SEPARAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS : DESENVOLVIMENTO NO ESTADO BRASILEIRO

MAURÍLIO MALDONADO (*)

1. Evolução do conceito de Separação dos Poderes enquanto doutrina. 2. Evolução do conceito de Separação dos Poderes enquanto princípio constitucional no Direito Brasileiro. 3. Sistema de Freios e Contrapesos. 4. O Controle na Constituição Federal de 1988. 4.1. Controle do Poder Executivo exercido em relação ao Legislativo. 4.2. Controle do Poder Executivo exercido em relação ao Judiciário. 4.3. Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo. 4.4. Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Executivo. 4.5. Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Executivo. 4.6. Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Judiciário. Bibliografia.

1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO DOUTRINA

Em primeiro lugar estaremos verificando a evolução do conceito de Separação dos Poderes enquanto doutrina.

A história da separação dos poderes é a história da evolução da limitação do poder político, objetivo fundamental da doutrina da separação dos poderes.

Conforme acentua o jurista português NUNO PIÇARRA[1], esta doutrina remonta à Grécia e Roma antigas.

O autor lusitano identifica as origens da idéia da separação dos poderes no conceito de constituição mista de ARISTÓTELES em sua obra *Política*, segundo o qual:

> "(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições

(*)O autor é Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, atual Diretor-Presidente do Instituto do Legislativo Paulista e mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP.

[1] *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 31.

> puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político."[2]

Com efeito, é o caráter de síntese da constituição mista, expressando a visão de ricos e pobres, que leva ARISTÓTELES a entendê-la como a melhor constituição, vez que, misturando formas de governos (oligarquia e democracia), poderia se chegar ao meio-termo, ideal de toda a ética aristotélica.

É neste ponto que, continua PIÇARRA, se insere o conceito aristotélico de constituição média ou governo médio que é basicamente um meio de assegurar ou manter, mas também fomentar por via institucional a classe média numa sociedade:

> "A constituição mista atende, antes de mais, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objectivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Neste sentido, constituição mista não é mais do que um sistema "político-social pluralmente estruturado".[3]

Assim, PIÇARRA extrai do pensamento aristotélico a idéia de *equilíbrio ou balanceamento das classes sociai*s que virá, segundo o irmão d'além mar, a ser associada à doutrina da separação de poderes, numa fase já adiantada de sua evolução, através da sua participação no exercício do poder político.

Sobre este aspecto, devemos dizer que a idéia de equilíbrio (balança) nos induz a uma associação imediata à teoria de freios e contrapesos. É o que faz, por exemplo, A. P. SOARES DE PINHO em estudo apresentado à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro para habilitação à docência livre de Direito Constitucional – o qual veremos em detalhes mais adiante – que identifica também nas formas de governo de ARISTÓTELES a origem do sistema de freios e contrapesos.[4]

Desde já, esclarecemos, todavia, que as idéias não são antagônicas como veremos adiante, pelo contrário.

De outra parte, gostaríamos de registrar que a noção de separação dos poderes se nos afigura anterior a ARISTÓTELES. Com efeito, notamos vestígios da vetustez das idéias em apreço no próprio ARISTÓTELES, que, ao comentar polêmica existente acerca do mérito da constituição de SÓLON, diz:

> *"Os que o consideram um bom legislador argumentam que ele: a) acabou com a oligarquia absoluta; b) pôs um ponto final na escravização do povo; c) estabeleceu a tradicional democracia ateniense combinando de modo correto a constituição. Explicam que*

---

[2] Ibid., p. 33.
[3] Ibid., p. 35.
[4] *Freios e contrapesos do Governo na Constituição brasileira*.

> *essa combinação contém um elemento oligárquico (**o Conselho do Areópago**), um elemento aristocrático (**a escolha de magistrados**) e um elemento democrático (**o sistema judicial**).*
> *78. A verdade é que, desses três, Sólon encontrou os dois primeiros – o conselho e a seleção dos magistrados – já prontos, e simplesmente se absteve de aboli-los."*[5] *(destacamos)*

E não é só, na mesma obra ARISTÓTELES esclarece o caráter plural das autoridades do Estado:

> *"Por 'constituição' entendo a organização das **várias autoridades**, e em particular da autoridade suprema, que está acima de todas as outras. Mas é preciso deixar claro que, em todos os casos, o corpo dos cidadãos é soberano; a constituição é a soma total da politeuma."*[6] (destacamos)

Em Roma, ainda segundo PIÇARRA[7], POLÍBIO e CÍCERO retomam a idéia da constituição mista de ARISTÓTELES com uma ligeira diferença: *enquanto o modelo aristotélico é "interno" – todas as classes têm acesso a todos os órgãos constitucionais, "misturando-se" em todos eles –, o modelo polibiano é "separador" – cada classe apenas tem acesso ao órgão constitucional que lhe é destinado.*[8]

Após a utilização da tradição da constituição mista na Idade Média para defender a limitação do poder real pelos direitos das ordens ou estamentos, se desenvolveu na Inglaterra *a idéia de que a melhor forma de governo consistia num esquema constitucional em que o Rei, Lordes e Comuns repartissem entre si o poder político* (Monarquia mista). [9]

O desenvolvimento das instituições representativas inglesas, lança a Inglaterra a um Estado constitucional sem praticamente ter passado pelo absolutismo. Isso se justifica pelo fato de que a doutrina da separação dos poderes surgiu na Inglaterra, século XVII, diretamente ligada à idéia de *rule of law*, primeira forma histórica do que viria a ser o Estado Constitucional ou de Direito, que tem como um dos elementos essenciais a separação dos poderes.

Em contraposição a estas idéias, a partir do conceito de soberania em BODIN (1576, *Les six livres de la Republique*) e da doutrina de HOBBES, desenvolveram-se as idéias ABSOLUTISTAS[10], que justificavam filosoficamente a concentração dos poderes nas mãos de um soberano, limitado, este último, apenas pelo direito natural, do ponto de vista filosófico, mas, na prática, apenas pela sua razão ou vontade **e não pelo direito**.

---

[5] Aristóteles, *Política*, in: *os pensadores,* São Paulo : Nova Cultural, 2000, p.206.
[6] Ibid., p. 221.
[7] Op. cit., p. 36, nota 1.
[8] Op. cit., p. 40, nota 1.
[9] Nuno Piçarra, op. cit., p.41-62, nota 1..
[10] Vide Ari Marcelo Sólon, *teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*, p.30-37.

À vontade do soberano se confundia com a vontade do Estado, como exemplifica a célebre frase atribuída a LUÍS XIV, *l'Etat c'est moi.* Esta concentração de poderes levou à degeneração, às arbitrariedades e ao abuso do poder. Adicionada à ascensão econômica da Burguesia, inicia-se o término da Idade Moderna:

> *"Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental, sobretudo em França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos.*
> *Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semidespóticas.*
> *(...)*
> *Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica*." [11]

Este é o caldo de cultura para o desenvolvimento sistematizado da doutrina da separação dos poderes como técnica de limitação do poder levado a cabo por LOCKE e MONTESQUIEU.

Efetivamente a doutrina da separação dos poderes encontrará em Locke e Montesquieu seus grandes sistematizadores; o inglês, pioneiro, através do *Segundo tratado sobre o governo civil* e o francês no célebre "*Do Espírito das Leis"*.

LOCKE, considerado o fundador do empirismo – doutrina segundo a qual todo o conhecimento deriva da experiência – vai desenvolver na obra acima, o que NORBERTO BOBBIO considera a primeira e mais completa formulação do Estado Liberal, que constitui, ainda, a justificação *ex post facto* da Revolução Gloriosa na Inglaterra, onde LOCKE fundamenta a legitimidade da deposição de JAIME II – ao qual LOCKE se opunha, refugiado na Holanda – por GUILHERME DE ORANGE (chefe de Estado da Holanda) e pelo parlamento com base na doutrina da resistência. [12]

É nesta obra que LOCKE restabelece a conexão entre a doutrina da separação dos poderes e a *rule of law*, concebendo-a como pré-requisito desta última: *para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os*

[11] Paulo Bonavides, *ciência política*, p.134-136.
[12] Leonel Itaussu Almeida Mello, p.82-83.

mesmos homens que a fazem, a aplicá-la[13]. Sendo, em decorrência disso, necessária a separação entre legislativo e executivo.

Como bem salienta PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA[14], o poder supremo para Locke é o **legislativo**, os *demais poderes dele derivam e a ele estão subordinados*. Compete ao poder **executivo**, cuja existência é perene, a aplicação das leis. LOCKE ainda concebe um terceiro poder, que apesar de distinto, não pode ser separado do executivo, ao qual denomina de ***federativo***, ao qual incumbe *o relacionamento com os estrangeiros, a administração da comunidade com outras comunidades, compreendendo formação de alianças e decisões sobre a guerra e a paz*.

Nesse passo, ressaltamos que, a despeito de LOCKE não contemplar expressamente, em sua tripartição dos *poderes da sociedade* (Legislativo, Executivo e Federativo), o Poder Judiciário, e, ainda, de referir-se a este como atividade meio do poder legislativo, vislumbramos em seus escritos uma vital importância do poder judiciário em sua sistematização das funções de Estado. Vejamos:

> *"E por essa maneira a comunidade consegue**, por meio de um poder julgador**, estabelecer que castigo cabe às várias transgressões quando cometidas entre os membros dessa sociedade – que é o poder de fazer leis –, bem como possui o poder de castigar qualquer dano praticado contra qualquer dos membros por alguém que não pertence a ela – que é o poder de guerra e de paz –, e tudo isso para preservação da propriedade de todos os membros dessa sociedade, tanto quanto possível. [...] E aqui deparamos com **a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade**, **que deve julgar** por meio de leis estabelecidas **até que ponto se devem castigar** as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, mediante julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde as agressões externas devem ser retaliadas; e em um outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade.[...]".* [15]

É, contudo, MONTESQUIEU, o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado, e, à esteira do que já havia sido preconizado por LOCKE, também aproxima sua formulação da concepção de *rule of law*. E, com a clareza d'água, revela ao mundo os contornos da acepção mais difundida da separação dos poderes:

---

[13] W. B. Gwyn, the meaning of the separation of powers, New Orleans, 1965, *apud* Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p.71.

[14] Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema de separação de poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988, *in Revista de Direito Constitucional e Internacional,* p.241-258.

[15] John Locke, two treatises of civil government, London : Every-man's Library, 1966, p.117-241, tradução de Cid Knipell Moreira, apud *clássicos da política*, p. 90

> *"Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.*
> *Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.*
> *Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes**: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares***."[16] (destaques nossos)

É necessário registrar que, apesar de MONTESQUIEU ter conferido ao poder de julgar o *status* de um dos poderes do Estado, inaugurando a tripartipação dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente, é nítido o caráter secundário atribuído por ele a esse poder. Vejamos a passagem abaixo, onde MONTESQUIEU procura apresentar uma de suas justificativas para a existência da Câmara Alta (corpo legislativo formado por nobres, ao lado do corpo legislativo formado por representantes do povo):

> *"Dos três poderes de que falamos, é **o Poder de Julgar**, de certo modo, **nulo. Sobram dois.** E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito."*[17]. (destacamos)

Entretanto, é o temor dos americanos à tirania do legislativo (já presente em LOCKE e MONTESQUIEU), manifestado nos artigos federalistas[18] – na verdade, justificativa *ex post facto* da Constituição que ajudaram a elaborar – que inspirou MADISON, HAMILTON e JAY, em especial os primeiros, tendo em mira as lições de MONTESQUIEU, a alinhavarem a construção de um modelo de separação dos poderes que mitigasse a supremacia do Poder Legislativo, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes, objetivando, na realidade, o fortalecimento do Poder Executivo. Afastando-se, desta forma, do modelo europeu que outorgava ao Legislativo papel proeminente.

HAMILTON ou MADISON[19] até reconheciam – **como desgraça** – que nos governos republicanos o Poder Legislativo predomina necessariamente. Em razão disso, é que serão propostos mecanismos para "equilibrar" – leia-se: deferir maiores poderes ao Executivo – estas forças, **balancear** o peso dos poderes, como os que já existiam, por exemplo na Inglaterra, entre a Câmaras dos

[16] *Do espírito das leis*, São Paulo : Saraiva, 2000, p.167-168.
[17] Ibid., p.173.
[18] O federalista*. In Os Pensadores*, São Paulo : Victor Civita Editor, 1979, caps. XLVII e LI.
[19] Há uma dúvida (segundo a publicação já citada, Os Pensadores) acerca da autoria do artigo federealista nº 51, Hamilton ou Madison.

Lordes e dos Comuns. Nesse sentido, vale a pena a leitura de emblemática passagem do artigo federalista nº 51:

> *"Mas a **desgraça** é que, como nos governos republicanos **o Poder Legislativo há de necessariamente predomina**r, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em **dividir a legislatura** em muitas frações e em desligá-las umas das outras, **já pela diferente maneira de elegê-las**, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permite a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas este mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. **Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado**. **O veto absoluto é**, à primeira vista, **a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda**: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.*[20]
>
> *(...)*
>
> *Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por conseqüência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o **exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes**."*[21]

Nesse passo, cumpre destacar, a grande responsabilidade dos Estados Unidos por situar o Poder Judiciário *no mesmo nível político dos outros dois ramos do governo*[22], configurando sua moderna função no mundo. Foi através da célebre decisão de JOHN MARSHALL, *Chief-Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso **MARBURY *versus* MADISON** (1803), que inaugurou o poder da *judicial review* (revisão judicial), segundo o qual **compete ao Poder *Judiciário dizer o que é lei***[23], considerada lei aquele ato legislativo em conformidade com a Constituição, *ato legislativo contrário à Constituição não é lei*[24].

Afirmou-se, assim, o poder daquela corte para a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo, principiando o sistema de controle da constitucionalidade (difuso).

Esta decisão é tão crucial para a caracterização das atribuições do Poder Judiciário e para o reconhecimento de sua vital importância no concerto das

---

[20] *O federalista,* op. cit., p.131, nota 18.
[21] Ibid., p.130.
[22] Paulo Fernando Silveira, *freios e contrapesos (checks and balances)*, p.94.
[23] Ibid., p.90.
[24] Leonard Baker, *John Marshall - A life in law*, Easton Press, 1990, v.2, p.407, *apud* Paulo Fernando Silveira, op. cit., p. 91, nota 22..

funções do Estado que atribui-se a ela a responsabilidade pela fundação da ***doutrina americana da supremacia judicial***.[25]

Interessante notar, ainda, a importância do papel dos *Founding Fathers*, norte-americanos, no sentido de viabilizar a convolação de uma doutrina em princípio constitucional, de modo que, em 1787, os Estados Unidos da América positivaram em sua Constituição a divisão funcional dos poderes, conferindo, através de sua lei fundamental, o papel de cada um dos poderes – legislativo (art. 1º), executivo (art. 2º) e judiciário (art. 3º) – na conformação das funções político-constitucionais básicas.

Da mesma forma que a divisão de MONTESQUIEU, conforme ensina Alexandre de Moraes*, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal,* é transformada em *dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,* de 1789[26]:

> *"Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a* ***separação de poderes*** *estabelecida* ***não tem constituição***." (destacamos)

Assim é que a formulação da doutrina da separação dos poderes, como técnica para a limitação do poder, é posta em prática nas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII – Revolução Gloriosa, Inglaterra 1688/89, Independência Norte-Americana, 1776, e Revolução Francesa, 1789 – em resposta aos abusos e iniqüidades resultantes, entre outros fatores, da concentração de poderes nas mãos do soberano, típica do Absolutismo da Idade Moderna. Vale lembrar que essa era marca o início do Estado de Direito.

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Para demonstração da evolução do conceito de separação dos poderes, enquanto princípio constitucional no Brasil, reproduziremos os textos relativos, acrescidos de comentários. No tocante ao período de 1824 a 1946, ou seja, da Carta Imperial de 1824 à Constituição de 1946, resgatamos já citado estudo do Professor Doutor A. P. SOARES DE PINHO[27], enriquecido de uma análise da Constituição de 1937, da lavra do Professor Doutor PAULO BONAVIDES em co-autoria com PAES DE ANDRADE, lançada na obra História Constitucional do Brasil.

"CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL DE 1824

[25] Vide C. Herman Pritchett, a supremacia judicial de Marshal a Burger, in ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos, editado por M. Judd Harmon, Rio de Janeiro : Forense Universitária, [s.a.p.], p.145-162.
[26] *Direito constitucional*, p.354.
[27] *Freios e contrapesos do Governo na Constituição brasileira*.

TITULO 3º
Dos poderes, e Representação Nacional.
Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a constituição offerece.
Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.
Art. 11. Os Representantes da Nação Brazileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.
Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio são delegações da Nação.[28]
(..).
TITULO 5º
Do Imperador
CAPITULO I.
Do Poder Moderador
Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.
Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.
Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.
Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador
I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43.
II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império
III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.
IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.
V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua.
VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.
VII. Suspendendo os magistrados nos casos do Art. 154.
VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condemnados por Sentença.
IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado."[29]

Acompanhando as idéias da época, pelo menos do ponto de vista da forma, a Constituição do Império do Brasil também consubstancia em princípio constitucional a separação dos poderes, dividindo, entretanto, as funções do Estado, em quatro (art. 10).

Adicionou-se, todavia, à clássica tripartição, como vimos na reprodução de dispositivos da Carta Imperial acima transcrito, um quarto poder, **o Moderador** (arts. 98 e seguintes), conferido ao Imperador, ao qual também era

[28] Hilton Lobo e Adriano Campanhole, *Constituições do Brasil*, p. 814.
[29] Ibid., p. 823.

confiada a chefia do Poder Executivo (arts. 102 e seguintes), desequilibrando completamente a relação entre os poderes com uma nítida prevalência do Poder Executivo exercido pelo Monarca.

De acordo, A. P. SOARES DE PINHO[30], o Poder Moderador, teorizado por Benjamin Constant, "seria destinado a estabelecer o equilíbrio entre os demais poderes e exercido pelo Imperador", ou, ainda, "seria a chave de toda organização política, ou melhor, o fecho da abóbada, a cúpula do governo".

Neste passo, o autor também oferece seu contributo à compreensão da doutrina da separação dos poderes, demonstrando a presença, na Carta de 1824, da idéia de interpenetração, equilíbrio e harmonia dos poderes e sua importância como técnica de limitação do poder em benefício da liberdade individual. Vejamos:

> *"O que pretendemos deixar assinalado é que **a divisão de poderes nunca se dissociou da idéia da sua interpenetração**, do seu **equilíbrio**, da sua harmonia, não podendo ser tida como absoluta e desintegradora.*
> *E teve sempre em vista, no consenso unânime dos que a adotaram, a **limitação do poder em benefício da liberdade individual**.*
> *Nem seria lícito imaginar-se que o Estado, destinado a servir ao homem, e sua criação, fosse organizado e funcionasse de tal modo que o absorvesse e o oprimisse, como ocorre nos regimes absolutistas e totalitários.*
> *(...)*
> *A divisão da Assembléia Geral, órgão do Poder Legislativo, em duas Câmaras, como ainda hoje ocorre, já inclui nesse ramo um dos processos de **interpenetração**, exercendo a **ação frenadora através da qual se visa a alcançar o desejado equilíbrio**."*[31]

A primeira Constituição da República, a "Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil", consagrou a tradicional tripartição dos poderes, repudiando a monarquia, adotando o presidencialismo norte-americano como solução para a titularidade do Poder Executivo. Esta não foi a única contribuição do modelo norte-americano.

A Constituição dos Estados Unidos da América, indiscutivelmente, representou o mais importante referencial dos constituintes brasileiros. Princípios estruturantes, como a forma federal da organização de nosso Estado, com a conseqüente repartição espacial de competências, foram adotados sob a influência ditada, principalmente, por Rui Barbosa. E quanto à separação dos poderes, assim dispunha:

> "*Art. 15. **São orgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciario, harmonicos e independentes entre si**.*"[32]

---

[30] Op. cit., p.27, nota 27.
[31] Ibid., p.27-28.
[32] Op. cit., p. 753, nota 28.

O Professor SOARES DE PINHO, bem salienta:

> *"(...) além da conservação do princípio da divisão de poderes, surge, também, o da distribuição de competências entre a União e os Estados-membros, de onde decorrem novas limitações e novos freios e contrapesos.*[33]
> *(...)*
> *A vigência da primeira Constituição republicana enseja o funcionamento do* ***mecanismo do equilíbrio dos poderes, com a atuação recíproca de cada um sobre os demais, na contenção de excessos, mecanismo que vai atuar, igualmente, no campo peculiar do legislativo, na interação exercida pelas duas casas do Congresso Nacional e, ainda, nos três níveis em que se desdobra a federação – União, Estados-membros, municípios****."*[34]

A efêmera Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 segue a tradição inaugurada pela primeira Carta da República, e elenca três órgãos da soberania nacional:

> *"Art. 3º São orgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionaes, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si."*[35]

Grandes novidades são introduzidas no Poder Legislativo.

O Senado Federal é incumbido do papel de "coordenação dos poderes", ao qual cumpria, nos termos do art. 88, Capítulo V, da Carta, *manter a continuidade administrativa e velar pela Constituição*. Note-se que o Senado Federal passa a ser tratado fora do capítulo reservado ao Poder Legislativo (Capítulo II), passando a ser um mero colaborador do Poder Legislativo, a teor do disposto no próprio art. 22 da Carta. Vejamos:

> ***"CAPÍTULO II***
>
> *Do Poder Legislativo*
> **(...)**
> *Art. 22 -* ***O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal****."*[36]

---

[33] O Professor Canotilho dá o nome de ***repartição vertical*** à separação e interdependência dos órgão de soberania que *visa a delimitação das competências e as relações de controlo segundo critérios fundamentalmente territoriais (competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais), a* ***repartição horizontal*** *refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania*. (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p.513),

[34] Op. cit., p. 30, nota 27.

[35] *Constituições do Brasil*, p.683.

[36] Ibid., p.691.

Ao mesmo tempo em que a Carta de 1934 retirou do Senado a iniciativa ampla em matéria legislativa (art. 91, I, VII), reservando-a a Câmara dos Deputados, destinou-lhe competências importantes relativas aos assuntos de interesse dos Estados-membros (alíneas *b*, *c* e *d,* do art. 90), conferindo-lhe, ainda, a supremacia para exercitar o sistema de freios e contrapesos (arts. 90, *a* a *d,* 91, II[37], III, IV[38] e VII[39]).

Na Câmara dos Deputados é instituída a chamada representação classista. A simples leitura do dispositivo bem explica a inovação, ao nosso ver, já inspirada no corporativismo que grassava na Europa, conforme veremos adiante. Com efeito, dispunha o artigo 23 da Constituição de 1934:

> *"A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante systema proporcional e suffragio universal, igual e directo, e* ***de representantes eleitos pelas organizações profissionaes****, na forma que a lei indicar."*[40]

A Constituição de 1937, outorgada por GETÚLIO VARGAS, silencia em relação ao princípio da separação dos poderes, e como bem diz Soares de Pinho, o silêncio é *bem expressivo*.

Existem, todavia, previsões **do Poder Legislativo**, artigos 38 e seguintes, **do Poder Judiciário**, artigos 90 e seguintes, e, emblematicamente**, DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, o qual, consoante o artigo 73 é a ***autoridade suprema do Estado*** *e coordena a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país.*[41]

Ao indicar o Presidente da República como autoridade suprema, obviamente a Constituição não poderia falar em equilíbrio ou harmonia. Seu artigo 75, alínea "b", conferia ao Presidente da República a prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados em caso da não aprovação por aquele órgão de medidas tomadas durante estado de guerra ou emergência.

Como bem observa SOARES DE PINHO, nem mesmo a competência deixada ao Judiciário para declarar "a inconstitucionalidade de lei" e, aparentemente, mantida, poderia exercer-se de modo terminativo.[42] Vejamos o que dispõe o artigo 96:

---

[37] O inciso II do art. 91 conferia ao Senado a suspensão da execução de atos normativos que exorbitassem o poder regulamentar do executivo.

[38] A suspensão das leis, atos, deliberações ou regulamentos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (Corte Suprema, art. 76, II, b e c), em sede de controle difuso, como ainda hoje ocorre, figurou pela primeira vez nas atribuições do Senado.

[39] Aqui o Senado funciona como Casa revisora, no estilo da tradicional formulação Câmara Alta revendo a produção da Câmara Baixa.

[40] *Constituições do Brasil*, op. cit., p. 691.

[41] Ibid., p.611.

[42] *Freios e contrapesos do Governo na Constituição brasileira*, p.37.

> "Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.
> Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, **poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal**." (destaques nossos)

Outra inovação da chamada "polaca"[43], de nítida inspiração do coorporativismo fascista e português[44], é a "substituição" do Senado Federal por um Conselho Federal, composto de representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República, e, ainda a criação de um Conselho da Economia Nacional para colaborar com o Poder Legislativo, composto por representantes dos vários ramos da produção nacional, obreiros e patronais [45] (artigos 38, 46, 50, 57 e 61).

Nesse passo, registramos as procedentes críticas de PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE:

> *"A competência dos três Poderes na Constituição de 1937, era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembléias Legislativas dos Estados.*
> *Era o Senado sem voto popular, constituído já à época, dos senadores biônicos que recebiam a designação de "conselheiros".*
> *Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta constitucional. Esta, todavia deixava a brecha para esses abusos, quando em seu artigo 91, ressaltava as*

[43] Denominação pejorativa de "polaca" à Constituição de 1937, transmitia o conhecimento de conteúdo e de ideologia do texto, aurido na Carta polonesa, de origem totalitária e fascista, e construída por Pilsudski (Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *história constitucional do Brasil*, p. 345).

[44] Em nossa história, como a primeira Constituição que não saiu da representação popular, a Carta de 10 de novembro de 1937 não se contentou com os movimentos direitistas da Alemanha e da Itália, vindo buscar no corporativismo português, até à denominação de "Estado Novo", para tentar definir o regime (op. cit., p. 340, nota 43).

[45] Ao Conselho da Economia Nacional competia o exercício de importantes funções normativas, participando, inclusive do próprio processo legislativo. Com efeito dispunha o artigo 61 da Constituição: "*b) estabelecer normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos; c) editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria da produção ou entre associações representativas de duas ou mais categorias; d)* ***emitir parecer sobre todos os projetos, de iniciativa do Governo ou de qualquer das Câmaras, que interessem diretamente à produção nacional;*** (grifo nosso) (Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole, *Constituições do Brasil*, p. 608).

> *restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados.*
> *A competência dos três Poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração – o Presidente da República."*[46]

Após o término da ditadura VARGAS, o país se reconcilia com a democracia e em 1946 promulga sua nova Constituição. E dentre outros importantes avanços, o Brasil reata-se com a melhor tradição consagradora do princípio da separação dos poderes:

> **"CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946**
> *Art. 36. São Podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.*
> *§ 1º O cidadão investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.*
> *§ 2º É vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições."*[47]

É o constituinte de 1946 que inaugura a técnica de redação utilizada nas constituições posteriores para enunciar o princípio, substituindo a idéia de *coordenação* entre os poderes, presente na Carta de 1934, por harmonia, conforme, aliás, constava das constituições anteriores. Assim descreve o período o Professor SOARES DE PINHO:

> *"(...) a adoção do sistema bicameral, seguindo a tradição do nosso direito público, permite às duas casas competentes do Congresso Nacional* ***exercer recíproca ação frenadora,*** *evitando excessos ou precipitações na elaboração legislativa.*
> *O mesmo ocorre em se tratando da atividade dos três poderes, cujos abusos e* ***extralimitações encontram os indispensáveis freios e contrapesos à disposição de cada qual e dos membros da comunidade nacional****."*[48]

Destaque-se da técnica empregada na afirmação do princípio pelo legislador constituinte de 46, a expressa vedação do exercício concomitante de funções distintas pelo mesmo cidadão (§ 1º, art. 36).

A Constituição do último período autoritário, formalmente, não inovou com relação à Constituição democrática de 1946 no que se refere ao princípio da separação dos poderes.

Registre-se, tão somente, a introdução, através do artigo 58 da Constituição de 1967 (art. 55 da Emenda nº 01/69), do famigerado instituto do decreto-lei, que na prática, em virtude, principalmente, da previsão de sua aprovação por decurso de prazo, em face da omissão do Congresso Nacional, conferia competência legislativa plena ao chefe do Poder Executivo.

---

[46] *História Constitucional do Brasil*, p.345.
[47] *Constituições do Brasil*, p. 482
[48] *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*, p.41.

"Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:
I - segurança nacional;
II - finanças públicas.
Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.
Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interêsse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sôbre as seguintes matérias:
I - segurança nacional;
II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e
III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. Obra citada, Constituições do Brasil, Constituição de 1967, p. 401.
§ 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.
§ 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967
Art. 6º São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.[49]

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 01, DE 1969
Art. 6º São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro.'[50]

A chamada Constituição Cidadã, formalmente também não inova ao enunciar sua sujeição ao princípio da separação dos poderes, reafirmando a necessidade da independência e harmonia entre eles. Ficaram suprimidas do enunciado, todavia, as vedações expressas da delegação de competência e da acumulação de funções em diferentes poderes.

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

TÍTULO I
Dos Princípios Fundamentais

[49] Constituições do Brasil, p.280 e p.383.
[50] Ibid., p.256.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."[51]

A despeito, entretanto, da excessiva participação do Poder Executivo no processo legislativo, inclusive com a possibilidade da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, com força de lei,[52] e também da concentração exagerada de matérias reservadas ao legislador federal, por força da repartição vertical (entre União, Estados e Municípios) de competências, adotadas pelo constituinte de 88, a limitação do poder no Brasil experimentou uma importante evolução, em especial com o reforço do papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos, da tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, C.F.).

Assim, o princípio da separação dos poderes sai fortalecido do último processo constituinte popular de 1988, considerando, como dissemos, a adoção de importantes sistemas de controle jurídico do poder, que, conforme adverte Nuno Piçarra, passam a constituir o núcleo essencial, o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo[53]. É o que veremos ao final de nosso trabalho. Antes, contudo, aprofundaremos o estudo no que toca ao Sistema de Freios e Contrapesos.

3. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS (*CHECKS AND BALANCES*)

Como dissemos, de início, A. P. SOARES DE PINHO identifica nas formas de governo de Aristóteles a origem do sistema de freios e contrapesos.[54]

JOHN H. GARVEY e T. ALEXANDER ALEINTKOFF[55] ensinam que o *balance* (contrapesos, equilíbrio) surge na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero) equilibrando (balanceando) os projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns (originados do povo), *a fim de evitar que leis demagogas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas*. Na verdade, o objetivo implícito era conter o povo, principalmente contra as ameaças aos privilégios da nobreza.

---

[51] *Constituições do Brasil*, p.15.

[52] "Art. 62**.** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.
Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes."

[53] *Constituições do Brasil*, p. 258-259.

[54] *Freios e contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*, p.45.

[55] Modern constitutional theory : a reader, St. Paul : West Publishing, 1991, p.238, a*pud* Paulo Fernando Silveira, *freios e contrapesos (checks and balances)*, p.99.

MONTESQUIEU é explícito ao justificar a necessidade do bicameralismo, Câmaras Alta e Baixa – lembrando nesse passo que o famoso livro Décimo Primeiro do Espírito das Leis, onde se encontra a formulação da tripartição dos poderes do autor, é dedicado à análise da "Constituição" da Inglaterra:

> "Existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras.
> Se elas ficassem confundidas entre o Povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesse em defender a liberdade, porquanto a maioria seria contra elas.
> A participação dessas pessoas na Legislação deve pois estar proporcionada às demais vantagens que têm no Estado. Ora, isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas."[56]

Identifica-se também na evolução do modelo político inglês, duas outras importantes ferramentas iniciais do sistema de freios e contrapesos. O veto e o *impeachment*. O primeiro, inicialmente concebido, no modelo do *King in Parliament*, enquanto ato do Rei em cooperação e aperfeiçoamento do processo legislativo, passa a exprimir a *negative voice*, expressando, tão somente, a oposição do Rei que não mais participa do processo legislativo, apenas o **controla**, podendo impedir que a legislação entre em vigor através do veto. O *impeachment*, por sua vez, é mecanismo jurídico que permite o controle do parlamento sobre os atos executivos dos Ministros do Rei. *O Parlamento não executa, mas controla o exercício da função executiva*. [57]

O "check", segundo o juiz mineiro PAULO FERNANDO SILVEIRA, surgiu[58] quando o Justice MARSHAL declarou sua "opinion", lançada no famoso caso Marbury x Madison, em 1803 – conforme acima abordamos –, que o Poder Judiciário tinha a missão constitucional de declarar a inconstitucionalidade – e, portanto tornar nulos – dos atos do Congresso, quando, a seu exclusivo juízo, tais lei não guardassem harmonia com a Carta Política. Pela doutrina do Judicial Review, o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos[59].

Assim, do empirismo britânico, da racionalização de MONTESQUIEU e do pragmatismo norte-americano, exsurge o que, como já dissemos, será o principal elemento caracterizador do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances)*.

---

[56] *Do espírito das leis*, p.173.
[57] Sobre o assunto, vide Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p.59-62 e 79-83.
[58] Nuno Piçarra ensina que a doutrina dos *checks and balances* surge, por completo, na Inglaterra (op. cit., p.83, nota 57). Vide ainda nota de rodapé 9.
[59] *Freios e contrapesos (checks and balances)*, p.99. Sobre Marbury v. Madison vide também p. 85-94.

4. O CONTROLE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Desta forma, dividido o poder e individuados seus órgãos, assim como superada a idéia da prevalência de um sobre o outro, através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles, admitindo-se, inclusive a interferência entre eles[60], ganha força a idéia de **controle** e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um. Aí estão presentes os elementos essenciais caracterizadores do moderno conceito do princípio da separação dos poderes.

Deste conceito, com o fito de darmos continuidade aos nossos estudos, destacamos a idéia de **CONTROLE,** aqui entendido *tanto o exercício como o resultado de funções especificas que destinam a realizar a contenção do poder do Estado, seja qual for sua manifestação, dentro do quadro constitucional que lhe for adscrito*[61]*.*

Destacado o conceito de controle de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, proferido em profundo estudo, valemo-nos, também, da classificação idealizada pelo autor para a análise de exemplos de controle da Constituição do Brasil de 1988. Vejamos:

> *"Sob o critério objetivo as funções de controle podem ser agrupadas em quatro modalidades básicas:* ***1 – controle de cooperação; 2 – controle de consentimento; 3 – controle de fiscalização e 4 – controle de correção****.* (destacamos)
> De acordo com esta classificação:
> **1 – controle de cooperação:**
> *O controle de cooperação é o que se perfaz pela co-participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro.*
> *Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo especifico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado.*
> **2 – Controle de consentimento:**
> *O controle de consentimento é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exeqüibilidade a atos de outro Poder.*
> *Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de*

[60] Celso Bastos adverte no sentido de que hodiernamente *os órgão estatais não exercem simplesmente funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções (legislativa, judiciária e executiva) em sentido material.(Curso de Direito Constitucional*, p.345).

[61] Interferências entre Poderes do Estado, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília : Senado, nº 103, p.13, jul./set. 1989.

exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.

3 – Controle de fiscalização:

O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro.

Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.

4 – Controle de correção:

O controle de correção é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro.

Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade."

Passemos aos exemplos constitucionais pátrios destes controles.

4.1. Controle do Poder Executivo exercido em relação ao Legislativo - A previsão constitucional da possibilidade do VETO do Poder Executivo à elaboração legislativa é exemplo mais difundido de forma de controle da atividade típica do Poder Legislativo por parte Executivo. No ordenamento pátrio temos:

> "Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
> § 1.º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.
> (...)
> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> (...)
> III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
> IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
> V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;
> (...)
> XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;" (destaques nossos)

O veto, como já vimos, constituiu marco histórico na conformação do sistema de freios e contrapesos.

O veto foi concebido como instrumento de cooperação entre Legislativo e Executivo (no modelo *King in Parliament*), como, inclusive, defende que ainda o seja, atualmente, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[62].

Ousando discordar do autor da classificação utilizada, e considerando que o veto, pelo menos, momentaneamente, impede que a lei entre em vigor, classificaríamo-lo como forma de controle mais rigorosa, talvez uma situação *sui generis*, um *controle de correção* não necessariamente terminativo, ou, pelo menos, como controle de fiscalização, vez que, indiscutivelmente, constitui modalidade de controle preventivo de constitucionalidade de norma.

Parecem-nos mais próximas da idéia do *controle de cooperação* as previsões constantes dos incisos III e IV acima transcrito, ou seja, a iniciativa facultativa de legislação – registre-se, absurdamente ampla, ao nosso ver –, bem como sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para execução da lei.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ainda aponta como *controle de cooperação* a competência do Presidente da República de nomear um terço dos membros do Tribunal de Contas da União (inciso XV do art. 84).

4.2. Controle do Poder Executivo exercido em relação ao Judiciário - Em primeiro lugar, aproveitando as observações acima, referimo-nos à possibilidade do veto (art. 84, V) do chefe do Poder Executivo a propostas legislativas de iniciativa do Poder Judiciário. Assim como, valendo também para o Poder Legislativo, é bom lembrar que a possibilidade do veto alcança a lei orçamentária, encontrando limite, todavia, ao nosso ver, na autonomia administrativa e financeira garantida pela Constituição no art. 99.

Vislumbramos mecanismo de controle, talvez *controle de fiscalização*, na possibilidade prevista no § 4º do art. 103 da Constituição, de ser proposta pelo Presidente da República perante o Supremo Tribunal Federal, ação declaratória de constitucionalidade diante da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de norma, nos termos do art. 14, III, da Lei nº 9.868/99, especialmente em face do efeito vinculante da declaração de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, conforme previsto no § 2º do art. 102 da C.F.

Parece-nos, também, que a faculdade atribuída ao Presidente da República no art. 84, XII, da CF, para a concessão de indulto e comutação de penas, pode ser utilizada como forma *de controle de correção* da atividade jurisdicional, quando não motivada a decisão, apenas pelo juízo de conveniência e oportunidade, mas inspirado, o Chefe do Executivo, pelo caráter controvertido, juridicamente, da sentença condenatória judicial.

[62] Op. cit., p.14-15, nota 51.

4.3. Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo - O exemplo de controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo não poderia ser outro senão o mais importante: o **controle da constitucionalidade** das leis produzidas pelo Legislativo. Aqui o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica (Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição – art. 102, *caput*), exerce o *controle de correção*, determinando inclusive a suspensão da execução de lei inconstitucional. O controle da constitucionalidade experimenta importante incremento com a Carta de 1988, através da previsão do *controle concentrado* (via de ação) de constitucionalidade (art. 102, I, "a", ação direta de inconstitucionalidade – ADIN – e a ação declaratória de constitucionalidade – ADECON; § 1º, a argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; art. 103, § 2º, ADIN por omissão).

Outro exemplo, *controle de cooperação*, é também a possibilidade da deflagração do processo legislativo (arts. 93 e 96, II da CF).

4.4. Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Executivo - Sobre os exemplos deste controle, reportamo-nos, também, ao CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, em especial às observações do item anterior, esclarecendo que se o Poder Executivo concorre para a inconstitucionalidade, através da sanção da norma, figurará no pólo passivo da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade).

Ainda no campo do controle de constitucionalidade, destacamos que talvez a única aplicação que restou viável da chamada ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) por omissão, após as decisões do Supremo Tribunal Federal, balizando a aplicação do instituto[63], é justamente a contida na parte final do disposto no § 2º, 103 da CF, dirigida aos **órgãos administrativos**, o quais serão **compelidos** a adotar providências de sua alçada para conferir plena eficácia à norma constitucional no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de responsabilidade. Sendo que ao Poder Executivo compete precipuamente o exercício da função administrativa (função típica), identificamos principalmente nele o alvo deste (art. 103, § 2º, *in fine*) *controle de correção* exercido pelo Poder Judiciário.

Outra interferência interessante, inclusive porque envolve os **Poderes Judiciário e Legislativo** interagindo no exercício de controle **sobre o Poder Executivo**, é a decorrente do que estabelece o art. 52, parágrafo único, *verbis*:

> "Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:
> I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

[63] STF – Pleno - ADIN nº 1458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 162/877.

> (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23/99)
> II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;
> (...)
> Parágrafo único - Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis."

Neste caso de *controle de correção*, os membros do Poder Executivo podem inclusive ser punidos com a perda do mandato, conforme acima descrito. É o famoso processo de impeachment, que na sistemática constitucional pátria é exercida pelo Poder Legislativo, Senado Federal, com a participação – aí em sede de *controle de cooperação* – do Poder Judiciário, através do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

4.5. Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Executivo - Como fruto do desenvolvimento do princípio da separação dos poderes, e, mesmo da concepção dos regimes representativos, o parlamento passou a se caracterizar pelo exercício da dupla missão, **legislar e fiscalizar**[64], de modo que hodiernamente, não se nos afigura correto tratar o dever de fiscalizar do Poder Legislativo como exercício de função atípica. O poder-dever *de controle de fiscalização* conferido ao Legislativo foi amplamente consagrado na Constituição de 1988.

Os exemplos de previsões constitucionais de controle do Poder Legislativo sobre o Executivo, são inúmeros, alguns, inclusive já tratados acima, como no caso de impeachment, *controle de correção*.

O art. 49 traz outros importantes exemplos, aos quais **procedemos ao enquadramento à classificação utilizada** neste trabalho. Vejamos.

> Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**
> II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os

[64] *O controle de fiscalização, na Constituição de 1988, é atribuição maciçamente cometida ao Poder Legislativo; como é sabido, tornou-se característica dos regimes representativos a dupla missão parlamentar de legislar e de fiscalizar.* ***De certa forma, essas duas atribuições estão estreitamente vinculadas, pois é inegável que o Legislativo deve dispor de todas informações necessárias para desempenhar-se de sua função típica****.* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *in* artigo citado, p. 15.

> casos previstos em lei complementar; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**
> III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**
> IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**
> V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; **CONTROLE DE CORREÇÃO**
> (...)
> IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**
> X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**
> XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**
> XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**
> XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**
> XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**
> XV - autorizar referendo e convocar plebiscito; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**
> XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**
> XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares. **CONTROLE DE CONSENTIMENTO.**

Outro exemplo interessante de controle realizado pelo Poder Legislativo em face do Executivo, agora na modalidade de *controle de cooperação* – oferecido, também, por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO no trabalho referido –, *está a função, atribuída ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, de integrar, cada um com dois de seus respectivos membros, escolhidos por eleição, o Conselho da República, órgão do Poder Executivo*.

4.6 –Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Judiciário - O Poder Judiciário também está sujeito ao controle do Poder Legislativo. Assim ocorre quando das deliberações do segundo sobre as proposituras legislativas de iniciativa do primeiro, nos termos do *caput* do artigo 48 da CF.

Outro importante instrumento de controle do Poder Legislativo, que também pode recair sobre o Poder Judiciário, o *controle de fiscalização* exercido através das Comissões Parlamentares de Inquérito, previsto no § 3º do art. 58 da

CF, encontra exemplo na memória recente de nossa história, pela ação do Poder Legislativo federal na chamada CPI do Judiciário.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA MELLO, Leonel Itaussu. *Clássicos da Política,* v.1., organizado por Francisco C. Weffort. São Paulo : Ática, 2001.

ARISTÓTELES. Política*. In: Os Pensadores.* São Paulo : Nova Cultural, 2000.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo : Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. 13.ed. São Paulo : Atlas, 1999.

FERNANDES MARTINS DA COSTA, Paula Bajer. Sobre a Importância do Poder Judiciário na Configuração do Sistema da Separação dos Poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 8, janeiro-março 2000, nº 30. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p.240-258.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina,1999.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista*. In: Os Pensadores.* São Paulo : Victor Civita Editor, 1979.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo : Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo : Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado*. Revista de Informação Legislativa,* nº 103/13. Brasília : Senado, 1989.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PRITCHETT, C. Herman e outros. A Supremacia Judicial de Marshal a Burger. *In: Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Editado por M. Judd Harmon. Rio de Janeiro : Forense Universitária, [s.a.p.].

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos (Checks and Balances)*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

SOARES DE PINHO, A. P. *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*. Niterói : [s.c.p.], 1961.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.