

# A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Beatriz Meneghel Chagas Camargo<sup>1</sup>

---

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo analisar se os freios e contrapesos, tal qual estabelecidos na Constituição Federal de 1988, asseguram o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Os mecanismos de freios e contrapesos, assim como a separação dos poderes, 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, permitem, de fato, um equilíbrio entre eles.

**Palavras-chave:** Freios e contrapesos; Supremacia; Poder Judiciário; Controle.

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Freios e contrapesos: Histórico e considerações sobre a terminologia; 3 – Freios e contrapesos na CF/1988: Considerações gerais; 3.1 – Quadro comparativo dos freios e contrapesos na CF/1988; 4 – Considerações acerca do desequilíbrio entre os freios e contrapesos na CF/1988 e a supremacia do Poder Judiciário; 4.1 – A origem do desequilíbrio e a atual realidade brasileira; 5 – Conclusão; 6 – Referências bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## 1. Introdução

A concepção do exercício do poder político dividido entre órgãos diversos teve como objetivo, desde a sua primeira aparição, a contenção de seu abuso, impedindo que permanecesse nas mãos de um só indivíduo ou de um só grupo.

Os objetivos buscados quando da teorização da separação dos poderes não diferem daqueles almejados quando da concepção dos mecanismos de freios e contrapesos, que nada mais são do que um aprimoramento da concepção inicial da separação dos poderes. Os freios e contrapesos estabeleceram, além da mera divisão de funções entre diferentes órgãos estatais, mecanismos de controles recíprocos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, de um modo geral, pode-se afirmar que tanto a separação de poderes quanto os mecanismos de freios e contrapesos não são um fim em si mesmos, mas apenas um meio de resguardar as liberdades e os direitos daqueles que vivem sob esse poder.

A distribuição de atribuições e dever-poder entre os 3 (três) órgãos que representam as funções estatais na Constituição Federal deve, pois, revestir-se de equilíbrio (harmonia), de modo que nenhum poder se sobreponha aos demais. Os controles exercidos devem criar condições para que as decisões fundamentais sejam tomadas de forma ponderada. Somente assim o escopo inicial da teoria da separação dos poderes e dos freios e contrapesos pode ser mantido íntegro e fiel à sua concepção original.

Feitas tais considerações, a questão que se coloca neste estudo é a seguinte: a distribuição dos freios e contrapesos na Constituição Federal de 1988 enseja uma situação de equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário? Vale dizer, a finalidade inicial, quando da concepção da separação de poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, de criar um equilíbrio entre os três Poderes, está sendo atendida na redação atual da Constituição Federal?

## 2. Freios e contrapesos: Histórico e considerações sobre a terminologia

Embora o tema deste trabalho passe pela análise dos freios e contrapesos na Constituição de 1988, pareceu importante tecer algumas consi-

derações acerca da teoria da separação dos poderes, pois os mecanismos de freios e contrapesos têm seu germe nesta, sem a qual não teriam sido idealizados, conforme já se afirmou adrede.

A título elucidativo, cabe frisar que, a despeito da utilização da terminologia “separação de poderes”, sabe-se que o poder político ou poder estatal é uno e indivisível.

Assim, a separação de poderes nada mais é do que a atribuição de desempenho de parcelas de poder, uno e indivisível, a diferentes órgãos. Trata-se, ao final, de desconcentração *sui generis* do poder (já que as funções passam a ser exercidas por órgãos independentes), sem que deixe de ser uno.

Procedendo-se à pequena digressão histórica, é imprescindível anotar que, num primeiro momento, tanto em Licurgo como em Aristóteles, surge a noção de divisão de poderes entre as diversas estratificações sociais, o que Nuno Piçarra conceituou como “constituição mista”.<sup>2</sup> Tal divisão de poder entre as diferentes camadas sociais seria o germe que mais tarde desenvolveria a separação de poderes entre os diversos órgãos que compõem o Estado.

Nuno Piçarra, ao tratar do tema, afirma ser, na visão de Aristóteles, a melhor Constituição aquela que resulta da *mistura da forma de governo dos ricos – oligarquia – com a forma de governo dos pobres e das pessoas pouco afortunadas – democracia*,<sup>3</sup> de modo que, somente assim, com um poder formado pela pluralidade social, seria possível a existência de uma boa forma de governo.

Já a separação dos poderes, da forma como concebida hoje, reflete a noção de divisão de órgãos que compõem o poder uno e indivisível aos quais são atribuídas as diversas funções do Estado, é dizer, há uma gama de atribuições estatais – distinção material das funções – que são atribuídas a diferentes órgãos ou grupos de órgãos representativos do Estado, com vistas à manutenção de um equilíbrio entre eles.

Tal concepção construiu-se ao longo da história e surgiu em vista da necessidade de se assegurar o direito à liberdade dos cidadãos em face

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

3 *Ibidem*. p. 34.

da máquina estatal, evitando-se o abuso por parte dos governantes,<sup>4</sup> estreitamente associada à ideia do *rule of law*. Tais ideias, embora já existentes no pensamento de Aristóteles,<sup>5</sup> foram consolidadas e aprimoradas pelos autores iluministas, sobretudo por Locke<sup>6</sup> e Montesquieu.<sup>7</sup>

A teoria dos freios e contrapesos nada mais é do que um aprimoramento da divisão de poderes, com o mesmo intuito de evitar os abusos que pudessem ser cometidos por seus titulares.

É difícil precisar quando houve o surgimento dos mecanismos de freios e contrapesos. Embora se atribua aos norte-americanos o mérito de tê-los integrado à Constituição de 1787, após a publicação dos artigos que compõem *O Federalista*, já se via alguns traços desses mecanismos em Montesquieu.

Com efeito, Montesquieu, além de identificar a existência de três Poderes, foi mais longe, antecipando a teoria dos *checks and balances* ao mencionar a necessidade de controle de um poder sobre o outro. Identificou que a manutenção pela mesma pessoa ou pelo mesmo órgão (“corpo de magistratura”,<sup>8</sup> na redação original) das atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo retira a liberdade do cidadão, pois o mesmo titular do poder que cria leis, pode executá-las e essas podem ser tirânicas. Com o intuito de estabelecer mecanismos de controles recíprocos entres esses dois Poderes, Montesquieu menciona a participação do Poder Executivo na elaboração da legislação por meio do direito de veto,<sup>9</sup> bem como a possibilidade de o próprio Legislativo examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas (controle sobre

4 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).

5 ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2009.

6 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

7 MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. São Paulo: Abril, 1973.

8 “O mesmo corpo de magistratura tem, como executor das leis, todo o poder que, como legislador, ele se atribuiu. Pode devastar o Estado com suas vontades ferais e, como possui também poder de julgar, pode destruir cada cidadão por suas vontades particulares” (MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*, p. 157).

9 “O Poder Executivo, como o dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas” (MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*, p. 161).

o Poder Executivo) e, inclusive, exercer controle sobre si próprio, por meio da existência de duas partes legislativas separadas, as quais teriam a faculdade de impedir uma a outra.<sup>10</sup>

Antes, ainda, de os ideais de Montesquieu tornarem-se públicos, Bolingbroke teria elaborado alguns trabalhos decisivos, como a *Dissertation upon Parties* (1734) e a *Idea of a Patriot King* (1738), utilizando-se, pela primeira vez, de expressões como “freios recíprocos”, “controles recíprocos”, “retenções”, “reservas recíprocas”, que foram essenciais para a construção da concepção do tríptico contrapeso e do *equilibrium of powers*,<sup>11</sup> sendo, por isso, considerado por Schmitt como o autor da doutrina do equilíbrio dos poderes.

Além da digressão histórica sobre os freios e contrapesos, cabe indagar sobre a origem da terminologia “freios e contrapesos”. Apesar de as duas expressões serem utilizadas sempre de forma conjunta, parece interessante indagar sobre a origem de cada uma delas, separadamente.

Nesse aspecto, notável trabalho foi realizado por David Womersely,<sup>12</sup> que procedeu a um profundo estudo histórico dos textos que tratam do tema. Segundo o autor do artigo *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*, a terminologia *check and balances* foi utilizada

---

10 “O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisaria a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será por sua vez, pelo Poder Legislativo” (*Ibidem*). (MONTESQUIEU. De L'Esprit des Lois. São Paulo: Abril, 1973, p. 161).

11 FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios gerais de direito constitucional moderno. 5.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1971. t. II, p. 118.

Nuno Piçarra também nos dá notícia das palavras de Bolingbroke, ao citar sua obra *The Craftman*, vol. III, p. 85 e 87: “A dependência constitucional [...] consiste nisto: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando actua e afecta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente sem qualquer influência directa ou indirecta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. [...]. Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio entre os órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência” (PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 86).

12 WOMERSELY, David. *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/1727>>. Acesso: 27 nov. 2016.

bem antes de serem publicados os artigos de *O Federalista*, demonstrando que tanto *checks* como *balances* são noções bem mais densas do que a forma como hoje são apresentadas.<sup>13</sup>

Das duas expressões, *balances*, traduzida para o português como “contrapesos”, seria a mais antiga e foi utilizada pela primeira vez por Políbio, ao citar Licurgo, quando mencionou a necessidade de que entre o rei e o povo houvesse um Senado, que equilibraria os poderes entre os dois opostos. A ideia inicial, portanto, de equilíbrio e de balança dos poderes, parece ter origem na mesma ideia que concebeu a necessidade de equilibrar o poder entre as diversas forças sociais, é dizer, na ideia de “constituição mista”, supra referida.<sup>14</sup>

Trazendo tal conceito, mais tarde, para dentro da concepção tripartite do Poder, com uma divisão orgânica do poder e não social (entre estratificações, como prega a constituição mista), o conceito de *balances* estaria atrelado à ideia de um poder equilibrado entre as três funções, legislativa, judiciária e executiva, de modo que, ainda que em certos casos determinada função se sobreponha a outra, por conta dos *balances* (contrapesos), a balança tripartite de poderes não se desequilibraria.

13 O autor do texto dá notícia de que os Representantes do *New Model Army* alegaram que as Forças Armadas eram um *check and balance* em 1647. Nedham escreveu a expressão *balance or check* em 1654; Toland usou a expressão *check and balance* em 1701; e o Governador Morris também o fez em 1776. Contudo, a frase realmente veio a se popularizar em 1787, por John Adams, na abertura das páginas do *Defence of the Constitutions of the United States*. No mesmo ano, tanto John Brooks quanto Noah Webster usaram a expressão *checks and balances*; e *balances and checks* e ela também apareceu no *O Federalista* naquele inverno.

14 No mesmo sentido, afirmam Eduardo Cambi e Diego Nassif, ao asseverarem que: “Mesmo que Montesquieu seja o nome mais lembrado em relação à noção de separação de poderes, teria sido Políbio, na sua leitura sobre o governo de Licurgo, o primeiro a relatar a ideia de equilíbrio tensional entre diferentes facções institucionais unidas sob uma mesma matriz governamental. Contudo, foram os iluministas que cuidaram de enriquecer as metáforas do discurso político-filosófico da Antiguidade com o raciocínio mecanicista vigente em meio aos séculos XVII e XVIII, criando uma nova linguagem política, pela qual se permitiu avançar para a dinâmica das relações de poder: – não só como a degeneração cíclica das formas puras, tal como referido por autores da antiguidade, mas internamente, nas formas mistas, elaboradas para se evitar tais degenerações e instituir um governo perpétuo.

Na sua origem suposta, com Licurgo, o governo misto previa apenas um contrapeso entre diferentes instâncias de decisão, um rei, um senado e uma assembleia, criando uma situação tensional cuja solução só seria obtida por meio do consenso. Políbio se utiliza da figura da galé com remadores em ambos os lados, criando um equilíbrio tensional que impulsiona a embarcação para frente – e não em círculos” (CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012).

Ainda, segundo Womersely, os *checks* podem ser representados, de acordo com a pesquisa histórica efetuada, por três conceitos distintos, porém próximos em suas concepções, sendo um deles (i) o impedimento de uma ação, um veto, vale dizer, a prerrogativa de neutralizar uma atitude tomada por outro poder; ou, conforme Bolingbroke, (ii) a possibilidade de exercer controle sobre outro poder, ou, ainda, (iii) a possibilidade de interromper ou retardar determinado ato a ser praticado por outro poder.

Por sua vez, a mais conhecida obra acerca do tema, *O Federalista*, debruçou-se especificamente sobre os mecanismos de freios e contrapesos no artigo 51 – *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*.

Ao fazer alusão à palavra *check*, traduzida como “freio”, associa-a à necessidade de se criar um arranjo institucional de forma que cada um dos poderes disponha de mecanismos que cumpram a função de um freio sobre determinadas atribuições de titularidade de outro poder, visando a evitar abusos. Tal teoria, de acordo com o artigo 51 de *O Federalista*, encontra fundamento na essência do ser humano, já que o homem tende a abusar do poder quando o tem; e, sendo o poder comandado por homens, deve-se lhe aplicar o mesmo raciocínio, impondo a cada um dos poderes, mecanismos que permitam evitar, reciprocamente, os abusos de cada um deles<sup>15</sup>. Daí a conclusão óbvia de que a estrutura

---

15 “O interesse do homem deve estar relacionado com os direitos constitucionais do lugar. Pode ser uma reflexão sobre a natureza humana que tais dispositivos devem ser necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, não seriam necessários controles externos ou internos sobre o governo. Ao enquadrar um governo que deve ser administrado pelos homens sobre os homens, a grande dificuldade reside nisso: primeiro você deve permitir ao governo controlar os governados; e em segundo lugar, obrigar-se a controlar-se. A dependência das pessoas é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo. Mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares.

Esta política que funciona à base de interesses opostos e rivais, a falta de melhores motivos, pode ser vista em outros campos de relacionamentos humanos, tanto na esfera privada, como na pública. Nós a vemos particularmente exposta em todas as distribuições subordinadas de poder, onde o objetivo constante é dividir e organizar vários escritórios de tal maneira que cada um possa ser um controle sobre o outro – que o interesse privado de cada indivíduo possa ser um sentinela sobre os direitos públicos. Essas invenções de prudência não podem ser menos necessárias na distribuição dos poderes supremos do Estado.” (tradução nossa).

“*The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the*

interna do governo deve ser tal que suas diversas partes constituintes possam, por suas relações mútuas, ser os instrumentos que mantenham cada uma delas em seus próprios lugares.<sup>16</sup>

Todavia, pondera o autor que, como não é possível dar a cada um dos Poderes armas de autodefesa de mesmo porte, é necessário distribuir, dentro do que for possível, a tomada de decisão por determinado Poder entre os demais Poderes, de modo a criar certa dependência entre eles. Tudo indica, da apreensão dessas ideias, que estes são os contrapesos.<sup>17</sup>

Karl Loewenstein, ao tratar do tema do controle político, também aponta para a diferença entre o que denomina “a distribuição do poder político” (contrapesos) e “o controle do poder político” (freio). Pelo primeiro, um ato político [...] *só será eficaz quando diversos detentores*

---

*abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions. This policy of supplying, by opposite and rival interests, the defect of better motives, might be traced through the whole system of human affairs, private as well as public. We see it particularly displayed in all the subordinate distributions of power, where the constant aim is to divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other—that the private interest of every individual may be a sentinel over the public rights. These inventions of prudence cannot be less requisite in the distribution of the supreme powers of the State” (MADISON James, *The Federalist*, n. 51, 1788, p. 268-269. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php>>. Acesso: 03-out. 2017).*

16 MACHADO, Mario Bockmann. Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, Out.-Dez.1994.

17 “Mas não é possível dar a cada departamento um poder igual de autodefesa. No governo republicano, a autoridade legislativa predomina necessariamente. O remédio para esse inconveniente é dividir a legislatura em diferentes ramos; para torná-los, por diferentes modos de eleição e diferentes princípios de ação, tão pouco conectados entre si, como a natureza de suas funções comuns e sua dependência comum da sociedade [...]” (tradução nossa).

*“But it is not possible to give to each department an equal power of self-defense. In republican government, the legislative authority necessarily predominates. 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 (...)” (The Federalist, Madison, n. 51, 1788. Disponível em: < <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php> . Acesso: 03 out. 2017).*

*do poder participarem e cooperarem para sua realização*,<sup>18</sup> e aqui traz o exemplo da necessidade de aprovação do Senado de uma nomeação do presidente. Já o segundo seria técnica de controle de poder autônoma, vale dizer, que não depende da cooperação de outro poder, mas pode ser tomada de forma independente, impedindo a realização de um ato estatal, dá o exemplo do veto e controle de constitucionalidade das leis.<sup>19</sup>

Partindo das considerações *supra*, pode-se afirmar que os contrapesos seriam formas de contrabalancear, equilibrar as decisões de determinados poderes sobre determinados assuntos, dentro de suas competências, por meio da participação dos outros poderes na tomada dessa decisão, sem que tal medida tenha o condão de neutralizar a decisão, mas simplesmente de torná-la mais democrática (equilibrada). Já a prerrogativa de neutralizar determinado ato de um poder, sem a participação dos demais, estaria representada pelos freios.

Vale notar, ainda, que na visão de *O Federalista*, os mecanismos de *check and balances* previstos constitucionalmente eram suficientes entre os poderes Legislativo e Executivo, haja vista que o Poder Judiciário fora concebido como o guardião da Constituição e, bem por isso, como um poder neutro, que não apresentava potencial lesivo sobre os demais poderes. Assim, ao Poder Judiciário foram impostos poucos mecanismos de freios e contrapesos e muitos meios de defesa com relação aos demais, conforme se verifica no excerto 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*

18 “sólo será eficaz cuando diversos detentadores del poder participan y cooperan em su realización” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1954, p. 69-70).

19 *Ibidem*.

vontade, *apenas lhe compete* juízo; e este só deve sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.

Já esta 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 preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois.<sup>20</sup> (grifei)

Talvez, por influência desse pensamento, a Constituição de 1988 apresente poucos mecanismos de freios e contrapesos sobre o Poder Judiciário, gerando um desequilíbrio entre os três poderes, como se verá adiante.

### 3. Freios e contrapesos na CF/1988: Considerações gerais

A Constituição de 1988, “Cidadã”, como é chamada, restaurou a separação dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos, que haviam, em sua grande maioria, sido extintos quando da fase ditatorial.

Além de ter trazido um rol extenso de direitos fundamentais,<sup>21</sup> inclusive alçando-os à condição de cláusula pétrea, previu dentro do Título I, que trata dos Princípios Fundamentais, a separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, tornando-a imune a qualquer alteração, mesmo que por meio de emenda constitucional.

20 HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, Artigo 78, 1788. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-78.php>>. Acesso em: 03 out. 2017.

21 A despeito de o Título II da Constituição Federal tratar especificamente dos direitos e garantias fundamentais, contendo os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos, é possível encontrar direitos fundamentais em artigos esparsos na Constituição Federal, não pertencentes ao Título II. Tal possibilidade decorre da adoção do critério material para identificação dos direitos fundamentais. Isto é, em razão de determinadas características, os direitos fundamentais estariam espalhados pela Constituição Federal, ainda que não previstos no Título II. A uma, pois a própria Constituição Federal estabelece que os direitos ali arrolados não são exaustivos (art. 5º §2º, CF/1988). A duas, pois, de acordo com as lições de Vidal Serrano Nunes Júnior, a fundamentalidade dos direitos está imbricada às suas características materiais e não à sua localização topográfica na Constituição. O critério material permite a classificação de um direito como fundamental a partir da identificação de três valores em sua essência: a liberdade, a democracia política e a democracia econômico-social, todos eles derivados da dignidade da pessoa humana, ligados à inserção do indivíduo na sociedade. (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009)

A separação dos poderes, como já se teve a oportunidade de analisar, refere-se à distinção de funções do Estado exercidas por diferentes órgãos, para que não restem concentrados nas mãos de um só. Tal separação deve ser exercida observando-se, ao mesmo tempo, a independência e a harmonia entre eles.

A independência dos poderes significa que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, os seus titulares prescindem, para o desempenho de suas tarefas, da autorização dos demais. A independência confere, ainda, liberdade no desempenho das respectivas atribuições, havendo apenas necessidade de obediência às disposições constitucionais.

A harmonia entre os poderes pressupõe, além do respeito recíproco às atribuições dos demais,<sup>22</sup> sem invadir-lhes a competência, a necessidade de que se relacionem dentro das interferências que a própria Constituição lhes impõe, como forma de estabelecer um sistema de freios e contrapesos. Embora a CF/1988 não faça referência expressa à terminologia “freios e contrapesos”, esse sistema está compreendido pela necessidade de relação harmônica que deve existir entre os poderes, conforme estabelece o art. 2º, e conforme disposto em diversos dispositivos constitucionais.

São oportunas as seguintes palavras de Joaquim Falcão ao comentar o art. 2º da Constituição Federal:

E o que se lhe vê é que o constituinte desenhou a estrutura institucional dos poderes de modo a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, mediante previsão de alto grau de autonomia orgânica, administrativa e financeira. Mas tempera-o com a prescrição doutras

---

22 Apenas a título complementar, cabe informar que João Barbalho trata como freios e contrapesos outros meios de contenção de poder, com vistas à manutenção dos princípios da República (que refuta a máxima *the king can do no wrong*), que não somente aqueles existentes entre os três Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Para o autor, são freios também, além dos existentes entre os poderes, o freio dos Estados aos excessos do Governo Federal, aqueles existentes dentro do próprio Poder Legislativo, exercidos entre a Câmara e o Senado, e aqueles exercidos pelo próprio povo que ensejam a renovação dos mandatos (cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. I, p. 560). Contudo, por ser o tema do estudo a demonstração de que, comparando-se os mecanismos de freios e contrapesos existentes entre os três poderes, o menos controlado é o Poder Judiciário, não pareceu interessante seguir tal classificação, mesmo porque nenhum freio popular é imposto ao Poder Judiciário em nosso sistema jurídico.

atribuições, muitas das quais de controle recíproco, e cujo conjunto forma, com as regras primárias, verdadeiro sistema de integração e cooperação, preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício do escopo último, que é a garantia da liberdade. Esse quadro normativo constitui expressão natural do princípio na arquitetura política dos freios e contrapesos. À Constituição repugna-lhe toda exegese que reduza a independência dos poderes a termos absolutos, os quais, aliás de todo estranhos aos teóricos de sua fórmula, seriam contraditórios com a ideia que a concebeu como instrumento político-liberal.<sup>23</sup>

Assim, se é verdade que ao Poder Executivo cumpre aplicar a lei de ofício, ao Poder Legislativo, inaugurar o ordenamento jurídico por meio de atos gerais e abstratos, e ao Judiciário, julgar as lides com definitividade, não é menos verdade que devem exercer também suas funções atípicas, muitas delas com vistas à concretização da harmonia entre os três poderes.<sup>24</sup> Desse modo, para que a separação dos poderes seja mantida de forma harmônica, foi necessário prever diversos mecanismos, concretizadores da harmonia e equilíbrio dos poderes, chamados de freios e contrapesos.

Abaixo segue quadro resumido contendo o sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição de 1988, abrangendo cada um dos três poderes sob esse viés, lembrando que o povo, representado pelo Poder Constituinte originário, que culminou na promulgação da Constituição de 1988, é o maior e mais importante instrumento de controle a eventuais abusos cometidos pelos temporários titulares do poder.

Embora não se tenha encontrado, na doutrina pátria, diferenciação entre os mecanismos de freios e os mecanismos de contrapesos, pareceu importante, para efeito da sistematização dos freios e contrapesos presentes na Constituição de 1988, adotar os conceitos supramencionados.

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

24 É importante notar que os mecanismos de freios e contrapesos podem configurar atividades atípicas dos poderes, sem que haja uma reciprocidade desta ideia, é dizer, há atividades atípicas que não configuram mecanismos de freios e contrapesos, a exemplo da atribuição inerente ao Poder Executivo de processar e julgar, como sói ocorrer no âmbito das agências reguladoras. Por outro lado, nem todos os mecanismos de freios e contrapesos configuram atividades atípicas. Como se verá adiante, a atividade típica do Poder Judiciário é exercer o controle sobre os atos produzidos pelos demais poderes.

Assim, dividir-se-á os mecanismos de controle recíprocos entre freios e contrapesos, sendo que a cada um atribuir-se-á um conceito diferente.

Por meio de freios quer-se significar mecanismos de neutralização, que outorguem a um determinado poder a possibilidade de parar uma ação de outro poder.

Por contrapesos, entender-se-á toda medida capaz de balancear uma ação, atitude, medida tomada por um poder, por meio da influência de outro(s) poder(es) na tomada de decisão, mediante a sua participação, porém, incapaz de sua neutralização.

Parece importante, ainda, esclarecer que tanto os freios como os contrapesos, partindo-se das definições acima, podem ser exercidos de forma direta, situação em que recairão sobre uma atividade típica de determinado poder, como de forma indireta, caso em que apenas terão efeitos sobre as atividades típicas de forma indireta.

### 3.1. Quadro comparativo dos freios e contrapesos na CF/1988<sup>25</sup>

Sobre os Poderes	Freios exercidos pelos Poderes		
	Executivo	Legislativo	Judiciário
Executivo	X	Diretos 1. Neutralização de tomada de decisões no desempenho de funções típicas (e.g., autorização de declaração de guerra, intervenção federal, estado de sítio). 2. Neutralização de decisões no desempenho de funções atípicas pelo Poder Executivo (não conversão de MP em lei, controle da lei delegada).	Direto 1. Controle de constitucionalidade e de legalidade.

25 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.

Freios exercidos pelos Poderes			
Sobre os Poderes	Executivo	Legislativo	Judiciário
		Indiretos 1. Controle financeiro 2. Comissão Parlamentar de Inquérito 3. Julgamento de crimes de responsabilidade ( <i>impeachment</i> ). 4. Fixação de subsídio do Presidente da República	
Legislativo	Direto 1. Veto	X	Direto 1. Controle de constitucionalidade
Judiciário	Direto 1. Indulto ou comutação de penas Indireto 1. Fixação de subsídio dos Ministros do STF	Direto 1. Concessão de anistia Indireto 2. Julgamento de crime infrações políticas dos Ministros do STF e membros do CNJ.	X

Contrapesos exercidos pelos Poderes			
Sobre os Poderes	Executivo	Legislativo	Judiciário
Executivo	X	Direto 1. Participação na tomada de decisões de funções típicas (Conselho da República, Defesa Nacional). Indireto 1. Autorização para julgamento de infrações penais. 2. Nomeação de autoridades (ex. Diretores de Agências Reguladoras)	Indireto 1. Participação da comissão de julgamento do <i>impeachment</i>

Sobre os Poderes	Contrapesos exercidos pelos Poderes		
	Executivo	Legislativo	Judiciário
Legislativo	Diretos  1. Participação do processo legislativo (veto derrubado; sanção, promulgação, iniciativa)  2. Nomeação de autoridades (Tribunal de Contas)	X	X
Judiciário	Indiretos  1. Participação no processo de nomeação de magistrados.  2. Fixação de subsídio dos Ministros do STF.	Indireto  1. Participação no processo de nomeação de magistrados	X

#### 4. Considerações acerca do desequilíbrio entre os freios e contrapesos na CF/1988 e a supremacia do Poder Judiciário

Da análise do quadro acima, verifica-se que as relações de controle existentes entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo são muito intensas, sobretudo no que concerne às atribuições típicas desses dois poderes; podendo-se dizer o mesmo com relação aos controles exercidos pelo Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo.

Com efeito, muitos são os mecanismos de freios e contrapesos previstos para os Poderes Executivo e Legislativo: infere-se que no Brasil esse sistema de controle mútuo é revelado, dentre outros, pelo controle exercido pelo Judiciário sobre a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos expedidos

pelo poder público, quando estes e aquelas ofenderem o texto magno. Quanto ao controle do Poder Executivo sobre o Legislativo, aquele pode vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público, e, de um modo geral, participar do processo legislativo. Já o Poder Legislativo põe em prática mecanismos de contenção ao fiscalizar e investigar os atos do Executivo, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários; bem como a possibilidade que tem esse Poder de rejeitar os vetos, de resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República com os Estados estrangeiros, de apreciar as indicações do Executivo para provimento de determinados cargos públicos e de julgar o *impeachment* do Presidente da República e dos Ministros de Estado quando conexos àquele.

Em contrapartida, percebe-se que o menos controlado, ou seja, aquele com relação ao qual a Constituição de 1988 estabeleceu meios menos efetivos de controle, por meio dos mecanismos de freios e contrapesos, é o Poder Judiciário.<sup>26</sup> Essa conclusão não advém, obviamente, de uma constatação quantitativa (número de controles exercidos), mas qualitativa, que tem como parâmetro a efetividade dos controles exercidos.

Nesse sentido, é perceptível que poucos são os mecanismos de contenção da atuação do Poder Judiciário: (i) nomeação de magistrados, que uma vez empossados, gozam da vitaliciedade, o que lhes dá total autonomia do exercício da função, imunes a ingerências políticas;<sup>27</sup>

26 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: Editora Acadêmica, 1993).

27 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. Frise-se que a mera escolha dos membros dos Tribunais cumpre muito timidamente, a nosso ver, a função de contrapeso, em vista da garantia da vitaliciedade que é outorgada constitucionalmente aos membros da magistratura. Se alguma influência política pudesse ser atribuída ao Executivo na tomada de decisões pelo Judiciário, esta não duraria sequer um dia, eis que tais membros, uma vez nomeados e empossados, gozam automaticamente da vitaliciedade. E esta constitui, é forçoso admitir, forte e poderoso escudo contra a influência política.

(ii) o julgamento pelo Legislativo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros do CNJ por *impeachment*; (iii) a prerrogativa de que goza o Presidente da República de tão somente conceder o indulto ou comutar pena e o Poder Legislativo de conceder anistias; e (iv) a deliberação e sanção sobre os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, pois, que os freios e contrapesos impostos ao Poder Judiciário pelos demais Poderes o foram de maneira indireta, não havendo nenhum que seja exercido sobre as atribuições típicas do Poder Judiciário. O único que se revela sobre a atribuição típica é o de comutar penas e conceder indulto ou anistia, que abrange estreitíssima atividade (apenas criminal) dentre todas aquelas que o Poder Judiciário pode praticar.

O que se quer significar é que, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo sofrem controles indiretos e diretos, que incidem diretamente nas atribuições que lhes são típicas, *e.g.*, o veto sobre o projeto de lei deliberado pelo Congresso, que configura freio do Executivo à atividade de legislar típica do Legislativo, ou, ainda, todos os freios impostos ao Executivo pelo Legislativo quanto às atividades típicas de governo, como aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio e a declaração de guerra, o Poder Judiciário não sofre nenhum freio, direto ou indireto, sobre sua atividade típica de julgar, salvo a comutação de pena, concessão de indulto ou anistia, como visto, e, no que se refere aos contrapesos, apenas os sofre de maneira indireta.

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

Parecem oportunas as palavras de Francisco de Sá Filho, ao referir-se ao Poder Judiciário, quando menciona que *o menos democrático dos poderes é o mais poupado pelos freios e contrapesos dos demais*.<sup>28</sup>

---

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

Portanto, a análise da distribuição constitucional dos freios e contrapesos impostos a todos os poderes revela, sem dúvida, um 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, gerando uma maior independência e supremacia do Poder Judiciário, pode ser explicada historicamente, como já exposto em alguns momentos neste trabalho.

Com efeito, quando da análise de excertos 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 eles.

A teoria de Montesquieu, acerca da tripartição de poderes, concebia o Poder Judiciário como mero repetidor da lei, poder invisível e insignificante, nas suas próprias palavras.<sup>29</sup>

Ao visualizar neutralidade, invisibilidade e pequeno potencial lesivo à Constituição no Poder Judiciário comparativamente aos Poderes Executivo e Legislativo, a teoria clássica de divisão de poderes concebeu uma separação entre a Política e o Direito, e regulou a influência da primeira sobre o segundo, admitindo-a da seguinte forma: totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário.<sup>30</sup> Esse era o sentido da separação dos poderes: evitar o despotismo, que poderia facilmente ocorrer se aquele que aplicasse o direito pudesse tomar decisões influenciadas pela política. Assim, para justificar seu poder

29 MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. São Paulo: Abril, 1973. O Professor José Levi Mello do Amaral Júnior explica que, de acordo com a teoria sobre a separação dos poderes de Montesquieu, o Poder Judiciário se neutralizaria por si só, por duas razões. A primeira se 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 juízes. 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*, v. 868, p. 53-68, fev.2008).

30 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.

de aplicar a lei, esta atividade deveria estar afastada da política, como forma de evitar o abuso de poder, tão reprimido por Montesquieu.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz afirma, inclusive, que a neutralização do 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, haja vista que o princípio da tripartição dos poderes e a estrutura complexa de comunicação entre as forças interligadas permitiram a superação do modelo absolutista.<sup>31</sup>

Esse distanciamento não se concebeu apenas politicamente, mas também ética e moralmente. Politicamente, o distanciamento se dá pela impossibilidade de o juiz, ao decidir um caso, distanciar-se da redação da lei. As Escolas Formalistas, sobretudo a Escola da Exegese, nascida na França, defendia que ao juiz não cabia criar a decisão, pois ela já estava contida no ordenamento jurídico, que era, na sua concepção, claro, completo e perfeito.<sup>32</sup> Tais Escolas, com efeito, entendiam o produto da atividade legislativa como expressão maior da vontade do povo e que, justamente por possuir tal qualidade, não devia sofrer qualquer tipo de ingerência dos demais poderes, aqui incluído o Poder Judiciário, por meio da atividade decisória. A interpretação feita pelos juízes era vista com muita desconfiança, já que configurava meio de fazer transpassar suas próprias valorações (dos juízes), fazendo valer a vontade do Poder Judiciário em detrimento da vontade geral.

Ensina Max Moller, em *As dimensões do princípio da separação dos poderes*, que ao Poder Judiciário somente era possível fazer a operação de subsunção quando da aplicação da lei, já que vigia a consagração da supremacia legislativa cuja origem era a vontade do povo, sendo que qualquer interpretação feita pelo Poder Judiciário poderia equivaler ao desrespeito à vontade suprema da lei.<sup>33</sup> No mesmo sentido, José Adércio Leite Sampaio

---

31 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.

32 Interessante informação foi obtida na obra de Mônica Sifuentes sobre o Código Civil Prussiano, que pretendia definir todas as relações jurídicas possíveis e continha pelo menos dezenove mil artigos, e era coroado por uma proibição de interpretação judicial (SIFUENTES, Mônica. *Símula vinculante*. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103).

33 MOLLER, Max. *As dimensões do princípio da separação dos poderes*. [S.l.s.n.]. Disponível em: <[http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese\\_1291117691.pdf](http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1291117691.pdf)>. Acesso: 28-jun. 2016.

dá conhecimento de que, se houvesse qualquer dúvida quanto à letra da lei, não cabia ao Judiciário interpretá-la, mas submetê-la à interpretação do Legislativo, por meio do instrumento chamado *référé législatif*.<sup>34</sup>

Portanto, na concepção da Escola da Exegese, quando as normas, fruto do legislativo racional, aglutinam-se, forma-se o código, que é a expressão suprema da razão social e jurídica, não havendo qualquer espaço para a criatividade judicial, sendo a atividade decisória mera operação de conhecimento das normas, que já existem em um estado de perfeição e completude no ordenamento jurídico.

Quanto ao distanciamento ético e moral, as ideias do positivismo jurídico, representado por Hans Kelsen, pregam que o direito válido é aquele posto pelo Estado, independentemente de seu conteúdo corresponder ou não ao conteúdo da moral e da ética (direito natural). Note-se, ainda, que o controle concentrado em sua origem, baseado nos ideais kelsenianos do positivismo jurídico, concebia o sistema jurídico como separado dos valores e, de um modo geral, dos ideais de justiça, e atribuía à Corte Constitucional o papel de guardião da Constituição com base nesses preceitos. Conforme ensina Jorge Octavio Lavocat Galvão, o órgão central e independente – Corte Constitucional –, concebido por Kelsen, tinha como objetivo isolar o direito da política, permitindo a existência de um guardião da Constituição que propiciasse certeza e objetividade, ao contrário do que ocorria com o controle difuso de constitucionalidade.<sup>35</sup>

Acresça-se, ainda, à concepção exposta acima, no sentido de que o Poder Judiciário era neutro, política e axiologicamente, que a ele foram asseguradas as prerrogativas da independência e autonomia em face dos Poderes Executivo e Legislativo, por razões bem peculiares: o Poder Judiciário não apresentava potencial lesivo às normas constitucionais ou infralegais.<sup>36</sup> Com relação ao Executivo, tal premissa se sustentava no

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

35 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.

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

fato de que o Poder Judiciário apenas aplicava a lei contenciosamente, vale dizer, sempre mediante provocação, manifestando-se apenas em casos individualizados, exceto com relação às ações diretas de inconstitucionalidade; e o Poder Executivo o fazia de forma geral e de ofício. Já o Poder Legislativo possuía maior discricionariedade na atividade legislativa, que se aplicava a todos de forma geral, pois, as decisões do Poder Judiciário eram programadas e não programantes, eis que produzidas com base na lei e na Constituição, nos princípios gerais de direito, costumes, e sua decisão valia apenas para aquele caso, e não para todos.

Alerta Karl Loewenstein, ainda, que a teoria clássica de separação dos poderes também não havia concebido o instituto do *judicial review*, por meio do qual os Tribunais podem opor-se às decisões do Congresso e do Presidente. Talvez por isso, os controles políticos não lhe tenham sido impostos com tanto peso.

Contudo, as premissas acima, de que partiram os teóricos da separação dos poderes, dos freios e contrapesos, e até do controle concentrado de constitucionalidade, de que o Poder Judiciário é neutro politicamente e se pauta num ordenamento jurídico perfeito, claro e sem lacunas, manifestando-se apenas em casos individualizados, não mais existem; ao menos é o que a realidade brasileira indica. Vejamos.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, a semente que ensejou a desneutralização, tanto política quanto moral do Poder Judiciário, foi a demanda social por direito de prestações positivas e não mais negativas. A exigência social de que os direitos positivos fossem concretizados demandou não só maior ampliação do papel do Poder Executivo, mas, sobretudo, do Poder Judiciário.<sup>37</sup> Ao ser provocado sobre o conteúdo e densidade de tais direitos, o Poder Judiciário não mais pode alegar sua

---

37 Ana Paula de Barcellos afirma, em complemento ao que se vem de expor, que a grande mudança do papel do Poder Judiciário ocorreu após a Segunda Guerra Mundial. Nesse momento, constatou-se que o Parlamento, através da lei, não evitou os horrores cometidos, sendo necessário que se outorgasse à Constituição e aos direitos e princípios ali previstos força normativa, o que acabou por fortalecer o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, o Poder Judiciário. (BARCELLOS, Ana Paula. Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista trimestral de direito público*, n. 32, p. 185-206, 2000).

neutralidade política, pois é chamado a dizer sobre as finalidades para as quais o Estado foi concebido.<sup>38</sup>

No que tange à alegação de que o Poder Judiciário não necessita de controle, já que é programado e não programante, ou seja, atem-se à letra da lei, não parece mais prosperar.

A postura ativista adotada pelo Poder Judiciário, de um modo geral, e especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, aponta algumas decisões descoladas do texto escrito, seja da Carta Maior, seja das leis infraconstitucionais, com base em interpretação de princípios que se sobrepõem à norma escrita.

Como muito bem explicitado por Juan Antonio Garcia Amado,<sup>39</sup> os ideais do neoconstitucionalismo apontam para uma prevalência dos princípios, que revelam a verdadeira *ratio* da ordem jurídica, sobre o direito escrito. Pode-se citar as ideias de Dworkin,<sup>40</sup> que bem representam tal pensamento, ao conceber que, do ponto de vista ontológico, o Direito é composto por normas jurídico-positivas e por normas de moral social, representadas por princípios jurídicos, porém, não positivadas, que servem para o descobrimento da verdadeira essência daquelas, posto que representam a razão verdadeira do Direito. E note-se, ainda, que, do ponto de vista epistemológico, a essência do Direito, representada pelos princípios que albergam a moral social, somente pode ser conhecida por meio da figura do juiz Hércules, vale dizer, através do Poder Judiciário. Ao reaproximar o direito da ética e da moral, e afirmar que apenas o Poder Judiciário pode conhecer o verdadeiro Direito, caem por terra as

38 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência, *Revista USP*, 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).

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

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

premissas sobre as quais os mecanismos de freios e contrapesos e a separação dos poderes foram inicialmente concebidos.<sup>41</sup>

Não há como ser diferente. Os princípios possuem alto grau de subjetivismo, comportando entendimentos elásticos, abrindo margem para a discricionariedade judicial,<sup>42</sup> que não era aceita quando da concepção da teoria da separação dos poderes (como se disse acima, a neutralidade política e moral pressupunha a atuação do Poder Judiciário de forma programada, contida pela letra da lei).

Por mais que autores renomados neguem a existência da discricionariedade na decisão judicial,<sup>43</sup> parece difícil assentir com os respectivos

---

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

42 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*, v. 38, ano 10, p. 289-303, jan.-mar. 2002).

43 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.

argumentos, já que o juiz, para chegar à determinada decisão, antevê no mesmo texto a possibilidade de dele extrair diversas normas, e, dentre elas, que são indiferentes jurídicos,<sup>44</sup> escolher uma.

O componente valorativo, pois, presente na escolha da norma cabível na moldura e eleita pelo Poder Judiciário para tornar-se direito positivo, faz cair por terra a premissa de que o Poder Judiciário é neutro e programado, haja vista que a interpretação não é mais uma atividade apegada ao texto da lei, conforme pregava a Escola da Exegese, mas decorre da ampla interpretação dos princípios, que possuem tamanha elasticidade e ensejam uma discricionariedade ampla por parte dos magistrados quando da aplicação do direito.

A esse respeito, do componente volitivo e valorativo inerente às decisões judiciais, especialmente das Cortes Constitucionais, vale conferir o interessante artigo de Louis Michael Seidman.<sup>45</sup> Para o autor, as verdadeiras questões políticas existentes nos Tribunais não são aquelas atribuídas à discricionariedade da atuação administrativa ou de decisões tomadas pelas instâncias de Governo, mas sim aquelas contidas no entendimento que os Tribunais têm das regras e dos princípios e que não são expostas aos interlocutores. Isso porque, na visão do autor, os princípios e as disposições constitucionais não se legitimam por si sós, dependem do entendimento que a Corte tem, de legitimá-los ou não; dependem de um prévio entendimento da Corte de que são válidos. Assim, para que os direitos previstos nas disposi-

---

44 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 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).

45 SEIDMAN, Louis Michael. *The secret life of the political questions doctrine*. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=facpub>>. Acesso: 21-fev. 2017.

ções constitucionais possuam eficácia, densidade, abrangência, é preciso que a Corte fale sobre eles, atribuindo-lhes, em maior ou menor grau, essas características. Contudo, as razões para a tomada dessa decisão, sobre as características desses direitos, para que possam ter legitimada sua aplicação ou não, levam em consideração fatores extraconstitucionais, que são considerados, porém, não explicitados pelos Tribunais em suas decisões. Na visão do autor, tais decisões políticas são perigosas, pois levam uma vida secreta, à margem do direito e, bem por isso, insuscetíveis de controle pelas vias previstas no ordenamento jurídico.<sup>46</sup>

Tome-se como exemplo a recente decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que afastou a prisão preventiva de acusados de prática de aborto, fundamentada em princípios e distante do texto Constitucional, de 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.*<sup>47</sup>

Quanto à premissa de que o Poder Judiciário, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo, não produz lei em tese e somente age mediante provocação, razão pela qual lhe pôde ser outorgada a prerrogativa da autonomia e da independência, não mais se sustenta com a previsão constitucional do instrumento da Súmula Vinculante. Por meio de tal figura, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal pode, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria

---

46 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.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso: 21 fev. 2017.

constitucional, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Tal súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas. De acordo com Lênio Streck,<sup>48</sup> tal instrumento equipara-se a uma norma de caráter geral e abstrato, já que é fixada *ex ante*, como uma verdadeira lei.<sup>49</sup>

De um modo geral, e fazendo alusão às palavras do Ministro Luís Roberto Barroso,<sup>50</sup> o Brasil vem assistindo a um deslocamento das instâncias normais de Poder – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário. O Poder Judiciário vem enfrentando questões de cunho político e moral, que antes não eram por ele decididas. Ora, o surgimento do Poder Judiciário como um poder político<sup>51</sup> demanda a correlata implementação dos freios e contrapesos, de modo a conter eventuais abusos.

Se, no nascedouro da teoria de freios e contrapesos, como se viu, o Poder Judiciário foi concebido como um poder neutro politicamente, esta já não é mais a realidade vivida no Brasil.

---

48 O autor, ao expor as diferenças entre o precedente judicial e a súmula vinculante, afirma que a súmula é produto de um conjunto de textos, que exsurge não para resolver um caso, mas para resolver todos os casos futuros, no que se diferencia do precedente que, para ser utilizado, demanda a necessária identificação do DNA do caso concreto *sub examine*, mantendo-se a fidelidade 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 que o precedente tem os olhos voltados para o passado (ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014).

49 Ana Paula de Barcellos defendeu, em seu artigo *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*, que o controle de constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, apenas afrontaria o princípio da separação de 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 de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*. *Revista trimestral de direito público.*, n. 32, p. 185-206, 2000).

50 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

51 Sabemos que o Poder Judiciário sempre foi um poder político, na medida em que exerce e sempre exerceu parcela de poder estatal. Contudo, o sentido que se quer atribuir aqui, quando se fala em poder político, é a liberdade de que dispõe o Poder Judiciário na tomada de decisões, inclusive acerca de assuntos de cunho moral, social e econômico, que antes eram tratados mais frequentemente no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo e que passaram a ser enfrentados e decididos pelo Poder Judiciário.

Talvez, por força dessa nova realidade, tenha sido proposto o Projeto de Emenda à Constituição 33/2011,<sup>52</sup> cujo teor prevê a deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da Súmula Vinculante, no prazo de 90 dias, quando de sua edição, bem como prevê que as decisões de declaração de inconstitucionalidade material, dadas pelo Supremo Tribunal Federal, de Emendas à Constituição, não produzam imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, devendo ser encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional, que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

É interessante notar que a própria emenda já prevê que seu texto não poderá ter sua eficácia suspensa por meio de medida cautelar do STF, previsão esta que é, na prática, inócua.

O texto da citada PEC 33/2011 revela como a supremacia do Poder Judiciário, em termos de ausência de controle de sua atuação, incomoda o equilíbrio que deveria haver entre os três poderes. A revelar tal supremacia, pode-se afirmar, pelas disposições constitucionais vigentes, e ainda que tal emenda venha a ser aprovada, que nada obsta que o Supremo Tribunal Federal a declare inconstitucional, sem que dessa decisão caiba qualquer revisão. Qualquer alteração legal ou constitucional que se proponha encontra-se altamente engessada, já que, ao final, tudo é julgado de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, sendo ele o guardião da Constituição.

De todo o exposto, entende-se que restou demonstrado, no presente estudo, que o Poder Judiciário goza atualmente de supremacia diante dos demais Poderes, uma vez que os instrumentos de controle político – freios e contrapesos – existentes na Constituição Federal não mais se adequam à realidade brasileira, ensejando cenário de claro desequilíbrio entre os poderes.<sup>53</sup>

---

52 Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011)>. Acesso: 3 out. 2016

53 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

Parece, portanto, que se deva refletir sobre a necessidade de alteração constitucional que preveja um controle externo ao Poder Judiciário a ser exercido pelos demais poderes, para que se conservem os ideais iniciais da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, ou seja, para que se evite a supremacia de um poder sobre os demais. Importante alertar que não se antevê nada na teoria da separação dos poderes ou dos freios e contrapesos que impeça o controle externo do Poder Judiciário pelos demais poderes. Isso porque, tais teorias são meros instrumentos cujo objetivo final é evitar o abuso de poder, bem como assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. Caso um novo desenho constitucional de controles recíprocos atenda melhor a tais finalidades, em nada se afigurará inconstitucional; ao contrário, estará cumprindo a finalidade inicial de tais teorias, acolhidas em nossa Constituição Federal através da previsão da separação de poderes, que implica a existência de uma necessária harmonia entre eles.<sup>54</sup>

---

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 de 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 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.

54 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 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, quaisquer exceções ao parâmetro do princípio formalmente consagrado em uma Constituição, consubstanciando 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

## 5. Conclusão

O presente estudo teve como objetivo analisar se a finalidade inicial dos mecanismos de freios e contrapesos, de criar uma situação de equilíbrio, visando a evitar o abuso por parte de cada um deles e a eventual violação aos direitos dos cidadãos, está sendo atendida na redação atual da Constituição Federal, considerando-se a realidade brasileira sobre a qual se aplica.

Viu-se que tanto a separação dos poderes como os mecanismos de freios e contrapesos apenas afiguram-se instrumentos para evitar o abuso de poder, com vistas a assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, a distinção das funções do Estado em três poderes, bem como a positivação de determinada forma de distribuição de mecanismos de freios e contrapesos entres eles é meio para o alcance dessa finalidade.

A análise dos dispositivos constitucionais revelou grande interação e diversos mecanismos de contenção recíprocos entre os Poderes Legislativo e Executivo, inclusive, no que tange às atividades-fim por eles desenvolvidas. Contudo, com relação à atividade típica desempenhada pelo Poder Judiciário, o estudo revelou a existência de instrumentos de controle menos efetivos por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, já que tanto os freios como os contrapesos apenas podem ser exercidos de forma indireta sobre as atribuições típicas do Poder Judiciário. Por outro lado, também restou demonstrado que este último exerce grande controle, inclusive e sobretudo, por intermédio de freios diretos sobre as atividades típicas desempenhadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, especificamente, por meio do controle de constitucionalidade e de legalidade.

A distribuição dos mecanismos de freios e contrapesos, da forma como se encontra atualmente na Constituição Federal, pode ter ensejado, em um primeiro momento, a harmonia entre os três poderes, já que o Poder Judiciário era visto como um poder neutro, afastado da política e da moral, apegado ao texto da lei. Tal neutralidade e a limitação do seu comportamento pelas regras, votadas pelo Legislativo, justificavam

---

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.”

a ausência de maiores controles pelos demais poderes, já que havia pouco espaço para a discricionariedade.

Contudo, verificou-se que essa forma de distribuição de mecanismos de freios e contrapesos não mais propicia harmonia entre os poderes, haja vista que o Poder Judiciário não mais demonstra neutralidade em seu comportamento. Presencia-se, atualmente, um deslocamento do centro de decisão política das instâncias ordinárias – Executivo e Legislativo – para o Judiciário; eis que este é chamado a interpretar a Constituição no cumprimento de suas finalidades. Ao fazê-lo, o Poder Judiciário é também chamado a fazer escolhas quanto à interpretação das disposições constitucionais, sobretudo em vista da larga utilização de princípios, passando, pois, a ocupar um espaço político sobre o qual não lhe era dado penetrar.

Logo, pode-se afirmar que, a despeito de a distribuição das atividades e dos meios de controles recíprocos entre os poderes, do modo como disposto na Constituição Federal, ter atendido, inicialmente, a tais ideais, as mudanças sociais, políticas e do comportamento do próprio Judiciário vêm demonstrando que o desenho adotado pela Constituição Federal de 1988 coloca-o, em vista da atual realidade brasileira, em situação de supremacia com relação aos outros, quando se trata do controle recíproco exercido entre os poderes.

Dado o caráter instrumental das teorias da separação de poderes e dos freios e contrapesos, o desequilíbrio constatado e a necessidade de que os poderes se controlem reciprocamente a fim de evitar abusos, parece que se deva refletir sobre a necessidade de alteração constitucional que preveja um controle externo ao Poder Judiciário a ser exercido pelos demais poderes. Eventual alteração nesse sentido não afrontaria a separação dos poderes, tampouco a teoria dos freios e contrapesos. Ao contrário, por tratar-se de teorias instrumentais, que não são um fim em si mesmas, a alteração traria equilíbrio entre os poderes, concretizando as suas ideias originais, evitando-se a sobreposição de um sobre os demais.

## 6. Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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.

\_\_\_\_\_. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Harvard University Press, 2005.

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

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

BARCELLOS, Ana Paula. *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*. Revista trimestral de direito público, n. 32, p. 185- 206, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012.

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

COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. A separação de poderes: de Montesquieu a Bruce Ackerman, uma mudança no paradigma. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 15-35, out.-dez. 2015.

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.

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

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência, *Revista USP*, p. 40-48, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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.

FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. II.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos*.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAMILTON, Alexander. O *Federalista*, Artigo 78, 1788. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-78.php>>. Acesso em: 03 out. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1954.

MACHADO, Mario Bockamnn. Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, out.- dez.1994.

MADISON James, *The Federalist*, n. 51, 1788, p. 268-269. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php>>. Acesso: 03-out. 2017

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de 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.

MOLLER, Max. *As dimensões do princípio da separação dos poderes*. Disponível em: <[http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese\\_1291117691.pdf](http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1291117691.pdf)>.

MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. São Paulo: Abril, 1973.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre poderes e democracia. Crise e Superação*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NASCIMENTO, Ricardo Castro. *Divisão de poderes: origem, desenvolvimento e atualidade*. 2017. 276 f. 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.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de 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. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. I.

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

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

SEIDMAN, Louis Michael. *The secret life of the political questions doctrine*. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=facpub>>.

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: Malheiros, 2016.

WOMERSELY, David. *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/1727>>.

