-lo, o Judiciário é também chamado a fazer escolhas sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais, sobretudo em vista da larga utilização de princípios, passando, pois, a ocupar um espaço político sobre o qual não lhe era dado penetrar.

Portanto, pode-se afirmar que, apesar de a distribuição das atividades e dos meios de controle recíproco entre os Poderes, conforme previsto na Constituição Federal, responderem inicialmente a tais ideais, as mudanças sociais, políticas e comportamentais do próprio Judiciário vêm demonstrando que a concepção adotada pela Constituição Federal de 1988 coloca-o, em vista da atual realidade brasileira, em situação de supremacia sobre os demais, em termos de controle recíprocos exercido entre os Poderes.

De qualquer forma, o texto constitucional identificou três instrumentos passíveis de reduzi-lo (desequilíbrio). O primeiro é o Conselho Nacional de Justiça, que, embora não tenha natureza de freio e contrapeso, enseja controle interno sobre a atividade dos magistrados. A segunda ferramenta relacionada ao exercício do direito de petição. E a terceira foi identificado na opinião pública, pelo direito à liberdade de expressão. Os dois últimos podem influenciar a atividade judicial geral com base em interpretações mais amplas.

No entanto, o desequilíbrio ainda existe, pois, os instrumentos listados não exigem freios e contrapesos. (que revelam contenção entre os três Poderes). O desequilíbrio revelado conduz à desarmonia, em que o Poder Judiciário preponderância sobre os demais Poderes, cenário este que favorece à violação das concepções das teses originais das separações dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos.

Considerando o caráter instrumental das teorias de separação dos poderes e dos freios e contrapesos, o desequilíbrio observado e a necessidade de os Poderes se controlarem para evitar abusos, parece necessário refletir sobre a necessidade de uma reforma constitucional que preveja o controle externo do Poder Judiciário a ser exercido pelos demais Poderes. Eventual alteração nesse sentido não desafiaria nem a separação dos poderes nem a teoria de freios e contrapesos. Ao contrário, por se tratar de teorias instrumentais que têm suas razões comprometidas com o equilíbrio entre os Poderes, a mudança criará esse balanceamento entre os órgãos,

concretizando suas ideias originais e, assim, evitando a supremacia de um Poder sobre o outro.

Conclui-se, assim, esperando-se ter trazido contribuição para reflexão e reavaliação do tema da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos no Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. *O que é – súmula judicial e súmula vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Harvard University Press, 2005.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado. *Revista da Constituição e Internacional*, v.8 nº 31, p. 57-73, abr./jun. 2000.
- AKERMAN, Bruce. *A nova divisão de poderes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- AMADO, Juan Antônio García. Existe discrecionalidad em la decisión judicial? *Isegoría*, [S. l.], n. 35, p. 151-172, jul./dez. 2006.
- AMARAL JR., José Levi Mello. Sobre a organização de Poderes em Montesquieu. Comentários ao capítulo VI do Livro XI de 'O espírito das Leis'. *Revista dos Tribunais, São Paulo*, v. 868, p. 53-68, fev. 2008.
- AMARAL, José Levi Mello. *Medida provisória: edição e conversão em lei. Teoria e a prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 21, n. 83, jul./set. 1984.
- BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Ação direta de inconstitucionalidade popular, via direito de petição*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4562, 28 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33884/acao-direta-de-inconstitucionalidade-popular-via-direito-de-peticao>. Acesso em: 4 maio 2022.
- BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *O direito constitucional de petição*. 2003. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.
- BARCELOS, Ana Paula. Separação dos poderes, maioria democrática, legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 185-206, 2000.
- BARROS, Sérgio Resende. *Estudo sobre o "impeachment"*. [S. l.], 2016. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/-i-impeachment--i-.cont>. Acesso em: 27 nov. 2022.
- BARROSO, Louis Roberto. Crimes de responsabilidade e processo de *impeachment* – descabimento contra o secretário de estado que deixou o cargo. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, [S. l.], v. 3, p. 615-632, maio 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Interesse Público – IP*, Belo

Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4217991/course/section/1057477/Texto%20Lu%C3%ADs%20Roberto%20Barroso%20CPI.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 1-177 jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso. Anistia de crimes tributários. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCl*, São Paulo, v. 42, p. 89-96 jan./mar. 2003.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERCOVICI, Gilberto. Escolha de membros do Tribunal Regional do Trabalho por meio de lista tríplice ato de natureza mista da Presidência da República. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929, p. 123-135, mar. 2013.

BILL OF RIGHTS. [S. l.], 1688 Chapter 2 1 Will and Mar Sess 2. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>. Acesso em: 17 set. 2021.

BLANCO, Victor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa*. Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONIFACIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 25203/DF*. Impetrado: Herivaldo Carlos Gomes. Impetrante: Tribunal de Contas da União. Relator: Celso Mello. 09 de setembro de 2005. p. 197-203. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2270729>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar em ação direto de inconstitucionalidade n. 1949/RS*. Relator Pertence, Sepúlveda. 25 de novembro de 2005. p. 00005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF*. Relator: Celso Mello. 04 maio 2004.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para

organizar um regime democrático [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de emenda à constituição no, de 2011*. (Do Sr. Nazareno Fonteles e outros). Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817. Acesso em: 3 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento interno*. [S. l.], 2022. Disponível em: file:///C:/Users/bmccamargo/Downloads/regimento_interno_17ed.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Resolução nº 67, de 3 de março de 2009*. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_67_03032009_22032019151610.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Instrução normativa nº 2/2009*. Disciplina a adoção de medidas destinadas à observância de tramitação de processos da Lei nº 8069/1990; da garantia de cumprimento de prazos previstos na mencionada Lei; dos demais direitos da criança e adolescente estabelecidos na “teoria da proteção integral” e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Seção 1, p. 94, 04 dez. 2009 e no *DJE/CNJ* n. 187/2009, de 04.11.2009, p. 7.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 41/2016*. Institui grupo de trabalho para analisar os vencimentos e demais vantagens dos magistrados de primeiro e segundo grau de jurisdição e propor mecanismos de controle pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/97956/2016_port0041_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 112/2010*. Institui mecanismo para controle dos prazos de prescrição nos tribunais e juízos dotados de competência criminal. *Diário da Justiça eletrônico (DJe)*, Brasília, DF, n. 62, p. 6-7, 08 abr. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 135/2011*. Dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, Brasília, DF, n. 130, p. 2-5, 15 jul. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 76/2009*. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus

indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Seção 1, n. 109, p. 102-103, 10 jun. 2009.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em:

BRASIL. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595_compilado.htm. Acesso em:

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN/CJU/COJPN 1603/2012*. Brasília, DF: PGFN, ago. 2012. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/16032012> Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Regimento interno*. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102367&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Acórdão no mandado de segurança nº 23.452*. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Celso de Mello. 12 de maio de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 721-8/PA*. Relator: Eros Grau. 31 de out. 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 378*. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Voto do Ministro Barroso na ADPF 378. 4 de abril de 2016. Disponível em: <https://www>.

stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF__378__Ementa_do_voto_do_mi
nistro_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*. Brasília, DF: STF, nov. 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/410552733/1a-turma-afasta-prisao-preventiva-de-acusados-da-pratica-de-aborto>. Acesso em: 21-jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 137-0/PA*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Moreira Alves. 03 de outubro de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346199>. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ação declaratória de constitucionalidade nº 12*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Intimados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal - SINDJUS/DF e outros. Relator: Carlos Britto. 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ação rescisória nº 1354*. Autor: Walter Ferreira da Silva. Réu: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Celso de Mello. 06 jun. 1997. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1588855>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário jurídico*. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no recurso extraordinário 717.424 Alagoas*. Tribunal Pleno. Recorrente: Fernando Ribeiro Toledo. Recorrido: Associação Nacional do Ministério Público de Contas, AMPCON. Rel. Min. Marco Aurélio. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3883091>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Conta. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRITTO, Luiz Navarro de. *O veto Legislativo*. Estudo comparado. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Negócio Interior. Serviço de documentação, 1966.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. A expansão da jurisdição constitucional e a separação dos poderes: uma análise do sistema em termos de cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 1-2.

CASSEB, Paulo Adib. Fundamentos da forma de designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. *In: MENEZES, Fernando et al. (coord.). Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCl*, São Paulo, v. 38, ano 10, p. 289-303, jan./mar. 2002.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CONTI, José Maurício. A Suprema Corte gera polêmica ao decidir sobre contas de prefeitos. *Consultor Jurídico*. São Paulo ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/contas-vista-stf-gera-polemica-decidir-julgamento-contas-prefeitos>. Acesso em: 16 dez. 2022.

CORREA, Tupã Gomes. *Contato imediato com a opinião pública*. Os bastidores da ação política. 2. ed. São Paulo: Global, 1993.

COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. A separação dos poderes: de Montesquier a Bruce Ackerman, uma transformação de paradigma. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCl*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 15-35 out./dez/ 2015.

CRETELL JR., José. Natureza jurídica do impeachment no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, [S. l.], v. 4, p. 497-510, maio 2011.

CRETELLA JR., José. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 770, p. 433-441, dez. 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia, *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1988.

ESTADOS UNIDOS. Constituição [(1787)]. *A Constituição dos Estados Unidos da América*. [S. l.], 1787. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

FALCÃO, Joaquim. Separação dos poderes e independência do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 253-274, jan. 2006.

FAZANARO, Renato Vaquelli. O modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCl*, São Paulo, v. 89, p. 217-274, out./dez. 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, São Paulo, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressual de sustar atos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Louis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. 2.

FERRERA FILHA, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILGUEIRAS, Fernando. O judiciário, o CNJ e a opinião pública. *Carta Capital*, São Paulo, fev. 2012. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-judiciario-o-cnj-e-a-opiniao-publica>. Acesso em: 28 jul. 2022.

FRANÇA. Assembleia Geral. *Declaração dos direitos do homem e dos cidadãos*. Paris, out. 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

FRANÇA. Assembléia Nacional. [Constituição (1791)] *Constituição Francesa de 1791*. Disponível em: <https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

FREITAS, José Ferreira de. Os Tribunais de Contas e a Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCl*, São Paulo, v. 6, p. 80-86, jan./mar. 1994.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Menezes *et al.* (coord.). *Direito Constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 365-394.

GALVÃO, Jorge. Juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com o Direito. *O Consultor Jurídico*, São Paulo, ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-30/observatorio-constitucional-juizes-nao-julgar-acordo-opiniao-publica-direito>. Acesso em: 17 jul. 2022.

GARCIA, Maria. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, p. 52-61, jan./mar. 2006.

GHELERE, Gabriela Doll. *A liberdade individual para Benjamin Constant*. 2008. 80 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) -- Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Nomeações políticas para o judiciário: apadrinhamento nas cleptocracias*. [S. l.], 2016. Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/nomeacoes-politicas-para-o-judiciario-apadrinhamento-nas-cleptocracias/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. *DPU Assuntos Especiais - Textos Clássicos*, Brasília, DF, n. 60, p. 25-50, nov./dez. 2014.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo: UNESP, 2011.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, New York, n. 78, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-78.php>. Acesso em: 06 out. 2021.

INGLATERRA. Parlamento da Convenção. *Declaração de direitos*. Bill of Rights. [S. l.], 1689. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>. Acesso em: 27 abr. 2022.

JARAMILLO, Leonardo García. Constitucionalismo democrático. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Obras del pensamiento jurídico*, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/constitucionalismo-democratico-robert-post-y-reva-siegel>. Acesso em: 18 jul. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LAMAS, Claudia Maria Las Casas Brito. O constitucionalismo moderno, a democracia e os elementos determinantes da opinião pública na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 73, p. 7-34, out./dez. 2010.

LAMY, Marcelo. Doutrina judicial vinculante sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI’s. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n.14, p. 63-98, jul./dez. 2009.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/435/84>. Acesso em: 3 jul. 2022.

LIMA, Francisco Gerson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise constitucional brasileira: estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Conjectura da constituição*. Barcelona: Ariel, 1954.

MACHADO, Mario Bockamnn. Separação dos poderes e controle externo do judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, São Paulo, v. 9, p. 81-86, out./dez.1994.

MADISON, James *The Federalist*, New York, n. 51, p. 268-269, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php>. Acesso em: 03 out. 2021.

MADISON, James. *Federalist*, New York, n. 48, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-48.php>. Acesso em: 06 out. 2021.

MADISON, James. *The Federalist*, New York, n. 47, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-47.php>. Acesso em: 06 out. 2021.

MALUF, Sahid. *Conjectura geral do Estado*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, Francisco Peçanha. Quinto Constitucional e a renovação do Poder Judiciário. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, ano. 33, n. 33, p. 1-8 set./dez. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas, 1948. v. 2.

MEDAUAR, Odete. Controle parlamentar da administração. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 27, n. 107, p. 111-130, jul./set. 1990.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. O STF no tribunal da opinião pública. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, jan. 2012.

MENDONÇA, Eduardo. O juiz deve, sim, ser permeável à opinião pública. *Consultor Jurídico*, São Paulo, set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-11/eduardo-mendonca-juiz-sim-permeavel-opinioao-publica>. Acesso em: 17abr. 2022.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentário à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. 1.

MOLLER, Max. As dimensões do princípio da separação dos Poderes no constitucionalismo contemporâneo. In: MARÇAL, Cláudia; CORDEIRO, Cleonice Alves; QUACKEN, Maria Elisa (org.). *Anais do XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado*. Goiânia: Kelps, 2008. v. 1.

MONTESQUIER. *De l'esprit des lois*. São Paulo: abr. 1973.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. Martin Claret. Paris: Garnier, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Lei constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas 2016.

MORAES, Alexandre. A evolução da atuação do Presidente da República. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre. Presidencialismo. A evolução do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo. *Revista dos Tribunais*, Brasília, DF, v. 817, p. 731-750, nov. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A relação entre poder e democracia*. Crise e superação. Lindo Horizonte: Newsgroup, 2014.

NASCIMENTO, Ricardo Castro. *A separação dos poderes: origens, evolução e relevância*. 2017. 276 compassos. tese (Doutor em Jurisprudência) -- Escola de Jurisprudência, Universidade Católica Episcopal de São Paulo, São Paulo, 2017.

NASCIMENTO, Ricardo Castro. *Divisão de poderes: origem, desenvolvimento e atualidade*. 2017. f. 160. Tese (Doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OMATTI, Fides. Dos frios e contrapesos entre os Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 14, n. 55, p. 55-82, jul./set. 1977.

OSÓRIO, Flávio Medina. Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: proposta de divisão ou concentração de poderes? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 783, p. 85-114, jan. 2001.

PAUPERIO, A. Machado. Veto II. In: FRANÇA, Ricardo Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 77.

PELEJA JR., Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. *Os Constitucionalistas*, São Paulo, out.

2012. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opinia-o-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaia-s>. Acesso em: 30 jul. 2022.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINTO, Guilherme Newton do Monte. *A reserva de jurisdição*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -- Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.”.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário à Constituição de São Paulo de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 1.

RAMO, Dirceu Torrecillas. O controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 97-104, abr./jun. 1995.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1959.

SALGADO, Eneida Desiree; MENDES, Aparecida Van Haadel. O direito de petição sob perspectiva: uma proposta para a ampliação do debate democrático no controle concentrado de constitucionalidade. In: DIAS, Maxwell Lima; SIQUEIRA, Eduardo Francisco de (org.). *Direitos Fundamentais e Democracia II*. Curitiba: Íthala, 2013. p. 86-107.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANFORD, Levinson. Por qué no ensino “Marbury” (excepto a europeos del Este) y por qué ustedes tampoco deberían. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. ano 7, n. 13, p. 137-167, 2009.

SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political questions doctrine. *J. Marshall L. Rev.*, [S. l.], n. 37, p. 441-480, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=facpub>. Acesso em: 21 jan. 2023.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Mallheiros, 2016.

SIMÕES, Carlos. *Teoria e crítica dos direitos sociais: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Cortez, 2013.

SOUZA, Artur Cesar. *Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura: uma perspectiva democrática fiscalizatória (checks and balances)*. Distrito Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

TASSINARI, Clarissa. *Revisitando o problema da ativismo judicial: contributos da experiência norte-americana*. [S. l.], 2010. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima4/anima4-Clarissa-Tassinari.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. Mutações constitucionais como evolução normativa ou patologia constitucional. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2017.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, DF, v. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

WEDY, Gabriel. *O Estado de direito contemporâneo e seus desafios*. 1. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

WOMERSELY, David. *Liberty and American experience in the eighteenth century*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/1727>. Acesso em: 27 set. 2021.

WOOTTON, David. *Liberty, metaphor, and mechanism: "checks and balance" and the origins of modern constitutionalism*. Liberty and American experience in the Eighteenth Century. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: http://www.constitution.org/lg/check_bal. Acesso em: 15 set. 2021.