

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Marcio Ortiz Meinberg**

**STF E SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**Interferência do STF na formação independente e na auto-organização dos Poderes  
Executivo e Legislativo entre 2015 e 2018**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2023**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Marcio Ortiz Meinberg**

**STF E SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**Interferência do STF na formação independente e na auto-organização dos Poderes  
Executivo e Legislativo entre 2015 e 2018**

Tese apresentada à Banca Examinadora da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
como exigência parcial para obtenção do título de  
DOUTOR em Direito, sob orientação do Prof. Dr.  
Vidal Serrano Nunes Júnior.

**SÃO PAULO**

**2023**

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura \_\_\_\_\_

Data: 15 de maio de 2023

E-mail [marcio.meinberg@gmail.com](mailto:marcio.meinberg@gmail.com)

Meinberg, Marcio Ortiz

STF E SEPARAÇÃO DOS PODERES. Interferência do STF na formação independente e na auto-organização dos Poderes Executivo e Legislativo entre 2015 e 2018.

/ Marcio Ortiz Meinberg. -- São Paulo: [s.n.], 2023. 220p. il.; 21 x 29,7 cm.

Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior.

Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Separação dos Poderes. 2. Erosão democrática. 3. Hermenêutica constitucional. 4. Operação Lava Jato. I. Nunes Júnior, Vidal Serrano. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

**Marcio Ortiz Meinberg**

**STF E SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

---

---

## **DEDICATÓRIA**

*Dedico este trabalho para minha família, especialmente para Eleonora (que me apoiou em toda esta trajetória) e para minha filha Pilar (que chegou quando as trevas começaram a dispersar).*

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço à minha família pelo apoio, em especial minha filha Pilar, minha esposa Eleonora, meus pais Paulo de Tarso e Marcia Maria, meus irmãos, Claudio e Fabio.

Agradeço a todos os amigos, colegas de aula e trabalho e, em especial aos companheiros da APG PUC-SP e da ANPG.

Agradeço a toda ajuda dos professores Tercio Sampaio, André Ramos Tavares, Gabriela Araújo e Pietro Alarcón, pelos ensinamentos e pelos valorosos conselhos.

Agradeço a toda atenção dos funcionários da secretaria, incluindo Rui, Rafael e Ricardo.

Agradeço especialmente ao meu orientador, professor Vidal Serrano, por todo acompanhamento, conselhos e paciência, que foram fundamentais para ajustar o norte deste trabalho.

## **RESUMO**

O objetivo desta tese é analisar a separação dos Poderes e, em especial, a relação do STF com os demais Poderes durante o período de 2015-2018 (relacionados ou decorrentes da Operação Lava Jato). Considerando que a separação dos Poderes é um princípio constitucional, ela possui força normativa e é um limitador a ser observado por todos os Poderes em suas respectivas esferas de atuação. O conteúdo essencial da separação dos Poderes possui caráter absoluto e dinâmico, sendo necessário identificá-lo a partir do aspecto histórico, sob as particularidades brasileiras e conforme a atuação concreta dos Poderes. Ainda que não seja viável descrever exaustivamente todas as características da separação dos Poderes, é possível identificar alguns de seus elementos constitutivos, entre eles, a formação independente e a auto-organização dos Poderes. A partir disso, poderemos avaliar se o Supremo Tribunal Federal julgou os casos da jurisprudência selecionada da maneira constitucionalmente adequada e, com isso determinar se a postura do STF esteve institucionalmente correta (e os efeitos disso no sistema democrático).

**Palavras-chave:** Separação dos Poderes; Erosão democrática; Hermenêutica constitucional; Operação Lava Jato.

## **ABSTRACT**

The purpose of the thesis is to analyze the separation of Powers and, in particular, the relationship between the STF and the other Powers during the period 2015-2018 (related to or resulting from the Operation Car Wash/ “Lava Jato”). Considering that the separation of Powers is a constitutional principle, it has normative force and is a limiter to be complied by all Powers in their respective spheres of action. The essential content of the separation of Powers has an absolute and dynamic character, so that it is necessary to identify it from the historical aspect, under the Brazilian characteristics and according to the concrete performance of the Powers. Although it is not feasible to exhaustively describe all the characteristics of the separation of powers, it is possible to identify some of its constituent elements, among them, the independent formation and self-organization of the Powers. From this, we can assess whether the Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court) judged the selected jurisprudence cases in the constitutionally appropriate manner and, thereby, determine whether the STF's posture was institutionally correct (and its effects on the democratic system).

**Keywords: Separation of Powers; Democratic backsliding; Constitutional hermeneutics; Operation Car Wash.**

## **LISTA DE QUADROS**

|              |                                              |         |
|--------------|----------------------------------------------|---------|
| Apêndice A – | Sobre a independência e harmonia .....       | [p.216] |
| Apêndice B – | Sobre a indelegabilidade .....               | [p.217] |
| Apêndice C – | Sobre a inacumulabilidade.....               | [p.218] |
| Apêndice D – | Sobre o livre exercício das atribuições..... | [p.219] |

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

### Abreviaturas

|              |                 |
|--------------|-----------------|
| A.C.         | antes de cristo |
| <i>apud</i>  | citado por      |
| art.         | artigo          |
| cap.         | capítulo        |
| <i>caput</i> | cabeça          |
| c/c          | combinado com   |
| cf.          | conferir        |
| ed.          | edição          |
| <i>i.e.</i>  | isto é          |
| inq.         | inquérito       |
| min.         | ministro        |
| p.           | página(s)       |
| pet.         | petição         |
| rcl.         | reclamação      |
| séc          | século          |
| vol.         | volume          |

### Siglas

|       |                                                    |
|-------|----------------------------------------------------|
| AC    | Ação Cautelar                                      |
| ADI   | Ação Direta de Inconstitucionalidade               |
| ADPF  | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| ADTC  | Ato das Disposições Constitucionais Transitórias   |
| AP    | Ação Penal                                         |
| CA    | Constituição Alemã                                 |
| CB    | Constituição Brasileira                            |
| CE    | Constituição Espanhola                             |
| CEUA  | Constituição Norte-americana                       |
| CF    | Constituição Francesa                              |
| CNJ   | Conselho Nacional de Justiça                       |
| CP    | Constituição Portuguesa                            |
| CPI   | Comissão Parlamentar de Inquérito                  |
| CPP   | Código de Processo Penal                           |
| EC    | Emenda Constitucional                              |
| HC    | <i>Habeas Corpus</i>                               |
| MPF   | Ministério Público Federal                         |
| MS    | Mandado de Segurança                               |
| PCdoB | Partido Comunista do Brasil                        |
| PEC   | Proposta de Emenda Constitucional                  |
| PF    | Polícia Federal                                    |
| PPS   | Partido Popular Socialista                         |
| PSDB  | Partido da Social Democracia Brasileira            |
| PSOL  | Partido Socialismo e Liberdade                     |
| PT    | Partido dos Trabalhadores                          |

|      |                                         |
|------|-----------------------------------------|
| QCr  | Questão de Ordem na Queixa-crime        |
| QO   | Questão de Ordem                        |
| REDE | Rede Sustentabilidade                   |
| STF  | Supremo Tribunal Federal                |
| STJ  | Superior Tribunal de Justiça            |
| TCU  | Tribunal de Contas da União             |
| TSE  | Tribunal Superior Eleitoral             |
| TRE  | Tribunal Regional Eleitoral             |
| TRF2 | Tribunal Regional Federal da 2.ª Região |

## SUMÁRIO

|                                                                                 |           |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO .....</b>                                                      | <b>17</b> |
| <b>1.1. Recessão Democrática no Mundo.....</b>                                  | <b>17</b> |
| 1.1.1. Erosão Democrática.....                                                  | 19        |
| <b>1.2. Crise (ou limites) da Democracia no Brasil .....</b>                    | <b>22</b> |
| 1.2.1. O STF e a Operação Lava Jato .....                                       | 25        |
| <b>1.3. Objetivo da tese .....</b>                                              | <b>26</b> |
| 1.3.1. Hipóteses .....                                                          | 26        |
| 1.3.2. Metodologia.....                                                         | 27        |
| 1.3.3. Estrutura da tese .....                                                  | 28        |
| <b>2. MODELO TEÓRICO .....</b>                                                  | <b>30</b> |
| <b>2.1. Princípios como espécies de normas constitucionais .....</b>            | <b>30</b> |
| 2.1.1. Teoria interna e externa das normas de princípios .....                  | 32        |
| <b>2.2. Princípios Estruturantes na Constituição Federal de 1988 .....</b>      | <b>33</b> |
| <b>2.3. Estrutura Lógica dos Princípios Estruturantes .....</b>                 | <b>35</b> |
| <b>2.4. Suporte fático amplo ou restrito.....</b>                               | <b>36</b> |
| 2.4.1. Âmbito de Proteção .....                                                 | 37        |
| 2.4.2. Intervenção sem fundamentação Constitucional .....                       | 38        |
| 2.4.3. Opção pelo suporte fático amplo .....                                    | 39        |
| <b>2.5. Conteúdo essencial das normas de Princípios.....</b>                    | <b>39</b> |
| 2.5.1. Enfoque objetivo ou subjetivo.....                                       | 41        |
| 2.5.2. Conteúdo essencial absoluto ou relativo .....                            | 41        |
| 2.5.3. Opção pelo conteúdo essencial absoluto-dinâmico (enfoque objetivo) ..... | 43        |
| <b>2.6. Proposta de um modelo .....</b>                                         | <b>44</b> |
| <b>3. SEPARAÇÃO DOS PODERES NA DOUTRINA E NA HISTÓRIA .....</b>                 | <b>47</b> |
| <b>3.1. Constituição Mista no Pensamento Greco-Romano .....</b>                 | <b>48</b> |

|        |                                                                                                    |           |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.1.1. | Aristóteles (séc. IV A.C.) .....                                                                   | 48        |
| 3.1.2. | Políbio (séc. II A.C.) e Cícero (séc. I A.C.).....                                                 | 50        |
| 3.2.   | <b>Revoluções inglesas (séc. XVII) e a monarquia mista .....</b>                                   | <b>51</b> |
| 3.3.   | <b>John Locke (séc. XVII) .....</b>                                                                | <b>53</b> |
| 3.4.   | <b>Montesquieu (séc. XVIII) .....</b>                                                              | <b>57</b> |
| 3.5.   | <b>Rousseau (séc. XVIII) .....</b>                                                                 | <b>61</b> |
| 3.6.   | <b>Revolução Norte-Americana (1776-1783).....</b>                                                  | <b>63</b> |
| 3.6.1. | Constituição dos Estados Unidos da América (1787) .....                                            | 63        |
| 3.6.2. | <i>O Federalista</i> (1788) .....                                                                  | 65        |
| 3.7.   | <b>Revolução Francesa (1789-1799) .....</b>                                                        | <b>67</b> |
| 3.7.1. | Constituição Francesa de 1791 .....                                                                | 68        |
| 3.7.2. | Constituição Francesa de 1793 (Constituição do Ano I).....                                         | 70        |
| 3.7.3. | Constituição Francesa de 1795 (Constituição do Ano III) .....                                      | 72        |
| 3.8.   | <b>Benjamin Constant e o Poder Neutro (1814-1815) .....</b>                                        | <b>75</b> |
| 3.9.   | <b>Constituição de Cádiz (1812) .....</b>                                                          | <b>82</b> |
| 3.10.  | <b>Evolução e elementos da separação dos Poderes .....</b>                                         | <b>85</b> |
| 4.     | <b>SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA EVOLUÇÃO NA ORDEM<br/>CONSTITUCIONAL DO BRASIL .....</b>            | <b>88</b> |
| 4.1.   | <b>Separação dos Poderes no Império .....</b>                                                      | <b>88</b> |
| 4.2.   | <b>Separação dos Poderes na República .....</b>                                                    | <b>90</b> |
| 4.3.   | <b>Cláusulas-parâmetro da separação dos Poderes.....</b>                                           | <b>90</b> |
| 4.4.   | <b>Cláusula-parâmetro da independência e harmonia .....</b>                                        | <b>90</b> |
| 4.4.1. | Formação independente .....                                                                        | 92        |
| 4.4.2. | Livre exercício de suas atribuições.....                                                           | 97        |
| 4.4.3. | Auto-organização e estruturação interna básica independente.....                                   | 103       |
| 4.4.4. | Condições que permitam a atuação e o funcionamento independentes ou<br>autônomos dos Poderes ..... | 107       |
| 4.4.5. | Independência e harmonia na Constituição de 1988 .....                                             | 108       |

|                                                                                                                              |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>4.5. Cláusula-parâmetro da Indelegabilidade .....</b>                                                                     | <b>109</b> |
| 4.5.1. Exceções à indelegabilidade.....                                                                                      | 109        |
| 4.5.2. Indelegabilidade na Constituição Federal de 1988.....                                                                 | 111        |
| <b>4.6. Cláusula-parâmetro da inacusulabilidade.....</b>                                                                     | <b>113</b> |
| 4.6.1. Exceções à inacusulabilidade (Poder Legislativo).....                                                                 | 113        |
| 4.6.2. Exceções à inacusulabilidade (Poder Judiciário).....                                                                  | 114        |
| 4.6.3. Exceções à inacusulabilidade (Poder Executivo).....                                                                   | 114        |
| 4.6.4. Inacusulabilidade na Constituição de 1988.....                                                                        | 114        |
| <b>4.7. Evolução da Separação dos Poderes no Brasil .....</b>                                                                | <b>115</b> |
| <b>5. O STF E SUA RELAÇÃO COM OS DEMAIS PODERES .....</b>                                                                    | <b>117</b> |
| <b>5.1. Ascensão do STF como Tribunal Constitucional.....</b>                                                                | <b>117</b> |
| 5.1.1. Neoconstitucionalismo e os Tribunais Constitucionais.....                                                             | 118        |
| 5.1.2. A Conformação do STF como Tribunal Constitucional.....                                                                | 119        |
| <b>5.2. Quatro Possíveis Posturas do STF perante os outros Poderes .....</b>                                                 | <b>121</b> |
| <b>5.3. O STF e o Desequilíbrio na Separação dos Poderes .....</b>                                                           | <b>124</b> |
| 5.3.1. Supremacia do STF .....                                                                                               | 125        |
| 5.3.2. Reações ao STF ( <i>backlash</i> ) .....                                                                              | 126        |
| 5.3.3. Controle da STF ( <i>court curbing</i> ).....                                                                         | 130        |
| <b>5.4. Resultados da Transformação do STF pós-1988.....</b>                                                                 | <b>133</b> |
| <b>6. ANÁLISE DOS CASOS SELECIONADOS (2015-2018).....</b>                                                                    | <b>134</b> |
| <b>6.1. Prisão do Senador Delcídio do Amaral (AC 4039) .....</b>                                                             | <b>134</b> |
| 6.1.1. Histórico .....                                                                                                       | 134        |
| 6.1.2. Decisão e fundamentos.....                                                                                            | 136        |
| 6.1.3. Análise.....                                                                                                          | 137        |
| <b>6.2. Suspensão da nomeação do Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil (MS 34070 e MS 34071) .....</b> | <b>140</b> |
| 6.2.1. Histórico .....                                                                                                       | 140        |

|             |                                                                                                                                       |            |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 6.2.2.      | Decisão e fundamentos.....                                                                                                            | 141        |
| 6.2.3.      | Análise.....                                                                                                                          | 143        |
| <b>6.3.</b> | <b>Afastamento do deputado federal Eduardo Cunha (AC 4070) .....</b>                                                                  | <b>145</b> |
| 6.3.1.      | Histórico .....                                                                                                                       | 145        |
| 6.3.2.      | Decisão e fundamentos.....                                                                                                            | 147        |
| 6.3.3.      | Análise.....                                                                                                                          | 149        |
| <b>6.4.</b> | <b>Afastamento do senador Renan Calheiros (ADPF 402) .....</b>                                                                        | <b>156</b> |
| 6.4.1.      | Histórico .....                                                                                                                       | 156        |
| 6.4.2.      | Decisão e fundamentos.....                                                                                                            | 158        |
| 6.4.3.      | Análise.....                                                                                                                          | 162        |
| <b>6.5.</b> | <b>Não-suspensão da nomeação de Moreira Franco como Ministro Chefe da Secretaria-Geral da Presidência (MS 34609 e MS 34615) .....</b> | <b>166</b> |
| 6.5.1.      | Histórico .....                                                                                                                       | 166        |
| 6.5.2.      | Decisão e fundamentos.....                                                                                                            | 167        |
| 6.5.3.      | Análise.....                                                                                                                          | 168        |
| <b>6.6.</b> | <b>Afastamento do senador Aécio Neves (AC 4329) .....</b>                                                                             | <b>169</b> |
| 6.6.1.      | Histórico .....                                                                                                                       | 169        |
| 6.6.2.      | Decisão e fundamentos.....                                                                                                            | 170        |
| 6.6.3.      | Análise.....                                                                                                                          | 172        |
| <b>6.7.</b> | <b>Aplicabilidade de medidas cautelares a parlamentares (ADI 5526) .....</b>                                                          | <b>175</b> |
| 6.7.1.      | Histórico .....                                                                                                                       | 175        |
| 6.7.2.      | Decisão e fundamentos.....                                                                                                            | 176        |
| 6.7.3.      | Análise.....                                                                                                                          | 179        |
| <b>6.8.</b> | <b>Alteração do regime da prerrogativa de foro dos parlamentares federais.....</b>                                                    | <b>182</b> |
| 6.8.1.      | Histórico .....                                                                                                                       | 182        |
| 6.8.2.      | Decisão e fundamentos.....                                                                                                            | 183        |
| 6.8.3.      | Análise.....                                                                                                                          | 185        |

|                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>6.9. Suspensão da nomeação de Cristiane Brasil como Ministra do Trabalho (Rcl. 29508)</b> ..... | 187        |
| 6.9.1. Histórico .....                                                                             | 187        |
| 6.9.2. Decisões e fundamentos .....                                                                | 188        |
| 6.9.3. Análise .....                                                                               | 189        |
| <b>6.10. Avaliação Geral dos Casos Seleccionados</b> .....                                         | 191        |
| <b>7. CONCLUSÃO</b> .....                                                                          | <b>194</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....                                                                           | <b>200</b> |
| <b>APÊNDICES</b> .....                                                                             | <b>216</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

Entre 2018 e 2022, a democracia brasileira esteve em grande risco, especialmente pela conduta antidemocrática do presidente da República e seus apoiadores (dentro e fora do Estado). Durante o governo de Jair Bolsonaro, a regra foi o desrespeito às instituições, o confronto aberto com os outros Poderes e entes da Federação, o desmonte ou desvirtuamento dos órgãos públicos, além de pretensões (aberta ou implicitamente) golpistas.

Naquele período, a Constituição de 1988 foi colocada à prova de maneira intensa e sobreviveu, mas não sem danos. Mesmo com a saída de Bolsonaro do poder, ainda é cedo para afirmar que a crise da democracia brasileira foi superada, sendo bastante provável que os reflexos deste período ainda sejam sentidos por muitos anos.

Ainda que a ascensão de Bolsonaro tenha sido (por enquanto) o ponto mais agudo da crise da democracia brasileira, ela não foi a causa da crise, mas uma consequência de outros elementos gestados anteriormente (externos e internos). No aspecto internacional, a crise da democracia brasileira se contextualiza no processo mundial de recessão democrática (tendo alimentado e sido alimentada por ela). No contexto interno, a eleição de Bolsonaro (e outros políticos alinhados a ele em 2018) é reflexo direto de uma série de condutas do sistema político e do Judiciário (especialmente o STF) praticados no período anterior (de 2015 a 2018).

### 1.1. Recessão Democrática no Mundo

A crise da democracia brasileira, ainda que possua características muito particulares, não é um fato isolado no contexto mundial. Diversos países em todo o mundo enfrentaram (com mais ou menos êxito) processos semelhantes de erosão democrática.

Desde 2006, o mundo está vivenciando uma “recessão democrática”<sup>1</sup>, que interrompeu (e de certa forma reverteu parcialmente) o avanço da “terceira onda da democracia”<sup>2</sup>. Segundo Samuel Huntington, a democracia se espalharia pelo mundo por meio de “ondas”. A primeira onda teria ocorrido entre de 1828 à 1926, contemplando a democratização dos EUA, França, Inglaterra, Canada, Austrália Itália e Argentina, entre outros (totalizando 29 democracias); a segunda onda teria ocorrido imediatamente após a segunda guerra mundial (com a redemocratização de Itália, Áustria, Alemanha Ocidental e Japão, bem como a descolonização

---

<sup>1</sup> DIAMOND, Larry. **Facing Up to the Democratic Recession**. Journal of Democracy, Volume 26, Number 1, January 2015, p. 144.

<sup>2</sup> HUNTINGTON, Samuel. **A Terceira Onda: a democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994.

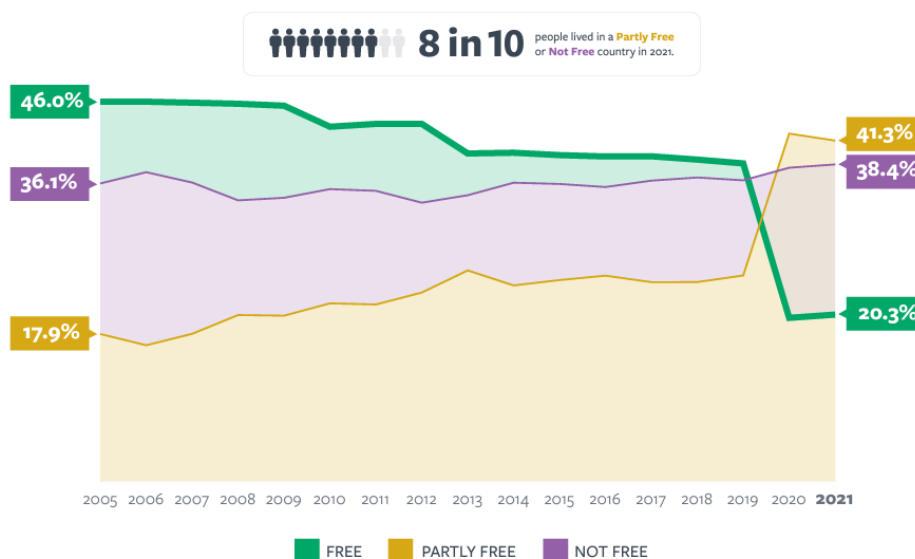
da Ásia e África, chegando a 36 democracias); por fim a terceira onda da democracia teria começado com a Revolução dos Cravos em Portugal (1974), seguindo pela Espanha, Grécia, Europa, Ásia, África e América Latina. Neste sentido, a democratização do Brasil entre 1985 (com o final da ditadura militar) e 1988 (com a promulgação da Constituição) estaria incluída na terceira onda da democracia.

Ocorre que a constante evolução da democracia entre 1974 e 2006 se interrompeu. No final de 2005, 89 países (de um total de 192) poderiam ser considerados livres (sendo a democracia um de seus elementos), o que representaria 45,97% da população mundial (contra 58 países parcialmente livres, representando 17,93% da população, e 45 países não-livres, representando 36,10% da população)<sup>3</sup>. Já em 2021 apenas 20,3% da população vivia em países considerados livres, contra 41,3% em países parcialmente livres e 38,4% em países não-livres<sup>4</sup>.

Figura 1

#### LIVING IN A LESS FREE WORLD

The share of the world's population living in Free environments has fallen as authoritarian practices proliferate.



Fonte: FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2022: the global expansion of the authoritarian rule.** Washington, D.C., 2022.

O mais triste é identificar que muitos dos países nos quais houve retrocesso democrático vivenciaram recentemente processos vibrantes de reivindicações da sociedade civil, que inicialmente indicavam para o fortalecimento da democracia. Citamos como exemplos a

<sup>3</sup> FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2006: the annual survey of political rights and civil liberties.** Washington, D.C., 2006.

<sup>4</sup> FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2022: the global expansion of the authoritarian rule.** Washington, D.C., 2022.

“Primavera Árabe” entre 2010 e 2012) (que reivindicava democracia em países árabes do norte da África), *Occupy Wall Street* em 2011 (manifestação contra a desigualdade social nos Estados Unidos), os “Indignados” na Espanha em 2011 (que, assim como em outros países europeus, protestavam contra as medidas de austeridade) e as manifestações de junho de 2013 no Brasil, que originalmente protestavam contra o aumento das passagens no transporte público (além de reivindicar melhorias nos serviços públicos em geral).

Olhando em perspectiva, toda a pauta progressista destes movimentos foi superada por reações bastante conservadoras: a “Primavera Árabe” deu lugar ao “Inverno Árabe” com guerra civil e ditaduras ainda mais endurecidas (o caso do Egito é um exemplo eloquente), nos EUA ocorreu a eleição de Donald Trump, na Europa houve a ascensão da extrema direita em diversos países, além do *Brexit* (quando o Reino Unido se retirou da União Europeia) e o Brasil vivenciou o golpe do *impeachment* contra a presidenta Dilma Rousseff e a posterior eleição de Jair Bolsonaro.

#### 1.1.1. Erosão Democrática

Diferente de outros períodos, atualmente a ascensão autoritária não ocorre mais por meio de golpes militares tradicionais (ainda que estes ainda ocorram), mas por movimentos mais sutis e complexos como a degradação dos direitos e dos procedimentos de funcionamento da democracia plena, por exemplo, aparelhamento de tribunais e órgãos de controle, compra/intimidação da mídia e do setor privado, alteração das normas eleitorais e das “regras do jogo”<sup>5</sup>. Em geral, tais processos ocorrem por dentro do sistema, orquestrados por pessoas legítima e democraticamente eleitas para os cargos que os permitam erodir por dentro o sistema democrático.

São diversos os países que sofreram tais processos, incluindo Hungria, Polônia, Turquia, entre outros. Até mesmo o Brasil e os Estados Unidos vivenciaram tentativas de processos similares, durante os governos Bolsonaro e Trump, felizmente ambos derrotados pelas urnas ao final do primeiro mandato de cada um deles.

Em geral, o processo de erosão da democracia em tais países ocorreu da seguinte forma: Inicialmente um demagogo é eleito legítima e democraticamente e passa a enfrentar dificuldades para governar por conta das limitações impostas pelo sistema de freios e contrapesos. A partir de então, o governante demagogo passa a atacar o sistema que o restringe,

---

<sup>5</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. São Paulo: Zahar, 2018, p. 19.

sob argumentos de fácil aceitação (para “melhorar” a democracia, para “limpar” o sistema, para “acabar com a corrupção”, entre outros)<sup>6</sup>. A partir daí, passa o demagogo à gradual captura dos “árbitros”, seja pela demissão ou substituição de pessoas em cargos chave (como tribunais constitucionais ou órgãos de controle), controle “sutil” dessas pessoas (suborno ou chantagem), mudança na composição do órgão ou corte ou até mesmo com a criação de novas instituições para substituir as antigas<sup>7</sup>. Após isso, o demagogo passa então a atacar a oposição, seja por cooptação de figuras públicas (políticos, empresários, da mídia etc.), seja pelo afastamento direto dos opositores por meio de processos judiciais (incluindo a perseguição da mídia, a ponto de gerar autocensura) e, por fim, a mudança na regra do jogo propriamente dita (com mudança das normas eleitorais, imposição de dificuldades para eleitores e candidatos, entre outras)<sup>8</sup>.

Segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt<sup>9</sup>, tais processos de erosão democrática costumam ser bem sucedidos em países nos quais as “regras não escritas” da democracia deixaram de ser observadas. Segundo os autores, uma democracia é fundamentada em regras escritas (em especial a Constituição) e protegida pelos árbitros (o Poder Judiciário), mas é fortalecida por duas regras não escritas: tolerância mútua e reserva institucional.

A tolerância mútua é a compreensão de que os oponentes políticos não são inimigos, de modo que, se os rivais respeitam as regras institucionais, deve ser reconhecido seu direito igual de existir, competir pelo poder e governar<sup>10</sup>. Dificilmente uma democracia se sustenta sem tolerância mútua.

Por sua vez, a reserva institucional é a postura de autocontrole e comedimento no exercício dos poderes legais, evitando ações que, ainda que respeitem a letra da lei, violam claramente seu espírito. Ainda que os atos sejam legais, a falta de reserva institucional pode levar à grandes consequências e rupturas<sup>11</sup>. O oposto da reserva institucional seria o “duro jogo constitucional”, ou seja, jogar “segundo as regras” em seu aspecto formal, mas levando-as ao limite. Podemos trazer dois exemplos de “duro jogo constitucional”: quando o Poder Judiciário anula a atuação do Poder Legislativo (como na Hungria entre 1990 e 1998 ou na Venezuela em

---

<sup>6</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 80-81.

<sup>7</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 81-84.

<sup>8</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 84-94.

<sup>9</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 103.

<sup>10</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 103.

<sup>11</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 107.

2015) ou quando o Poder Legislativo executa um *impeachment* sem conteúdo contra o Poder Executivo (como no Paraguai em 2012, na Ucrânia em 2014 ou no Brasil em 2016).

O resultado da erosão democrática são países não-livres (autoritários em maior ou menor medida) ou apenas parcialmente livres (também chamados de regimes híbridos). Alguns autores<sup>12</sup> separam os conceitos de liberalismo e democracia, o que pode resultar em dois tipos específicos de regimes híbridos: o liberalismo antidemocrático e a democracia iliberal.

Segundo a definição de tais autores, a democracia é “um conjunto de instituições eleitorais com poder de lei que traduz as opiniões do povo em políticas públicas”. Por sua vez, o liberalismo é um conjunto de instituições que “protegem o Estado de direito e garantem os direitos individuais [...] para todos os seus cidadãos (incluindo as minorias étnicas e religiosas)”<sup>13</sup>.

O primeiro tipo de regime híbrido é o liberalismo antidemocrático (direitos sem democracia), entre os quais encontram-se as tecnocracias. Nestes regimes os direitos da população são preservados, porém suas opiniões não conseguem mais direcionar o sistema político. Um exemplo trágico deste modelo são os países periféricos da União Europeia (tais como a Grécia), que garantem excelente qualidade de vida para suas populações, mas não conseguem mais se dirigir politicamente, pois estão sempre submetidos às ordens vindas de Bruxelas.

O segundo tipo de regime híbrido é a “democracia” iliberal, ou as “democracia” sem direitos, que muitas vezes confundidas com autocracias (pois, em geral, a democracia iliberal acaba sendo uma etapa em direção à autocracia). Neste tipo de regime híbrido, o governante é eleito, mas no poder governa quase sem limitações, exatamente porque atende às aspirações da maioria da população (o problema é que, uma vez no poder e sem limitações, nada mais impede que o governante se torne efetivamente autocrático e deixe de realizar eleições ou cumprir a vontade popular). Foi o caminho da Hungria de Viktor Orbán<sup>14</sup>.

Em suma, no nosso tempo cada vez mais as democracias liberais desaparecem, sendo substituídas por regimes híbridos (democracias iliberais ou liberalismos antidemocráticos) ou abertamente autoritários.

---

<sup>12</sup> MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

<sup>13</sup> MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 37.

<sup>14</sup> MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, 23.

## 1.2. Crise (ou limites) da Democracia no Brasil

Ao comparar os anos de 1985 e 2015, é possível afirmar que a democracia brasileira foi um caso de sucesso. O Brasil de 1985 era um país institucionalmente em frangalhos, recém saído de uma ditadura cruel que não hesitava em matar e torturar seus adversários, com economia em recessão, hiperinflação e pobreza extrema. Por sua vez, o Brasil de 2015 é uma democracia institucionalizada, com eleições livres e disputadas, alternância pacífica no poder, oitava economia do mundo (havia chegado à sexta posição em 2011), com inflação controlada desde o Plano Real (do governo Itamar Franco) e que havia atingido o nível alto de Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M).

Apesar deste sucesso, o modelo institucional fundado na Constituição de 1988 sofreu muitas críticas ao longo deste período. Eis que, a partir de 2013, um conjunto de manifestações bastante difusas passou a questionar o padrão de funcionamento pelo qual o sistema político brasileiro operava desde a volta da democracia.

Sem entrar no mérito de quais teriam sido as causas das manifestações de junho de 2013 (iniciadas contra o aumento das passagens do transporte público, ou seja, uma pauta bastante comum e corriqueira nos anos anteriores), o fato é que tais movimentos foram hegemonizadas originalmente pelas “novas esquerdas” e rapidamente receberam adesão das “novas direitas”<sup>15</sup>. Tratava-se de um caldo cultural inspirado pela conjuntura internacional, bem adaptada à nova sociabilidade tecnológica (por exemplo, internet e redes sociais) e que não se via representada no sistema político brasileiro.

O sistema político dominante resistiu ao movimento e se blindou contra os questionamentos propostos a partir de junho de 2013<sup>16</sup>. Ocorre que, naquele momento, a liderança do sistema político cabia ao PT, um partido de esquerda, o que “empurrou” o movimento para a direita<sup>17</sup>. Assim, as novas forças que emergiram de junho de 2013 foram hegemonizadas pelas “novas direitas” (ainda não pela extrema-direita, o que viria a ocorrer apenas em 2018), com a exclusão das “novas esquerdas”. As novas forças, por conta da

---

<sup>15</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 127.

<sup>16</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 162.

<sup>17</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 131.

blindagem do sistema político contra elas, tornaram-se uma espécie de oposição extrainstitucional<sup>18</sup>.

Em meio a isso, a partir de 2014 surge a Operação Lava Jato, uma investigação da Polícia Federal contra o doleiro Alberto Youssef, que se desdobrou em diversas operações contra empresários e políticos. A Operação Lava Jato envolveu, além da própria PF, uma força-tarefa do Ministério Público Federal, a Receita Federal do Brasil, entre outros órgãos públicos. Durante a operação, destacou-se o então juiz federal Sérgio Moro, responsável pela 13ª Vara Federal de Curitiba-PR (que se tornou uma espécie de foro universal para todos os temas minimamente relacionados à Lava Jato).

Ao mesmo tempo em que as investigações da Operação Lava Jato se desenvolveram e chegaram a importantes empresas (como a Petrobrás e diversas empreiteiras) e políticos de diversos partidos (inclusive o ex-presidente Lula, senadores, deputados, governadores, entre outros), o juiz Sérgio Moro e os procuradores envolvidos no caso tornaram-se celebridades instantâneas, associados à imagem de combate à corrupção.

A Operação Lava Jato tornou-se uma espécie de escudo comum, que unificava as diferentes pretensões das “novas direitas”<sup>19</sup>. Assim, a oposição extrainstitucional passou a ter um pé na institucionalidade (ainda que, em tese, o Judiciário, a PF e o MPF não façam oficialmente parte do sistema político).

A partir do segundo mandato da presidenta Dilma Rousseff (que seria de 2015 a 2018), a pressão social liderada pelas “novas direitas” (que canalizaram as energias do caldo de junho de 2013), em conjunto com a Lava Jato, conseguiu emparedar o sistema político<sup>20</sup>. A Lava Jato em particular impediu o sistema partidário tradicional de retomar o controle da política do Brasil<sup>21</sup>.

Com isso, apesar de o controle do sistema político pelo modelo tradicional estar inviabilizado, este se recusou a abrir o sistema para a entrada de novas forças (por exemplo, todas as propostas efetivas de reforma política divulgadas em 2013 foram esquecidas rapidamente), o que impediu a formação de um polo de poder alternativo<sup>22</sup>. Como reação, as

---

<sup>18</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 127.

<sup>19</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 131.

<sup>20</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 132.

<sup>21</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 16.

<sup>22</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 130.

novas forças políticas evoluíram de uma oposição extrainstitucional e tornaram-se antissistema como um todo (não apenas contra os partidos políticos de situação, mas contra todo o sistema político)<sup>23</sup>.

A partir da eleição do deputado Eduardo Cunha como presidente da Câmara dos Deputados, estabeleceu-se um verdadeiro cabo de guerra entre o núcleo mais conservador do sistema político contra a Lava Jato<sup>24</sup>. Como bode expiatório, o sistema aprovou o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, tentando canalizar contra o PT todas as energias das novas forças<sup>25</sup>, com apoio do STF e da Procuradoria-Geral da República<sup>26</sup>.

Ao assumir a presidência da República, o então vice-presidente Michel Temer (representante do “Centrão”)<sup>27</sup> tenta retomar o controle do sistema político<sup>28</sup>, mas se torna alvo direto da Lava Jato, que permanece acuando o sistema e impedindo qualquer arranjo de estabilidade<sup>29</sup>. Tudo isso com apoio decisivo do STF, como apoiador da oposição extrainstitucional<sup>30</sup>. Mas, mesmo assim, a Lava Jato não conseguiu derrubar o presidente Michel Temer<sup>31</sup>.

O resultado foi que, ao final de 2018, a Lava Jato conseguiu apenas garantir a instabilidade política, mas as “novas direitas” foram incapazes de se organizar institucionalmente e apresentar um candidato presidencial com viabilidade eleitoral. Na falta de um candidato próprio, toda a energia destas novas forças foi canalizada para o deputado federal de extrema-direita Jair Bolsonaro, uma figura pouco relevante do baixo clero da Câmara dos Deputados, que, apesar de ocupar cargos legislativos desde 1989, possuía apagada atuação parlamentar concreta (ou seja, não era nem de longe uma figura antissistema, mas um produto de tudo que as novas forças diziam combater). Com a prisão de Lula pela Lava Jato e sua inelegibilidade (mantidas pelo STF e TSE), Bolsonaro foi eleito em 2018.

---

<sup>23</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 131.

<sup>24</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 161.

<sup>25</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 175-176.

<sup>26</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 133.

<sup>27</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 169.

<sup>28</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 177.

<sup>29</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 179.

<sup>30</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 178.

<sup>31</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 15.

### 1.2.1. O STF e a Operação Lava Jato

Hoje a Operação Lava Jato ainda conta com apoiadores fiéis, mas também é alvo de muitas críticas no meio jurídico, especialmente após a adesão do ex-juiz Sérgio Moro ao governo Bolsonaro e as revelações de conversas impróprias entre ele e os procuradores federais da força-tarefa (o escândalo conhecido como “Vaza-Jato”)<sup>32</sup>. O próprio STF, em 2021, viria a anular diversas decisões da Lava Jato (incluindo a condenação de Lula)<sup>33</sup>.

Apesar disso, entre 2014 e 2019, o STF forneceu decisivo apoio à operação Lava Jato<sup>34</sup> e serviu de “bastião de sustentação da oposição extrainstitucional”<sup>35</sup>. Em especial, o STF agiu de forma bastante política<sup>36</sup> e, tal qual a Lava Jato, atuou como se coubesse a ele “purificar” o sistema político em crise.<sup>37</sup>

Com isso, o STF atuou abertamente contra o Poder Legislativo, seja pela prisão de senadores (em especial Delcídio do Amaral, então líder do governo Dilma no Senado), com o afastamento de parlamentares de seus mandatos eletivos (Eduardo Cunha e Aécio Neves) ou ainda por interferências na presidência das duas casas legislativas (afastamento de Eduardo Cunha e Renan Calheiros, das presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente).

Ao mesmo tempo, o STF também atuou abertamente contra o Poder Executivo, seja por omissão no *impeachment* de Dilma Rousseff, seja por ação quando impediu a posse de Lula como ministro chefe da Casa Civil de Dilma e de Cristiane Brasil como ministra do trabalho de Temer. Por fim, o STF manteve a prisão e inelegibilidade de Lula nas eleições de 2018, das quais era o incontestado líder em todas as pesquisas.

---

<sup>32</sup> AS mensagens secretas da Lava Jato. **The Intercept Brasil**. Disponível em <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>. Acesso em 28 abr. 2023.

<sup>33</sup> FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. Fachin anula condenações de Lula relacionadas à Lava Jato; ex-presidente volta a ser elegível. **G1**. Brasília, 08 mar. 2021.

<sup>34</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 53.

<sup>35</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 178.

<sup>36</sup> NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022, p. 178.

<sup>37</sup> Existem outras interpretações sobre o papel do STF no período. Por exemplo, Martonio Mont’Alverde Barreto Lima entende que o STF não foi necessariamente um ator ativo, mas que se omitiu na defesa da Constituição, permitindo uma “ruptura sem ruptura” para garantir a volta ao poder dos grupos que não tinham comprometimento com o programa transformador da Constituição de 1988 (cf. LIMA, Martonio Mont’Alverde Barreto. **Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 48 e 38).

Em suma, se a Lava Jato abriu o caminho para a eleição de Bolsonaro em 2018, esta dificilmente teria ocorrido sem o decisivo apoio do STF no período anterior.

### 1.3. Objetivo da tese

Diante do exposto, o objetivo desta tese é analisar o papel do STF na crise da democracia entre 2015 a 2018, que levou à ascensão de Jair Bolsonaro. Por se tratar de uma tese em Direito, o julgamento da atuação STF será fundamentado em uma análise jurídica de suas posições. O tema possui múltiplas possibilidades de abordagens, sendo possível analisar juridicamente as ações e omissões do STF com relação ao *impeachment* de Dilma Rousseff, a falta de reação da Suprema Corte às arbitrariedades cometidas pela Operação Lava Jato, a engenharia que permitiu prisão (e inelegibilidade) de Luiz Inácio Lula da Silva (candidato que na eleição de 2018 liderava em todos os cenários), entre outros.

Diante da multiplicidade de opções, optamos por selecionar o tema que nos pareceu o menos polarizado politicamente, uma vez que atingiu personagens dos mais diversos espectros da política brasileira da época: a separação dos Poderes (cláusula-pétrea da Constituição), com destaque para dois de seus elementos, (i) a formação independente e (ii) a auto-organização e estruturação interna básica independente dos Poderes.

#### 1.3.1. Hipóteses

As hipóteses levantadas neste trabalho são as seguintes:

- a) As chamadas cláusulas pétreas da Constituição de 1988 (art. 60, § 4º, incisos) são os princípios estruturais do Estado Brasileiro (forma federativa do Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes; e direitos fundamentais) e possuem individualmente a estrutura de normas-princípios<sup>38</sup> e assim devem ser interpretadas. No entanto, diferente dos direitos fundamentais (cujo núcleo essencial é relativo) cada um dos demais princípios estruturais do Estado Brasileiro (incluindo a separação dos Poderes) possui um núcleo essencial absoluto, mas que evolui historicamente. Sendo assim, analisado a partir da dimensão

---

<sup>38</sup> Mandamentos de otimização, ou seja, uma norma cujo conteúdo deontico deve ser aplicado na maior medida do possível, podendo ser satisfeitas em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas ou jurídicas (direitos e deveres *prima facie*). Diferente das normas-regra, que são de mandamentos definitivos, com aplicação por subsunção (tudo ou nada), cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

objetiva<sup>39</sup>, o princípio da separação dos Poderes possui um núcleo absoluto-dinâmico<sup>40</sup>, cuja identificação pode ser feita a partir da análise da doutrina (política e jurídica), do direito positivo (as diversas constituições brasileiras) e da jurisprudência (em especial do próprio Supremo Tribunal Federal);

- b) Entre 2015 e 2018, os ministros do Supremo Tribunal Federal proferiram decisões que violaram o núcleo essencial do princípio da separação dos Poderes (particularmente infringindo o critério da correção funcional). Tais violações não encontram respaldo nem na doutrina (inclusive na obra dos próprios ministros) e nem na jurisprudência do STF (além disso, os votos dos ministros não justificam satisfatoriamente tal falta de coerência<sup>41</sup>).

### 1.3.2. Metodologia

A abordagem metodológica deste trabalho será essencialmente a dogmática jurídica nos termos propostos por Alexy e Dreier (analítica, empírica e normativa)<sup>42</sup>. Pela abordagem analítica será investigado o conceito jurídico de separação dos Poderes, sua evolução histórica, bem como seus limites, elementos e institutos. Tal investigação recairá sobre textos políticos, filosóficos, obras da ciência política e do direito constitucional.

O conceito jurídico de separação dos Poderes também está intimamente inter-relacionado com o conceito das competências de cada um dos Poderes, não apenas quanto à função principal de cada um deles (executiva, legislativa e jurisdicional), mas também outros elementos necessários ao seu exercício independente (*i.e.* orçamento, estrutura, organização interna, servidores e integrantes) e harmônico (no que cada um dos Poderes interfere e/ou colabora com as atividades dos demais).

A abordagem analítica ainda auxiliará a sistematização de conceitos integrantes das principais teorias da herméutica constitucional, bem como as técnicas desenvolvidas por elas para a interpretação da Constituição Federal. Desse modo, será necessário firmar os conceitos e ferramentas utilizados nas principais decisões relacionadas ao tema, como a compreensão das

<sup>39</sup> Conforme seu significado para a vida social (todos ou a maior parte dos indivíduos); MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich. **Das Bonner Grundgesetz**. 2ª ed., Berlin: Vahlen, 1957. *apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>40</sup> Absoluto no sentido de que o núcleo é intransponível em qualquer tipo de situação (sem exceções), mas dinâmico no sentido que evolui historicamente. Cf. DREWS, Claudia. **Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19, II, GG**. Baden-Baden: Nomos, 2005.

<sup>41</sup> A fundamentação de suas decisões não enfrenta a jurisprudência anterior e em raros casos busca dialogar com os votos dos demais ministros.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

normas com estrutura de princípio, seu núcleo essencial e as possíveis dimensões deste (objetiva/subjetiva, absoluta/relativa, dinâmica/estática).

Pela abordagem da dimensão empírica será feita a avaliação do direito positivo, com atenção especial para a Constituição Federal de 1988. Além disso, haverá o exame de como tem sido, na prática, a relação entre os três Poderes durante o período inaugurado pela Constituição de 1988, com destaque para as ações e decisões do Supremo Tribunal Federal.

Pela abordagem da dimensão normativa será feita a crítica da atuação do STF em diversos momentos cruciais da recente história jurídica e política do Brasil, demonstrando infrações deste Poder ao núcleo essencial e intangível do princípio da separação dos Poderes, bem como inconsistências na forma de julgar ou incoerências argumentativas e/ou técnicas em decisões sobre o tema. Apontaremos aquela que entendemos ser a resposta correta aos casos selecionados.

### 1.3.3. Estrutura da tese

Esta tese é estruturada a partir da análise jurídica da norma-princípio da separação dos Poderes e a determinação de seu conteúdo e elementos (parcialmente), para depois confrontar tais informações com as decisões do STF entre 2014 e 2018.

No capítulo dois analisaremos a cláusula específica da Constituição Federal de 1988 que contém a norma-princípio da separação dos Poderes. Para tal, justificaremos a estrutura da norma-princípio da separação dos Poderes como possuidora de um núcleo absoluto-dinâmico. O objetivo deste capítulo é dar embasamento lógico e científico ao conceito jurídico de separação dos Poderes e permitir a identificação de um núcleo essencial deste conceito (e que seja adequado à atual realidade política e social brasileira e condizente com as mudanças ocorridas na cultura e prática jurídica-institucional dos últimos anos). Trata-se de um capítulo teórico e hermenêutico, cuja leitura pode ser bastante árida.

Para completar o conteúdo do núcleo essencial da separação dos Poderes, será necessário analisar a origem e evolução histórica do conceito (o que será feito no capítulo três) e a forma como tal princípio foi recebido pelo Direito Constitucional no Brasil, tanto no aspecto positivo (no texto das diversas constituições) quando no entendimento sobre o tema (na prática social e política) (o que será objeto do capítulo quatro).

No terceiro capítulo realizaremos o estudo de obras doutrinárias buscando estabelecer um conceito jurídico atual de separação dos Poderes. Partiremos da análise de obras filosóficas (Aristóteles, John Locke, Rousseau, Madison, Montesquieu, entre outros) que originalmente

embasaram o conceito de separação dos Poderes, buscando identificar os parâmetros desta teoria. Também apresentaremos uma pesquisa histórica sobre como tal conceito foi aplicado na prática (por exemplo, durante a Revolução Francesa e a Independência dos EUA) e qual foi a sua evolução, chegando aos dias atuais.

No quarto capítulo avaliaremos a forma concreta como a separação dos Poderes é tratada pela Constituição de 1988 e pelo atual ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Analisaremos a construção de um conceito próprio de separação dos Poderes pela realidade brasileira, avaliando a evolução do tema pelas diferentes constituições adotadas no Brasil, até chegar à própria Constituição Federal de 1988.

No capítulo cinco, iremos tratar especialmente do STF e seu papel atual como corte constitucional. Trata-se de uma análise da transformação sofrida pelo Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988, e a forma como este apropriou-se de suas novas competências desde a promulgação da Carta Magna. Analisaremos algumas das teorias adotadas pelo STF para fundamentar algumas de suas atitudes, à luz do novo constitucionalismo latino-americano.

No sexto capítulo, confrontaremos as decisões selecionadas de modo a verificar se houve violação do núcleo essencial da norma-princípio da separação dos Poderes pelo STF. Seleccionamos, entre 2015 e 2018, decisões que geraram tensões nas relações entre o STF e os demais Poderes e que guardam relação com o princípio da separação dos Poderes. Em cada uma das decisões buscaremos identificar se a decisão do STF respeitou o núcleo essencial do princípio da separação dos Poderes (em especial o critério da Correção Funcional), mas também se a decisão do STF é coerente com sua própria jurisprudência sobre o tema (quando há) e se a posição de cada um dos ministros é coerente com suas manifestações anteriores e com suas obras teóricas. Além da crítica do conteúdo em si de cada uma das decisões, também buscaremos identificar os reflexos mais evidentes de cada uma delas e as reações dos demais Poderes.

Por fim, na conclusão, contextualizaremos se existe fundamento jurídico para as atitudes do STF que intensificaram a crise institucional brasileira entre 2015 e 2018. Faremos uma avaliação crítica de sua postura (ora usurpadora, ora omissa) com relação ao conflito entre os Poderes. Partindo desta perspectiva também avaliaremos quais os reflexos destes desequilíbrios para a separação dos Poderes.

## 2. MODELO TEÓRICO

A tese central deste trabalho é que o Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões proferidas entre 2015 e 2018, violou o princípio da separação dos Poderes. Neste capítulo iremos apresentar um modelo teórico para fundamentar esta análise. Partiremos do conceito de que o princípio da separação dos Poderes é um dentre vários princípios estruturantes da República Federativa do Brasil (ou seja, um tipo particular de norma constitucional). Enquanto princípio estruturante, a separação dos Poderes possui certa maleabilidade, mas também possui um núcleo essencial que não pode ser violado (nem mesmo pelo STF). O núcleo essencial da separação dos Poderes, ainda que varie no tempo, pode ser determinado a partir de um conjunto de características semânticas, históricas e sistêmicas.

### 2.1. Princípios como espécies de normas constitucionais

Partimos de uma perspectiva normativa<sup>43</sup> sob a qual a Constituição é concebida, nas palavras de José Joaquim Canotilho<sup>44</sup>, como um sistema normativo aberto de regras e princípios. Trata-se de um sistema normativo jurídico porque é composto por normas jurídicas<sup>45</sup>. É importante estabelecer que entendemos por normas jurídicas as proposições prescritivas que estabelecem uma relação deôntica com uma hipótese de incidência e um consequente (“se A, então deve ser B”<sup>46</sup>). Assim, as proposições não se confundem com o texto da norma, mas partem dele. Trata-se de um sistema aberto, porque ainda que composto por normas jurídicas, estas possuem a capacidade de aprenderem e de se adaptarem à realidade social na qual estão inseridas<sup>47</sup>.

Assim sendo, as normas constitucionais podem ser de duas naturezas: regras ou princípios. Diversos autores apresentam critérios para a distinção entre regras e princípios, como o grau de abstração (princípios seriam normas com elevados graus de abstração, enquanto

---

<sup>43</sup> Existem outras perspectivas a partir da qual a Constituição pode ser estudada. Por exemplo, Ferdinand Lassalle apresenta uma concepção sociológica, na qual se estuda os fatores reais de poder na Constituição. Carl Schmitt tem uma visão política, na qual a Constituição é uma decisão do titular da soberania. Já para José Afonso da Silva e Meirelles Teixeira a Constituição é uma representação cultural de uma realidade social.

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 1143.

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 1143.

<sup>46</sup> Em linguagem lógica:  $Ax \rightarrow Bx$ .

<sup>47</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 1143.

as regras seriam concretas); determinabilidade (princípios seriam vagos e indeterminados, dependendo de concretização intermediada por outros agentes, enquanto as regras seriam aplicáveis diretamente); fundamentabilidade (princípios teriam papel mais fundamental e estruturante na hierarquia do sistema em comparação às regras); proximidade da ideia de direito (princípios estariam mais vinculados às ideias de justiça e direito, enquanto as regras seriam meramente funcionais); e natureza normogenética (princípios seriam a base e o fundamento das regras)<sup>48</sup>.

Em particular, acompanhamos o entendimento de Ronald Dworkin<sup>49</sup>, que identifica como principal diferença entre regras e princípios a forma de sua aplicação, ou seja, é uma diferença de natureza lógica. Enquanto as regras seriam normas que se aplicam via subsunção, os princípios seriam normas que se aplicam via sopesamento<sup>50</sup>. Seguindo este entendimento, as regras são aplicadas ou não são (*all-or-nothing*), sem meios-terms. Isso quer dizer, configurada a hipótese descrita em uma norma-regra válida para um determinado caso, então sua consequência deve ser aplicada em sua plenitude (eventualmente, a própria regra pode conter uma possibilidade de graduação de sua consequência, desde que prevista na própria regra). A consequência de uma norma-regra somente deixará de ser aplicada se, apesar de configurada a hipótese, ela não for válida para o caso (isto posto, não será aplicada de forma alguma). Em suma, dado um caso concreto, ou a norma-regra é totalmente aplicável (válida) ou é absolutamente inaplicável (inválida)<sup>51</sup>. Dito isto, quando duas (ou mais) normas-regras entram em conflito em um caso, apenas uma delas será válida e totalmente aplicável<sup>52</sup>.

Por sua vez, as normas de princípios têm uma dimensão de peso, podendo ser sopesadas. Isto significa que as várias normas principiológicas podem ser aplicadas ao mesmo caso, limitando-se sem anular as validades umas das outras<sup>53</sup>. Neste aspecto, Robert Alexy<sup>54</sup> apresenta o entendimento de que princípios são mandamentos de otimização, são normas que devem ser aplicadas na maior medida do possível, mas que podem ser limitadas por aspectos concretos ou até mesmo por outras normas. Assim, quando duas (ou mais) normas de princípio colidirem, elas deverão ser sopesadas. É importante observar que o sopesamento de normas de princípios pressupõe a adoção da chamada teoria externa, o que será explicado na seção 2.1.1.

<sup>48</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 1144.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>50</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 46.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

<sup>54</sup> ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

Também existe a possibilidade de conflitos entre uma norma-regra e uma norma-princípio. Neste caso, a priori prevaleceria a norma-regra, uma vez que esta já seria o resultado de um sopesamento entre normas-princípio realizado pelo Poder Legislativo<sup>55</sup> (o que não impediria, em tese, que o Judiciário avaliasse também a constitucionalidade deste sopesamento, caso em que a norma-regra poderia ser validada, confirmando sua prevalência, ou excluída do sistema por ser inconstitucional ao violar a norma-princípio).

#### 2.1.1. Teoria interna e externa das normas de princípios

Existem dois enfoques possíveis para explicar a relação entre as normas de princípios e seus limites/restrições: a teoria interna e a teoria externa. A teoria interna compreende a existência de um único objeto: o princípio e seus limites são uma coisa só (una)<sup>56</sup>. Assim, os limites de um princípio são estabelecidos internamente e não por fatores externos. Uma vez estabelecidos os limites do princípio para um caso, ele nunca poderá ser aplicado em medida maior em outras situações (estaria ultrapassando seus limites). A adoção da teoria interna, por si só, já é incompatível com o sopesamento (que é exatamente um processo pelo qual um princípio limita outro).

Já a teoria externa compreende a existência de dois objetos separados: o princípio em si e as restrições. As restrições seriam estabelecidas externamente, o que permite que o princípio possa ser restringido em seu exercício, mas preservando em seu conteúdo. O mesmo princípio que foi restringido em dada situação, poderá em situações diferentes ser aplicado em outra medida, maior ou menor, uma vez que seu limite não é imanente, mas estabelecido a partir de fatores externos.

Conforme exposto, acompanharemos a doutrina pela qual os princípios são espécies de normas jurídicas, cujo elemento distintivo das regras (outra espécie de norma) é a forma de aplicação como “mandamentos de otimização”<sup>57</sup> (normas que devem ser aplicadas na maior medida do possível). Este entendimento somente é possível a partir da adoção da teoria externa, na qual os limites ao princípio decorrem de fatores externos.

---

<sup>55</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52.

<sup>56</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128.

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

## 2.2. Princípios Estruturantes na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é bastante axiológica, contendo não apenas regras, mas também diversos princípios (dos mais variados matizes). Tais princípios se originam não apenas de referências expressas no texto constitucional (por exemplo, no Título I – Dos Princípios Fundamentais, art. 34, VII, art. 37, entre muitos outros), mas também da interpretação de suas disposições (os direitos e garantias fundamentais, por sua estrutura lógica, são normas de princípios independente desta indicação literal).

Ainda que não haja hierarquia formal entre as normas constitucionais, existe um conjunto de princípios que estabelecem os parâmetros básicos do funcionamento do Estado, os chamados princípios estruturantes. É a partir de tais princípios estruturantes que as outras normas constitucionais (regras e princípios) são desenvolvidas, como forma de complementar e fornecer maior densidade aos princípios estruturantes<sup>58</sup>.

Os princípios estruturantes também estão relacionados diretamente ao regime político adotado pela Constituição, a democracia.<sup>59</sup> Ocorre que a democracia não se resume simplesmente ao governo da maioria ou ao voto periódico, mas a um conjunto de características que permitem a proteção das minorias, a fiscalização e o controle do exercício do poder, entre outros mecanismos chamados genericamente de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Em suma, a efetiva democracia depende da conjunção de todos estes elementos (Yascha Mounk<sup>60</sup> sugere que uma democracia sem o sistema de freios e contrapesos é uma “democracia sem direitos” e que em um regime cujo sistema de freios e contrapesos não é respeitado há um enfraquecimento excessivo do exercício do governo da maioria, resultando em direitos sem democracia).

Estes elementos essenciais do regime político, os princípios estruturantes, podem ser identificados a partir de diversas disposições do texto da Constituição (CB88, art. 1º, *caput*, parágrafo único, art. 2º, art. 5º, art. 7º, art. 14, art. 18 etc.), seja de forma mais abstrata, seja de forma mais concreta. Há ainda uma proteção excepcional para alguns destes princípios com as

---

<sup>58</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1157.

<sup>59</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 164.

<sup>60</sup> MOUNK, Yascha. **O povo Contra a Democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Edição do Kindle. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 25.

chamadas cláusulas pétreas (CB88, art. 60, §4º), que consideram limitações materiais ao poder de reforma da Constituição<sup>61</sup>:

Art. 60. ....

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Da simples leitura desta disposição compreende-se que nenhum dos quatro princípios selecionados (a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais) pode ser abolido mediante emenda constitucional. Note que a redação do referido dispositivo é bastante dura, uma vez que proíbe a sequer a “deliberação” sobre os referidos temas (não proíbe apenas a provação)<sup>62</sup>.

Como já foi bastante explorado pela doutrina, não são vedadas apenas as emendas que explicitamente propõem abolir qualquer um destes princípios, como também aquelas que tendam nesta direção. Desta feita, são vedadas as emendas que prejudiquem conceitualmente as cláusulas pétreas, seja por descaracterizá-las, enfraquecê-las ou restringi-las, no sentido de sua abolição (ainda que tal abolição, em um primeiro momento, seja remota)<sup>63</sup>.

José Afonso da Silva<sup>64</sup> exemplifica tais situações desta forma:

Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de autoadministração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica *tendência* a abolir a forma federativa do Estado. Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação de Poderes.

Isso não quer dizer que o modelo inicialmente idealizado pelo constituinte sobre estes quatro temas seja imutável, apenas que não podem ser descaracterizados conceitualmente. Logo, identificamos na Constituição Federal de 1988 a questão do conteúdo essencial inviolável no que se refere aos direitos fundamentais, mas também ao princípio da federação, ao princípio democrático (neste caso, consubstanciado no voto direto, secreto, universal e periódico), ao

<sup>61</sup> BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

<sup>62</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 308.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67.

<sup>64</sup> Grifo do autor. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67.

princípio da separação dos Poderes e aos direitos e garantias fundamentais<sup>65</sup> (cada um deles entendido como um princípio em si).

Enfim, da mesma forma que as cláusulas pétreas limitam a atuação do Poder Legislativo (na titularidade da função de revisão constitucional), também limitam a atuação dos demais Poderes (Executivo e Judiciário), de modo que nenhum deles pode atuar no sentido de violar o conteúdo essencial daqueles princípios. Diante destas considerações, entendemos que a separação dos Poderes é um princípio constitucional: uma norma jurídica com origem na Constituição Federal de 1988, cuja estrutura exige que este princípio seja realizado na maior medida do possível (mandamento de otimização) e limitado por fatores externos, desde que preservado seu conteúdo essencial.

### **2.3. Estrutura Lógica dos Princípios Estruturantes**

Em maior ou menor grau de abstração, o princípio da separação dos Poderes pode ser identificado a partir de diversos aspectos do texto constitucional, incluindo o artigo 60, Parágrafo 4º, inciso III, que impede a proposta de emenda tendente a aboli-lo (assim como impede qualquer atuação dos Poderes do Estado no sentido que viole o conteúdo essencial daquele princípio).

Em outras palavras o artigo 60, Parágrafo 4º, inciso III, da Constituição, pode ser formulado logicamente da seguinte maneira: “se o ato A violar o princípio constitucional da separação dos Poderes, então deve ser aplicada a consequência jurídica B” (se A, então deve ser B). Neste caso, o “ato A” pode ser tanto uma proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes, quanto qualquer outra atividade do Estado que viole a separação entre eles, seja por ação ou omissão. Por sua vez, a “consequência jurídica B” é a declaração de inconstitucionalidade do ato e as repercussões desta declaração, como, por exemplo, a interrupção do trâmite de uma emenda, a vedação da prática de “ato A” (ou, na hipótese de o “ato A” ser omissivo, a determinação para se pratique uma conduta), a declaração de nulidade de uma situação, entre outros.

Conforme visto anteriormente, por se tratar de um princípio, a separação dos Poderes é um mandamento de otimização, devendo ser realizado na maior medida do possível, mas também podendo ser limitada por fatores externos, inclusive por outras normas. Disso conclui-

---

<sup>65</sup> Ainda que o art. 60, § 4º, IV, refira-se aos “direitos e garantias individuais”, acompanhamos diversos doutrinadores que reconhecem que esta formulação precisa ser compreendida como direitos e garantias fundamentais.

se que as atividades dos Poderes do Estado podem efetivamente interferir na separação entre eles e, inclusive, limitar tal separação em certa medida, desde que haja fundamento constitucional para essa limitação. Havendo tal fundamentação, a intervenção na separação dos Poderes não implicará em violação ao princípio.

Assim, a formulação elaborada anteriormente precisa ser desenvolvida de forma mais detalhada para explicitar que o princípio da separação dos Poderes não é absoluto e pode ser limitado, desde que haja fundamento constitucional. Esta fundamentação poderia ser assim detalhada:

“Se o ato A interferir no princípio da separação dos Poderes (sem que haja fundamento constitucional para tal), então deve ser aplicada a consequência jurídica B”<sup>66</sup>.

Ainda que um princípio, como é o caso da separação dos Poderes, seja um mandamento de otimização e deva ser realizado na maior medida do possível, existe um grau máximo para tal expansão, que é o chamado “suporte fático”<sup>67</sup>. Da mesma forma, para que este mesmo princípio possa ser restringido por fatores externos, existe um grau máximo para tal restrição, que é o chamado “conteúdo essencial”<sup>68</sup>. Abordaremos a seguir a amplitude destas duas dimensões: suporte fático e conteúdo essencial.

## 2.4. Suporte fático amplo ou restrito

A amplitude do suporte fático refere-se à hipótese de incidência da norma jurídica, ou seja, o conjunto de situações que desencadeia uma consequência jurídica. Conforme visto na seção 2.1, toda norma jurídica possui uma hipótese de incidência e um consequente, sendo que o consequente deve ser realizado quando configurada alguma situação prevista na hipótese. Na formulação detalhada na seção 2.3, se o ato A interferir no princípio da separação dos Poderes (sem que haja fundamento constitucional para tal), então deve ser aplicada a consequência jurídica B, a hipótese de incidência é a primeira parte da formulação: “se o ato A interferir no princípio da separação dos Poderes (sem que haja fundamento constitucional para tal) [...]”. Assim, o consequente é a segunda parte da formulação: “[...] então deve ser aplicada a consequência jurídica B”. Ocorre que a hipótese de incidência desta formulação “se o ato A

<sup>66</sup> Em linguagem lógica, Virgílio Afonso da Silva sugere a seguinte formulação para detalhar este entendimento:  $(x) (APx \wedge \neg FC(IE_x) \rightarrow OCJx)$ . Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.75.

<sup>67</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 67.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 296.

interferir no princípio da separação dos Poderes (sem que haja fundamento constitucional para tal) [...]” pode ser decomposta em dois elementos<sup>69</sup>:

- a) âmbito de proteção (AP): o que se protege; e
- b) intervenção (IE) com ausência de fundamento constitucional (FC): contra o que se protege.

#### 2.4.1. Âmbito de Proteção

O **âmbito de proteção (AP)** refere-se diretamente ao “bem protegido” em si (no nosso exemplo, trata-se do princípio da separação dos Poderes). O âmbito de proteção pode ser amplo ou restrito e comporta qualquer “ação, fato, estado ou posição jurídica que tenham qualquer característica que isoladamente considerada”<sup>70</sup> possua alguma relação ou pertinência temática com o bem protegido. Por sua vez, o âmbito de proteção restrito, pressupõe ser “necessária alguma forma de ‘triagem’ prévia que exclua”<sup>71</sup> algumas ações, fatos, estados ou posições jurídicas que sabidamente não estariam protegidas (ou seja, no caso do âmbito de proteção restrito, não haveria necessidade de discutir a fundamentação constitucional da intervenção, pois o bem sequer estaria sob o âmbito de proteção).

Para ilustrar a questão da amplitude do âmbito de proteção, podemos usar como exemplo a nomeação de ministros de Estado pelo presidente da República (CB88, art. 84, I). Se o âmbito de proteção for amplo, qualquer intervenção sobre a nomeação de ministros de Estado pelo presidente também deve ser analisada sob o prisma da separação dos Poderes. Por outro lado, se o âmbito de proteção for restrito, algumas condutas são previamente excluídas do âmbito de proteção da separação dos Poderes (por exemplo, a nomeação de ministro com desvio de finalidade) e por isso não haveria necessidade de serem analisadas sobre este prisma. Vale esclarecer que a adoção de âmbito de proteção amplo não significa que a conclusão automática da análise seja pela inconstitucionalidade de qualquer intervenção, apenas pressupõe a necessidade de enfrentamento do tema sob o prisma da separação dos Poderes.

Oras, se um princípio é um mandamento de otimização, a ser realizado na maior medida do possível, limitado apenas por fatores externos, concluímos que é mais coerente a adoção de

<sup>69</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 74-76.

<sup>70</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 72-73.

<sup>71</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 73.

um âmbito de proteção amplo, sem a exclusão prévia de condutas. Desta forma, qualquer decisão que envolva o tema relacionado à separação dos Poderes deve ser enfrentada sob este prisma (mas não apenas), de modo que qualquer intervenção precise de fundamentação constitucional (seja uma regra ou até mesmo outro princípio, mas sempre constitucional). Não se trata de mera filigrana, mas sim de colocar o princípio da separação dos Poderes em seu nível hierárquico adequado e explicitar o fundamento de qualquer limitação.

#### 2.4.2. Intervenção sem fundamentação Constitucional

O segundo elemento do suporte fático (intervenção sem fundamentação constitucional), por sua vez, também pode ser decomposto em duas partes: intervenção e ausência de fundamentação constitucional.

##### 2.4.2.1. Intervenção

A **intervenção (I)** pode ser qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, de qualquer forma, interfira no bem protegido (separação dos Poderes). A intervenção também pode ser definida de forma ampla ou restrita<sup>72</sup>. A intervenção definida de forma ampla requer que qualquer interferência seja objeto de análise. Por sua vez, a intervenção definida de forma restrita dispensaria a análise em situações nas quais a intervenção implicasse em “mera regulamentação”<sup>73</sup>, por não prejudicar o conteúdo do bem protegido.

De fato, existem situações em que uma determinada intervenção no princípio da separação dos Poderes pode constituir mera regulamentação. Inclusive, por se tratar de um princípio, existe uma ampla margem de conformação, cuja competência cabe, em especial, ao Poder Legislativo, e que não significaria qualquer forma de violação da separação dos Poderes (a cláusula pétrea veda a abolição do princípio, mas não determina sua absoluta imutabilidade).

Mas a questão é: como diferenciar uma mera regulamentação que não prejudica o conteúdo da separação dos Poderes de uma regulamentação que o prejudica? A resposta a esta questão é relativamente simples: é necessário identificar uma fundamentação constitucional para a intervenção (mesmo que seja uma mera regulamentação) e atestar que não houve

---

<sup>72</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 75.

<sup>73</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 100.

violação do conteúdo essencial. Desta forma concluímos que a intervenção também deve ser definida de forma ampla, ou seja, qualquer interferência, na separação dos Poderes dependerá da fundamentação (inclusive a mera regulamentação).

#### 2.4.2.2. Ausência de Fundamentação Constitucional

Já vimos que nem toda intervenção no princípio da separação dos Poderes é vedada, mas apenas aquelas que não têm **fundamentação constitucional (FC)**. Dessa forma, a expedição de um decreto do Poder Executivo para regulamentar a fiel execução de uma lei (CB88, art. 84, IV), ainda que seja uma intervenção em atividade precípua do Poder Legislativo, possui uma fundamentação constitucional expressa e, por conta disso, não implica em violação à separação dos Poderes. Da mesma forma, existem situações nas quais o princípio da separação dos Poderes pode colidir com outros princípios constitucionais, hipótese em que, por terem a mesma hierarquia, seria necessário o sopesamento com a limitação de algum deles. Acontece que, dado o disposto no artigo 60, Parágrafo 4º, inciso III, tal limitação via sopesamento nunca poderá anular totalmente o princípio da separação dos Poderes, sendo necessário preservar seu conteúdo essencial (o que será explorado na seção 2.5).

#### 2.4.3. Opção pelo suporte fático amplo

Concluímos até aqui que a separação dos Poderes é um princípio, um mandamento de otimização a ser realizado na maior medida do possível, mas que pode ser limitado por fatores externos. Deste modo, qualquer discussão constitucional relacionada à separação dos Poderes deve pressupor um âmbito de proteção amplo (sem a exclusão prévia de condutas), assim como deve considerar que qualquer intervenção (inclusive a mera regulamentação) depende de fundamentação constitucional. Tal fundamentação deve ter hierarquia constitucional<sup>74</sup>, podendo estar estabelecida por meio de uma regra, ou por meio de um princípio. Mas nenhuma fundamentação será válida se violar o conteúdo essencial da separação dos Poderes.

### 2.5. Conteúdo essencial das normas de Princípios

---

<sup>74</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 256.

A teoria dos princípios em grande medida foi desenvolvida com enfoque nos direitos fundamentais. Ocorre que em diversas constituições, com destaque para a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (CA1949, art. 19, 2)<sup>75</sup>; para a Constituição da República Portuguesa (CP1976, art. 18, 3)<sup>76</sup>, para as constituições da Espanha, Estônia, Hungria, Romênia e Eslováquia, consta disposição expressa que faz referência à possibilidade de restrição de direitos fundamentais, tendo como limite seu conteúdo essencial.

Em particular, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil não possui uma norma que expressamente trate do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Apesar disso, conforme exposto anteriormente, este entendimento pode ser deduzido a partir da interpretação das chamadas cláusulas pétreas: não pode ser proposta emenda tendente a abolir tais princípios (tanto os direitos fundamentais, como também o da separação dos Poderes), assim como também não podem os Poderes do Estado atuar no sentido de violar seu sentido conceitual.

Existe um intenso debate jurisprudencial e doutrinário relacionado à questão das restrições aos direitos fundamentais e surgem diversas teorias para estabelecer critérios de determinação do referido conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é o limite intransponível para restrições. A maioria destas teorias pode ser classificada a partir de dois pares conceituais<sup>77</sup>:

- a) enfoque objetivo ou subjetivo; e

---

<sup>75</sup> Art. 19

.....

(2) Em nenhuma hipótese poderá um direito fundamental em seu conteúdo essencial ser atingido.

.....

[Tradução nossa]. Segue abaixo a redação original do artigo completo em alemão:

Artikel 19

(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

Cf. ALEMANHA [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949.**

<sup>76</sup> Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Cf. PORTUGAL. Constituição de Portugal de 1976.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 296.

b) conteúdo essencial absoluto ou relativo.

Na doutrina alemã, a teoria do conteúdo essencial absoluto (com equilíbrio entre os enfoques objetivos e subjetivos) possui mais adeptos do que a teoria do conteúdo essencial relativo (com destaque para Alexy, entre os defensores da teoria relativa, com enfoque subjetivo)<sup>78</sup>. A partir daqui, abordaremos estes dois pares conceituais no que se refere à separação dos Poderes.

#### 2.5.1. Enfoque objetivo ou subjetivo

Todo princípio, incluindo a separação dos Poderes e qualquer de seus elementos, pode ser abordado por dois diferentes enfoques: objetivo ou subjetivo. O enfoque objetivo analisa o princípio conforme o significado que ele tem para toda a sociedade ou ao menos para a maioria dela<sup>79</sup> (ou seja, proteger seu conteúdo essencial é impedir violações que esvaziem seu conteúdo para a maioria das pessoas)<sup>80</sup>. Por sua vez, o enfoque subjetivo é o que analisa o princípio pelo significado que ele tem para o indivíduo que requer a proteção contra uma violação (ou seja, uma posição individual)<sup>81</sup>.

A possibilidade de um enfoque subjetivo faz bastante sentido quando o princípio em questão é um direito fundamental (a teoria foi desenvolvida originalmente pelo Tribunal Constitucional Alemão exatamente para interpretar o art. 19, §2º, da Lei Fundamental Alemã)<sup>82</sup>. No entanto, o controle de constitucionalidade de um princípio estruturante, como é o caso da separação dos Poderes, só poderia ser realizado pelo enfoque objetivo. Concluimos, neste par conceitual, pelo enfoque objetivo.

#### 2.5.2. Conteúdo essencial absoluto ou relativo

O segundo par conceitual relacionado ao conteúdo essencial dos princípios é sobre sua dimensão absoluta ou relativa. Conforme já abordamos anteriormente, um princípio, ainda que deva ser realizado na maior medida do possível, também pode sofrer restrições externas. A

<sup>78</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 183-185.

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 297.

<sup>80</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 185.

<sup>81</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186.

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 296.

questão do conteúdo essencial busca definir qual é o grau máximo que tal restrição pode ser exercida, ou seja, qual é o limite intransponível que nem mesmo o sopesamento com outros princípios constitucionais pode ultrapassar.

#### 2.5.2.1. Conteúdo essencial absoluto (estático ou dinâmico)

O conteúdo essencial absoluto é o entendimento de que existem algumas características de um princípio que nunca podem ser violadas, independentemente da hipótese ou situação. Seria um “limite extremo”<sup>83</sup> ou uma “última área intocável” sem exceções. A adoção de uma teoria absoluta não significa, necessariamente, que o conteúdo essencial também será imutável. À rigor, exatamente quanto a isso, a teoria absoluta se subdivide em duas vertentes: o conteúdo essencial-estático e o conteúdo essencial-dinâmico.

A vertente absoluto-estática compreende que o conteúdo essencial, além de absolutamente inviolável às restrições, também é imutável no tempo. Assim, uma vez identificado o conteúdo essencial de um princípio, ele permanecerá eternamente intangível<sup>84</sup>. A vertente absoluto-dinâmica reconhece que, ainda que o conteúdo essencial seja inviolável (não possa ser relativizado face às circunstâncias), este conteúdo pode variar historicamente<sup>85</sup>. Tal variação do conteúdo essencial do princípio, apesar disso, decorrerá de fatores históricos e não circunstanciais (ou seja, em um dado momento histórico, o conteúdo essencial continuará intransponível em todas as circunstâncias).

#### 2.5.2.2. Conteúdo essencial relativo

Por sua vez, o conteúdo essencial absoluto é o entendimento de que “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”<sup>86</sup>. A teoria relativa, na realidade, pressupõe também o enfoque subjetivo (seção 2.5.1), de modo que o significado do princípio é analisado para o caso concreto e as situações específicas envolvidas. Assim, o sopesamento em uma situação pode definir um conteúdo essencial diferente do que seria definido pelo sopesamento em outra situação. Segundo os defensores desta teoria, quanto mais um princípio é restringido,

<sup>83</sup> Para estas e as aspas seguintes, Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 298.

<sup>84</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 189.

<sup>85</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 188.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 297.

mais resistente ele se torna às restrições, até que não seja mais possível restringi-lo (mas a determinação deste nível máximo de restrição depende sempre de sua relação com outros princípios, ou seja, uma posição relativa)<sup>87</sup>.

### 2.5.3. Opção pelo conteúdo essencial absoluto-dinâmico (enfoque objetivo)

Conforme já indicado na seção 2.5.1, por se tratar de um princípio estruturante, uma análise relacionada ao princípio da separação dos Poderes não pode ser individualizada em sua relação com as partes envolvidas no caso concreto, devendo tal princípio ser sempre compreendido com enfoque objetivo, ou seja, seu significado para a vida social como um todo (para todas as pessoas ou a maioria delas).

A opção pelo enfoque objetivo, por si só já afasta a adoção de um conteúdo essencial relativo. Além disso, entendemos que a opção pelo conteúdo essencial absoluto é efetivamente a mais correta, uma vez que um tema como uma cláusula pétrea<sup>88</sup> deve ser analisado de forma geral, independentemente de especificidades de uma determinada situação concreta. Oras, se não há violação do núcleo essencial em uma determinada situação, então, em outras situações, aquele aspecto não pode ser apontado como parte do conteúdo essencial intangível (uma vez que já foi atingido na primeira situação).

Aqui fazemos um esclarecimento: isso não significa que a violação ao princípio da separação dos Poderes ocorra apenas quando seu conteúdo essencial for atingido, bastando a ausência de fundamentação constitucional para que se configure uma violação (mesmo que o conteúdo essencial seja preservado). Ocorre que a sociedade e as instituições não são imutáveis, sendo que o Direito e, em especial, a Constituição, deve possuir maleabilidade e capacidade de evoluir. Neste sentido, ainda que o conteúdo da separação dos Poderes seja absoluto, ele é dinâmico e varia historicamente. Concluimos desta forma que os princípios estruturantes e a separação dos Poderes entre eles, quando analisados em sua condição de cláusulas pétreas,

---

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 300.

<sup>88</sup> Com relação a este ponto também é necessário um esclarecimento, uma vez que os direitos fundamentais, em abstrato, também são cláusulas pétreas. Segundo a teoria de Robert Alexy, os direitos fundamentais devem ser interpretados como princípios com núcleo essencial relativo, a partir de um enfoque subjetivo. Não discordamos deste entendimento, quando se tratar da análise de casos concretos de violação de direitos fundamentais individualizados e em nível infraconstitucional (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 24). Por sua vez, quando se tratar de um controle de constitucionalidade à nível de cláusula pétrea, entendemos que a única abordagem possível seria um enfoque objetivo e, consequentemente, a identificação de um núcleo essencial absoluto também para os direitos fundamentais.

devem ser entendidos pelo enfoque objetivo e possuem um conteúdo essencial objetivo-dinâmico.

## **2.6. Proposta de um modelo**

Até aqui apontamos que a separação dos Poderes é princípio, ou seja, um mandamento de otimização a ser realizado na maior medida do possível, mas que pode ser limitado por fatores externos. A limitação do princípio da separação dos Poderes deve ter sempre fundamentação constitucional, sendo que nenhuma fundamentação será válida se violar o conteúdo essencial da separação dos Poderes. O conteúdo essencial, sob um enfoque objetivo, é absoluto (não pode ser violado em qualquer circunstância), mas dinâmico (varia historicamente).

Resta agora determinar as características deste núcleo essencial. O modelo que propomos funda-se na identificação (e combinação) de três elementos relacionados à separação dos Poderes:

- a) O conceito doutrinário original de separação dos Poderes e sua evolução histórica;
- b) A estrutura constitucional propriamente dita; e
- c) A prática jurídica efetiva relacionada a separação dos Poderes.

O primeiro elemento é o conceito doutrinário original e sua evolução histórica, cuja análise é necessária porque a separação dos Poderes não é uma criação da Constituição Federal de 1988, mas o resultado de diversas teorias e experiências anteriores, seja no Brasil, seja em outros países. Ainda que tais experiências anteriores não estejam sendo reproduzidas automaticamente pela Constituição Federal de 1988, diversos de seus elementos estavam na mente do constituinte quando incluiu tal princípio no texto constitucional. Um enfoque objetivo requer então que o conceito doutrinário seja utilizado como referência, mas o que não significa um retorno imediato a Montesquieu, pois os conceitos mudam e evoluem historicamente, ainda que guardem referências claras de sua estrutura original.

O segundo elemento é a estrutura constitucional propriamente dita, que também é necessária frente à análise das normas constitucionais relacionadas à separação dos Poderes, sejam regras ou princípios, bem como sua relação com outras normas. Ainda que exista um conceito de separação dos Poderes, existem características muito claras no modelo concreto adotado pela Constituição de 1988. A separação dos Poderes pode ter sido inspirada em

experiências passadas internas e externas, mas o constituinte não se restringiu a fazer referências. A Constituição detalha a atuação dos Poderes, indicando em alguns casos quais os seus limites e possibilidades. Ela é um sistema, que envolve outros princípios que também devem ser considerados na conformação da separação dos Poderes. Em suma, a própria Constituição já determina um modelo específico de separação dos Poderes que não pode ser ignorado (ao contrário, se houver conflito entre o conceito doutrinário e as normas constitucionais, estas prevalecerão sobre aquele).

O terceiro elemento é a prática jurídica efetiva relacionada à separação dos Poderes, ou seja, a jurisprudência e seu exercício pelos Poderes do Estado. Como se sabe, normas jurídicas comportam diversas interpretações divergentes, sendo que a própria atuação dos Poderes, com destaque especial para a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, são um elemento conformador. As práticas e a jurisprudência também servem como referência sobre quais os limites e as possibilidades da separação dos Poderes.

Por mais objetivo e racional que seja nosso modelo, ele ainda é insuficiente para delimitar integralmente o significado do princípio da separação dos Poderes e seu núcleo essencial. Desta forma, não será possível, ao final deste trabalho, concluir com uma descrição completa do núcleo essencial da separação dos Poderes, incluindo uma lista exaustiva de todos os seus elementos e características constitutivas (o que, em particular, teria pouca utilidade, uma vez que o núcleo essencial é dinâmico).

Contudo, por este método é possível fazer a análise de casos concretos, uma vez que, em cada um deles, é possível delimitar quais os elementos e características da separação dos Poderes que estão envolvidos na decisão específica. Por uma questão de metodologia, a aplicação deste modelo pressupõe a seleção prévia de casos a serem analisados. de modo que optamos por casos paradigmáticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais a corte teria interferido na atuação dos Poderes Executivo ou Legislativo (de modo que podemos fazer uma análise crítica das decisões e das fundamentações utilizadas), e em um determinado período temporal (2015 e 2018). Os casos selecionados são os seguintes:

- a) Ação Cautelar nº 4.039/DF (AC 4039)<sup>89</sup>: prisão do senador Delcídio Amaral;

---

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.039/DF** (AC 4039). Decisão monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2015, 25/11/2015.

- b) Mandado de Segurança nº 34.070/DF (MS 34070)<sup>90</sup> e Mandado de Segurança nº 34.071/DF (MS 34071)<sup>91</sup>: suspensão da nomeação do Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil;
- c) Ação Cautelar nº 4.070/DF (AC 4070)<sup>92</sup>: afastamento de Eduardo Cunha do cargo de deputado federal e da função de presidente da Câmara dos Deputados;
- d) Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 402/DF (ADPF 402)<sup>93</sup>: afastamento do senador Renan Calheiros da função de presidente do Senado Federal;
- e) Mandado de Segurança nº 34.609/DF (MS 34609)<sup>94</sup> e Mandado de Segurança nº 4.615/DF (MS 34615)<sup>95</sup>: não-suspensão da nomeação de Moreira Franco como Ministro Chefe da Secretaria-Geral da Presidência;
- f) Ação Cautelar nº 4.329/DF (AC 4329)<sup>96</sup>: afastamento do senador Aécio Neves do mandato parlamentar;
- g) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF (ADI 5526)<sup>97</sup>: aplicabilidade de medidas cautelares a parlamentares;
- h) Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO)<sup>98</sup>: alteração do regime de prerrogativa de foro;
- i) Reclamação nº 29.508/DF (Rcl. 29508)<sup>99</sup>: suspensão da nomeação de Cristiane Brasil como Ministra do Trabalho.

---

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF** (MS 34070). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016.

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.071/DF** (MS 34071). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2016, 05/12/2016.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.615/DF** (MS 34615). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017.

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática. Relator: Edson Fachin. Brasília, 2017, 18/05/2017.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018.

### 3. SEPARAÇÃO DOS PODERES NA DOUTRINA E NA HISTÓRIA

A separação dos Poderes não é uma criação da Constituição Federal de 1988 (ainda que sua evolução histórica no Brasil tenha resultado em características próprias). O tema é bastante associado a autores do chamado iluminismo, em especial, a Montesquieu e John Locke (mais ainda o primeiro). Esta associação não acontece sem razão, uma vez que foi a partir da obra destes dois que o tema se difundiu pelo mundo.

Acontece que, mesmo Montesquieu e Locke não desenvolveram suas ideias de forma totalmente inovadora, sendo também possível identificar precursores deles (Aristóteles, Políbio e Cícero). Além disso, a prática constitucional inglesa desenvolvida durante as revoluções do século XVII também foi uma clara fonte de inspiração (Montesquieu a cita expressamente como exemplo e John Locke a viveu pessoalmente).

Ocorre que, além de Locke e Montesquieu, outros doutrinadores também desenvolveram teorias sobre a Separação dos Poderes, com destaque para os federalistas e Benjamin Constant. Os federalistas (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay) foram os principais propagandistas da Constituição Norte-Americana de 1787<sup>100</sup>, a primeira experiência constitucional que abertamente adotou a separação dos Poderes (em sua acepção moderna). Já Benjamin Constant foi o idealizador da teoria do Poder Moderador, cuja contribuição influenciou sobremaneira a separação dos Poderes no Brasil durante o Império (e também Portugal de 1826). Além disso, também é inegável a importância da experiência prática da separação dos Poderes durante a Revolução Francesa.

Por fim, as ideias de outro celebrado autor iluminista, grande defensor da democracia, Jean-Jacques Rousseau, em certa medida, confrontam-se muito frequentemente com a teoria da separação dos Poderes, de modo que sua influência não pode ser ignorada.

Diante disso, para compreendermos o significado da separação dos Poderes na doutrina e na história, faz-se necessário retomar ao que foi dito pelos precursores (Aristóteles, Políbio e Cícero), analisar as experiências práticas decorrentes das revoluções inglesas (XVII) e da Revolução Francesa (1789-1799), bem como reler John Locke, Montesquieu, Rousseau, os Federalistas e Benjamin Constant.

---

<sup>100</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA [Constituição (1787)]. **Constitution of the United States.**

### 3.1. Constituição Mista no Pensamento Greco-Romano

A concepção de separação dos Poderes como hoje a compreendemos é indissociável da divisão das funções estatais (o que só viria a partir de Locke e Montesquieu). Apesar disso, existe uma outra noção fundamental a essa teoria cuja origem remonta ao pensamento clássico greco-romano da Antiguidade: trata-se do conceito de constituição mista (ou governo misto).

#### 3.1.1. Aristóteles (séc. IV A.C.)

As origens da constituição mista podem ser encontradas no pensamento do filósofo grego Aristóteles (384 A.C.-322 A.C.). Aristóteles era grego, mas não ateniense e foi criado na Macedônia (era filho do médico do rei). Em 367 A.C. foi estudar com Platão na famosa academia de Atenas, onde ficou até 347 A.C. (morte de Platão). Após várias viagens, em 343 A.C. tornou-se tutor de Alexandre da Macedônia (356 A.C.-323 A.C.), que tinha então apenas 13 anos. Após a ascensão de Alexandre ao trono, em 335 A.C., Aristóteles retornou à Atenas para fundar o Liceu<sup>101</sup>.

Aristóteles sistematizou as diferentes formas de governo de seu tempo com base em dois critérios fundamentais<sup>102</sup>: a quantidade dos governantes (um, poucos ou muitos) e a qualidade do exercício do poder (se buscam o interesse geral ou apenas o interesse particular)<sup>103</sup>. Desta forma, ele identificou seis formas puras de governo. Destas, três seriam formas virtuosas de governo: a monarquia<sup>104</sup> (um governante que busca o interesse geral), a aristocracia (poucos governantes que buscam o interesse geral) e a democracia<sup>105</sup> (muitos governantes que buscam o interesse geral). Contrapostas a elas, haveria suas respectivas versões degeneradas: a tirania (um governante que busca apenas seu interesse particular), a oligarquia (poucos governantes que buscam apenas os interesses dos ricos) e a demagogia (muitos governantes que buscam apenas os interesses dos pobres).

<sup>101</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 1. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 60.

<sup>102</sup> Aristóteles não é o primeiro a fazer tais classificações (por exemplo, Heródoto e Platão já haviam realizado trabalho semelhante), porém algumas características da teoria aristotélica foram fundamentais para o desenvolvimento da Separação dos Poderes. Cf. BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 39.

<sup>103</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p.105.

<sup>104</sup> Em algumas traduções consta como “realeza”.

<sup>105</sup> Em algumas traduções consta como “república”.

Mais além<sup>106</sup>, Aristóteles identificou que todo Estado seria composto de pelo menos três classes de cidadãos, os muito ricos, os muito pobres e os que estão em posição intermediária (todos com interesses distintos). Assim, concluiu ele, que a multiplicidade de formas de governo decorreria das diferentes formações sociais de cada cidade, sendo que cada uma das formas corresponderia a preponderância política de uma determinada classe social<sup>107</sup>.

Para o filósofo, o melhor Estado seria aquele com numerosa classe intermediária<sup>108</sup>, pois estes tenderiam a atuar pela razão<sup>109</sup>. Infortunadamente, ele concluiu que tais Estados seriam raros e que, em geral, ocorreria constante disputa entre ricos e pobres, sendo que a facção vencedora adotaria a forma de governo que lhe é mais conveniente, respectivamente a oligarquia ou a demagogia, que são ambas degeneradas<sup>110</sup>. Além disso, para Aristóteles o pior de todos os governos seria a tirania, versão degenerada da monarquia, de modo que ambos deveriam ser evitados<sup>111</sup>. Assim, restariam na prática apenas duas opções: a oligarquia e a demagogia (uma vez que a aristocracia e a democracia são respectivamente espécies daquelas)<sup>112</sup>.

Deste modo, Aristóteles conclui que a melhor forma real de governo seria a mistura do governo dos ricos (oligarquia) com o governo dos pobres (demagogia) combinando ambos os modelos, resultando na democracia, um meio termo entre ambas<sup>113</sup>. Esta forma mista de governo permaneceria como democracia quando inclinada para os pobres ou se converteria em aristocracia quando inclinada para os ricos. Mas em ambos os casos, seria a chamada constituição mista, forma de governo ideal no entendimento de Aristóteles, no qual ricos e pobres participariam igualmente do Estado.

---

<sup>106</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 224.

<sup>107</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 205.

<sup>108</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 225.

<sup>109</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 224.

<sup>110</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 224.

<sup>111</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 203-204.

<sup>112</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 206.

<sup>113</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, pp. 2018, 220 e 221.

### 3.1.2. Políbio (séc. II A.C.) e Cícero (séc. I A.C.)

Influenciados por Aristóteles, os romanos Políbio (203 A.C.-120 A.C.) e Cícero (106 A.C.-46 A.C.), cada um à sua época, também advogaram em prol da constituição mista durante a República Romana (509 A.C.-27 A.C.).

Políbio nasceu na Grécia e foi levado à Roma, como refém, após a conquista romana de sua terra natal, onde aproximou-se do círculo da poderosa família dos Cipiões<sup>114</sup>. Políbio não foi filósofo, mas um historiador<sup>115</sup> que descreveu, a partir da perspectiva romana, o mundo de 218 A.C. até 145 A.C.<sup>116</sup>, em um período anterior às guerras púnicas<sup>117</sup>, cuja doutrina justificava perfeitamente a expansão imperial dos romanos e o poder do Senado<sup>118</sup>.

Cícero, por sua vez, foi um político, filósofo e orador romano, responsável por difundir o pensamento grego no mundo latino. Foi cônsul (63 A.C.) e lutou contra o grupo do senador Catilina. Apesar disso, sua obra *Da República*<sup>119</sup> foi escrita para descrever o período anterior às reformas dos irmãos Graco<sup>120</sup> e defender a república romana dos tempos de Cipião<sup>121</sup>. Cícero foi adversário da ditadura de Júlio César e, posteriormente, Marco Antônio, tendo sido assassinado a mando do último.

Resgatando Aristóteles, Políbio pregava que a melhor forma de governo seria a combinação das três boas formas (monarquia, aristocracia e democracia), o que contemplaria todas as classes sociais de forma equilibrada<sup>122</sup>. Para Cícero, tal combinação impediria a degeneração das boas formas em suas versões desvirtuadas, sendo uma fonte de estabilidade<sup>123</sup>. Diferente de Aristóteles, que propunha a nivelação de direitos políticos, misturando as classes, Políbio pregava abertamente a separação das classes a nível orgânico-institucional. Deste modo, para Políbio, a cada uma das classes sociais corresponderia um órgão do Estado: os Cônsules

<sup>114</sup> BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 65; TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol 1. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 97.

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 6ª ed. Brasília, DF: Editora Universidade Brasília, 1992, p. 65.

<sup>116</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol 1. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 97.

<sup>117</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 37.

<sup>118</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol 1. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 97.

<sup>119</sup> CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução e notas Amador Cisneiros. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2011.

<sup>120</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 37.

<sup>121</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol 1. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 105.

<sup>122</sup> POLÍBIO. **História**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 331-333.

<sup>123</sup> CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução e notas Amador Cisneiros. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2011, p. 45-46.

(de legitimidade monárquica) seriam uma potência em si (como os reis), o Senado (de legitimidade aristocrática) representaria o interesse dos Patrícios, e o poder do povo, representado pelos Comícios Tribunícios (de legitimidade democrática) representariam os interesses dos Plebeus<sup>124</sup>. Estes três órgãos se equilibrariam, pois cada um deles se manteria dentro dos limites para evitar a fiscalização pelos outros<sup>125</sup>.

Como se vê, a versão políbia da constituição mista possui uma diferença capital com relação à visão aristotélica. Enquanto o grego propunha a mistura e aproximação das classes ao equilíbrio social<sup>126</sup>, o romano defendia sua separação (equilíbrio institucional)<sup>127</sup>. Segundo Bobbio<sup>128</sup>, “Políbio passou para a história do pensamento político como o defensor por excelência do governo misto”. Para Nuno Piçarra<sup>129</sup>, o modelo de Políbio (que reforça as diferenças entre as classes) posteriormente se encaixaria com perfeição à sociedade de ordens existentes na Europa da Idade Média.

### 3.2. Revoluções inglesas (séc. XVII) e a monarquia mista

As revoluções inglesas foram uma sucessão de disputas entre a monarquia da Inglaterra e o parlamento no século XVII, que resultaram em uma versão primitiva da separação dos Poderes (que serviu de inspiração para John Locke e Montesquieu). Os eventos se iniciam durante o reinado de Carlos I, que governou a Inglaterra de 1625 até sua execução em 1649. As disputas entre Carlos I e o parlamento causaram uma guerra civil (1642-1651) e a posterior adoção da república, o *Commonwelth* ou *interregnum* (1649-1660). A partir de 1660 a monarquia foi restaurada, com os reinados de Carlos II (que durou de 1660 até 1685) e Jaime II (que durou de 1685 até 1688). Por fim, Jaime II foi deposto pela Revolução Gloriosa (1688-1689) e substituído no trono por Guilherme de Orange (que reinou de 1689 até sua morte, em 1702).

<sup>124</sup> POLÍBIO. **História**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 333-337.

<sup>125</sup> POLÍBIO. **História**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 332 e 338.

<sup>126</sup> BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 71.

<sup>127</sup> BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 71.

<sup>128</sup> BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 69.

<sup>129</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 39.

Assim, diferente da Europa continental, em que o processo de centralização política após a Idade Média levou à ascensão do absolutismo, os eventos singulares das revoluções inglesas causaram o fortalecimento do Parlamento. Como resultado, em vez do poder se concentrar no rei (como no absolutismo), a Inglaterra tornou-se uma monarquia mista (uma versão atualizada da Constituição Mista)<sup>130</sup>.

Na monarquia mista da Inglaterra, o órgão do poder do Estado (o Parlamento) era composto pelo próprio rei (*King in Parliament*), pelos nobres (Câmara dos Lordes) e pelos plebeus (Câmara dos Comuns)<sup>131</sup>. Assim, os interesses das diferentes forças político-sociais se equilibravam dentro de um único órgão (equilíbrio de poder intraorgânica)<sup>132</sup>.

Durante a guerra civil contra o Rei Carlos I, o chamado Longo Parlamento centralizou amplos poderes, que exerceu de forma bastante tirânica<sup>133</sup>. Contra tais abusos, surgiu uma concepção primitiva da teoria da separação dos Poderes, com foco jurídico<sup>134</sup>. Tal doutrina pregava que as leis não poderiam ser feitas por quem as aplica (como havia ocorrido no Longo Parlamento), pois isso levaria invariavelmente à tirania e arbitrariedade. Diante disso, seria necessário separar, em órgãos distintos, os Poderes Legislativo e Executivo-Jurisdicional (na concepção da época, a execução das leis era em geral realizada a partir dos tribunais)<sup>135</sup>.

Porém, como desenvolvimento da Guerra Civil que se seguiu, o Parlamento Inglês retirou o Poder Legislativo do Rei e da Câmara dos Lordes, concentrando ainda mais em si o poder, e em seguida proclamou a república, abolindo-os (o Poder Legislativo do Rei e da Câmara dos Lordes) de vez<sup>136</sup>. A visão democrático-radical dominante no período pregava a total soberania do Parlamento (contrapondo-se a qualquer concepção de monarquia mista), que seria reforçada pela divisão orgânica pessoal da separação dos Poderes. Ao Parlamento cabia a função legislativa e ao Lorde Protetor a função executiva-jurisdicional<sup>137</sup>.

---

<sup>130</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 42-43.

<sup>131</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 45.

<sup>132</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 80.

<sup>133</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 48-49.

<sup>134</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 54.

<sup>135</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 52.

<sup>136</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 54.

<sup>137</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 58.

Neste modelo democrático-radical da separação dos Poderes, contudo, prevalecia a supremacia do Parlamento e não o equilíbrio<sup>138</sup>. Apesar disso, gradualmente foram implementados mecanismos de equilíbrio, como a possibilidade de veto das leis pelo Executivo<sup>139</sup> e a possibilidade do Executivo dissolver o Parlamento<sup>140</sup>.

Por fim, com a restauração da monarquia em 1660, houve a combinação dos dois conceitos: monarquia mista e separação dos Poderes<sup>141</sup>. Assim, coube ao rei o exercício da função executiva-jurisdicional (mais adequada a um órgão unipessoal ou composto por poucas pessoas) e ao Parlamento (com a restauração da Câmara dos Lordes) a função legislativa (mais adequada a uma assembleia), resultando em uma estrutura típica de separação dos Poderes<sup>142</sup>. Porém, assim como na monarquia mista, tais órgãos não seriam totalmente autônomos e independentes entre si (diferente do que houve na república), mas se equilibrariam e se controlariam, inclusive por meio de instrumentos como o *impeachment* e o poder de veto<sup>143</sup>. Este modelo, combinando a separação dos Poderes e a monarquia mista, ficou conhecido como equilíbrio de Poderes (interorgânica, pois as forças políticas compõem órgãos diferentes, que se equilibram)<sup>144</sup> e é uma das bases para o futuro conceito de *checks and balances* (desenvolvido especialmente pelos revolucionários norte-americanos)<sup>145</sup>.

### 3.3. John Locke (séc. XVII)

O filósofo inglês John Locke (1632-1704) foi testemunha ocular das revoluções inglesas. Foi aliado do 1º Lorde de Shaftesbury (1621-1683), fundador do partido liberal Whig (que lutava pela monarquia constitucional e pelo parlamentarismo). Devido a tais disputas políticas, de 1683 a 1688, Locke exilou-se na Holanda, de onde retornou com a vitória da

<sup>138</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p 55-57.

<sup>139</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p 55-56.

<sup>140</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p 58.

<sup>141</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p 59-60.

<sup>142</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p 60.

<sup>143</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p 82.

<sup>144</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p 80-81.

<sup>145</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p 62.

Revolução Gloriosa<sup>146</sup>. Em 1690, Locke publicou anonimamente<sup>147</sup> os *Dois Tratados Sobre o Governo Civil*. O primeiro tratado polemizava contra as ideias de Robert Filmer sobre o patriarcalismo, enquanto o segundo é considerada uma obra de defesa e justificativa da Revolução Gloriosa<sup>148</sup>. Já no prefácio do *Segundo Tratado*<sup>149</sup>, Locke declara que esperava “instaurar o trono de nosso grande restaurador, nosso atual rei William [Guilherme de Orange]; apoiar seu título com a concordância do povo e justificar diante do mundo o povo da Inglaterra, cujo amor por seus direitos justos e naturais, com sua decisão de preservá-los, salvou a nação, quando esta se encontrava à beira da escravidão e da ruína”.

John Locke é considerado o pai do individualismo liberal-burguês<sup>150</sup>. Seu pensamento é empirista, racional, laico, defensor da propriedade privada, da tolerância política e do direito à resistência<sup>151</sup>. Sua visão contratualista, contudo, é diferente da de Thomas Hobbes (1588-1679) e da de Rousseau, uma vez que Locke entendia que o contrato social não significava renúncia aos direitos naturais e que o papel do Estado seria garantir a propriedade e a segurança (o que já não era mais possível no “estado de natureza”<sup>152</sup>).

Sendo assim, John Locke se afastou de seus conterrâneos ao defender que a liberdade e segurança do povo decorrem do contrato social (um fato convencional) e não de um fato natural (a constituição mista)<sup>153</sup>. Desta feita, a própria estrutura orgânica funcional do Estado deveria refletir tais objetivos<sup>154</sup>. Se no estado de natureza cada um defende a si próprio<sup>155</sup>, no Estado contratual existem leis estáveis e juízes imparciais. Deste modo, os cidadãos teriam que

<sup>146</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 4. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 32.

<sup>147</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Introdução. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018, p. 7.

<sup>148</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 65; TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 4. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 32.

<sup>149</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>150</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 4. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 32.

<sup>151</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 4. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 33-37.

<sup>152</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 67-68.

<sup>153</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 66.

<sup>154</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 68.

<sup>155</sup> Cf. Parágrafo 125. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

renunciar a tais poderes em favor do Estado<sup>156</sup>; o poder de regulamentação através das leis (Legislativo)<sup>157</sup> e o poder de punir<sup>158</sup> (Executivo-Judiciário<sup>159</sup>).

Dentre estes dois poderes, Locke identifica que o Legislativo é o poder supremo (mas não arbitrário e nem ilimitado)<sup>160</sup>, uma vez que ele é que prescreve aos outros o que fazer<sup>161</sup>. Mais adiante, Locke defende que não seria conveniente que o detentor do Poder Legislativo também tivesse o poder de executar as leis, pois tais pessoas “poderiam se isentar de obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo”<sup>162</sup>. Assim, o Poder Executivo e o Legislativo deveriam ficar separados<sup>163</sup>, cabendo o Poder Legislativo a um órgão coletivo, que se dissolveria após legislar, estando seus integrantes sujeitos às mesmas leis que elaboraram<sup>164</sup>, remanescendo ao povo o poder de destituir o órgão legislativo ou atribuir tal poder a outro órgão<sup>165</sup>. Eventualmente Locke reconheceu a possibilidade de o titular do Executivo também ter participação no Legislativo, desde que se subordine ao Legislativo<sup>166</sup>.

Se o Legislativo deve ser temporário, para Locke o poder que executa as leis deve ser permanente<sup>167</sup>. A este executor, Locke atribui três funções: executivo, federativo<sup>168</sup> e de prerrogativas. A função executiva é a aplicação das leis internamente (dentro do país), enquanto a função federativa é a administração da segurança e do interesse público externo<sup>169</sup>

---

<sup>156</sup> Cf. Parágrafo 127. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>157</sup> Cf. Parágrafo 129. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>158</sup> Cf. Parágrafo 130. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>159</sup> Lembrando que na concepção da época, o Executivo e o Judiciário se confundem.

<sup>160</sup> Cf. Parágrafo 142. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>161</sup> Cf. Parágrafo 132. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>162</sup> Cf. Parágrafo 143. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>163</sup> Cf. Parágrafo 144. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>164</sup> Cf. Parágrafo 143. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>165</sup> Cf. Parágrafo 149. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>166</sup> Cf. Parágrafo 152. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>167</sup> Cf. Parágrafo 144 e 153. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>168</sup> Cf. Parágrafo 148. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>169</sup> Cf. Parágrafo 147. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

(“competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças e todas as transações com as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil”<sup>170</sup>). Ainda que as funções executiva e federativa sejam distintas, Locke defende que caibam a uma mesma pessoa<sup>171</sup>.

O poder de prerrogativas, por sua vez, é poder que permite ao Executivo, em algumas situações, agir discricionariamente para garantir o bem público (na ausência ou contra a lei)<sup>172</sup>. Além disso, conforme já exposto, Locke entende que não é conveniente que o Poder Legislativo seja permanente (pois o poder supremo pode se tornar tirânico)<sup>173</sup>, de modo que entre as prerrogativas do Executivo, também está o poder de reunir ou destituir o parlamento, determinando a duração de suas sessões<sup>174</sup>.

Como se vê, a teoria de John Locke inova ao distinguir as funções do Estado e defender que sejam atribuídas a diferentes órgãos. É importante, contudo, observar que tal divisão de funções não possui qualquer relação com a constituição mista e o equilíbrio entre as classes-ordens, muito pelo contrário, já que tal divisão de classes-ordens seria um fato da natureza e a estrutura do Estado seria o resultado de uma ação racional e deliberada (o contrato social).

John Locke identifica quatro funções do Estado (Legislativo, Executivo-Judiciário, Federativo e de Prerrogativas), mas que são divididas entre apenas dois poderes. Assim, ao Parlamento cabe o Legislativo e os demais Poderes ao rei. Ainda que a maior parte dos poderes seja atribuída ao monarca (Executivo-Judiciário, Federativo e de Prerrogativa), Locke defende expressamente a supremacia do Legislativo (Parlamento). Para Locke, o rei pode até participar do processo legislativo, mas em posição subalterna ao Parlamento. Por outro lado, o rei possui o poder de Prerrogativas (dissolver e convocar o Parlamento), que é fundamental para impedir a tirania do Legislativo, garantindo sessões curtas do Parlamento (o que não deve ser confundido com o sistema de *checks and balances*).

É importante ressaltar (conforme já exposto na seção anterior), que, na Inglaterra do século XVII, a concepção de Poder Executivo ainda se confunde com o Judiciário, sendo que os juízes não são independentes, mas funcionários do rei. Tal diferenciação surgiria a partir de Montesquieu.

---

<sup>170</sup> Cf. Parágrafo 146. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>171</sup> Cf. Parágrafo 148. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>172</sup> Cf. Parágrafo 160. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>173</sup> Cf. Parágrafo 153. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

<sup>174</sup> Cf. Parágrafo 158 e 167. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

### 3.4. Montesquieu (séc. XVIII)

O filósofo francês Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de Montesquieu (1689-1755) é um personagem ambíguo, defensor de um certo liberalismo aristocrata, considerado o “oráculo”<sup>175</sup> da separação dos Poderes. De origem nobre, nasceu no castelo de La Brède e foi educado pelos padres oratorianos de Juilly. Em 1716, herdou o título de seu tio como Barão de La Brède e de Montesquieu e com isso assumiu a presidência do Parlamento de Bourdéis (uma magistratura). Em 1721, escreveu as *Cartas Persas*<sup>176</sup>, com críticas ácidas à Igreja Católica, ficando famoso como escritor. Em 1726, vendeu o cargo de magistrado. Em 1728, entrou para a Academia Francesa (apesar da oposição do rei). Entre 1729 e 1731 empreendeu uma longa viagem pela Europa, passando pela Itália, Alemanha, pelos Países Baixos e, por fim, pela Inglaterra. Tornou-se um defensor de um liberalismo aristocrático inspirado pelas instituições inglesas.

Em 1748, Montesquieu publicou (na Suíça, para driblar a censura) sua obra mais consagrada, *O Espírito das Leis*<sup>177</sup>. Este livro, mais do que apresentar uma teoria política, pode ser interpretado como uma teoria geral da sociedade, sobre a qual o autor identifica leis gerais que dirigem a formação e o desenvolvimento da sociedade<sup>178</sup>. No capítulo VI do Livro XI, Montesquieu<sup>179</sup> faz sua famosa “exposição apologética” da Constituição Inglesa, onde descreve uma Inglaterra que nunca existiu.

Contra a monarquia absolutista Montesquieu não descreve acuradamente o modelo real inglês (no qual há supremacia do Parlamento), mas propõe uma monarquia moderada, na qual há equilíbrio entre as ordens sociais, cada uma delas exercendo sua respectiva função do Estado. Na Inglaterra imaginária de Montesquieu, os Poderes do Estado estariam tripartidos, Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo cada um titularizado por um órgão distinto, que se equilibrariam. Tal fórmula teria o objetivo de garantir a liberdade, pois

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo

<sup>175</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 299.

<sup>176</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Cartas Persas**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>177</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>178</sup> BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 6. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 127.

<sup>179</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 4. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 54.

monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

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

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções políticas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos<sup>180</sup>

Como veremos adiante, o equilíbrio não é exatamente institucional entre os três poderes, mas social entre as três ordens/potências (ainda que a partir desta divisão institucional). O Poder Legislativo é o de criar as leis, bem como corrigi-las e ab-rojá-las<sup>181</sup>. Já o Executivo é o poder “das coisas que dependem do direito das gentes”<sup>182</sup>, quer dizer, fazer a guerra e a paz, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança e prevenir invasões<sup>183</sup>, sendo muito parecido com o poder federativo identificado por Locke. Por fim, haveria o Poder Judiciário, ou o “executivo das [coisas] que dependem do direito civil [que] pune os criminosos ou julga as querelas dos indivíduos”<sup>184</sup>.

Em síntese, Montesquieu parte da dicotomia Legislativo *versus* Executivo-Judiciário para estabelecer que a criação de normas gerais e abstratas é uma função do Legislativo e a implementação destas normas ao caso concreto uma função do Executivo-Judiciário, separando a edição das leis da execução das leis<sup>185</sup>. Trata-se do mesmo fundamento existente na defesa do *rule of law* na Inglaterra, pelo qual a liberdade é garantida pela legalidade<sup>186</sup>. Montesquieu não estabelece o “poder de prerrogativas”<sup>187</sup> de Locke, cuja natureza não é totalmente jurídica, e não desenvolve a função executiva interna.

O Poder Legislativo, para Montesquieu, seria exercido por um órgão coletivo, composto por duas câmaras, uma formada pelos representantes do povo (eleitos) e outra pelos

<sup>180</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

<sup>181</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

<sup>182</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156.

<sup>183</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

<sup>184</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156.

<sup>185</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 92.

<sup>186</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 90.

<sup>187</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 93.

representantes dos nobres (hereditário)<sup>188</sup>. Em alguns temas, a Câmara dos Nobres teria mera faculdade de impedir (veto) e não faculdade de estatuir (“direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem”)<sup>189</sup>. Além de legislar, o Parlamento poderia fiscalizar os atos do Executivo, mas sempre mantendo indene a figura pessoal de seu titular (responsabilizando apenas os ministros)<sup>190</sup>. O órgão legislativo não deveria permanecer continuamente reunido (pois poderia ser corrompido) e nem muito tempo sem se reunir (pois não haveria mais liberdade, de modo que o país mergulharia na anarquia por falta de leis ou o Poder Executivo usurparia suas funções, tornando-se absoluto)<sup>191</sup>.

Já o Poder Executivo, no entendimento de Montesquieu, deveria ser confiado ao monarca, pois somente este poderia tomar as necessárias medidas imediatas<sup>192</sup>. Além de suas funções (incluindo o comando dos Exércitos)<sup>193</sup>, o Executivo também teria a competência para convocar e determinar a duração das sessões parlamentares, bem como o poder de vetar os empreendimentos do legislativo<sup>194</sup>, mas sem a capacidade de estatuir<sup>195</sup>.

Por sua vez, Montesquieu inovou ao preconizar o Judiciário como poder independente, uma situação que não existia na Inglaterra e que também não foi teorizada por Locke<sup>196</sup>. Este Poder Judiciário, para Montesquieu, seria exercido por juízes eleitos por prazo determinado<sup>197</sup>, de modo que os tribunais não seriam permanentes, mas convocados especificamente para decidir um único caso<sup>198</sup>. Ao Judiciário caberia realizar uma aplicação mecânica, lógico-

---

<sup>188</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 159.

<sup>189</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 159.

<sup>190</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

<sup>191</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 159.

<sup>192</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 159.

<sup>193</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 161.

<sup>194</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160-161.

<sup>195</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 161.

<sup>196</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 91.

<sup>197</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

<sup>198</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158.

silogística do texto legal<sup>199</sup> e não na com base na “opinião particular do juiz”<sup>200</sup>, ou seja, “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor<sup>201</sup>. Vale lembrar que Montesquieu, como iluminista, queria esvaziar toda atividade criadora dos juízes<sup>202</sup> (bastante diferente da situação inglesa, do *commom law*). Por conta disso, o Poder Judiciário seria nulo<sup>203</sup>. Se o Judiciário seria nulo, então o equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo dependeria de um “poder regulador para moderá-los”<sup>204</sup>, que seria a parte do Parlamento composta pelos nobres.

Daí depreende-se que Montesquieu resgatou a teoria da constituição mista, em que as três ordens/classes sociais se equilibrariam. Porém, diferente da Inglaterra real do século XVIII, na qual a constituição mista se revela pela participação das três ordens/potências no interior do corpo legislativo (todos no Parlamento), no modelo preconizado por Montesquieu as ordens estão separadas em diferentes órgãos (Câmara dos Nobres, Câmara do Povo e rei), com diferentes funções. Assim, Montesquieu combinou a constituição mista (separação social) com a separação das funções do Estado (separação institucional), ainda que ele mesmo nunca tenha sequer empregado a expressão separação dos Poderes<sup>205</sup>. É importante observar que a famosa citação<sup>206</sup> de Montesquieu sobre o equilíbrio entre os poderes e sua necessidade de “caminhar de acordo” não se refere à tricotomia Executivo-Legislativo-Judiciário, mas Rei-Povo-Nobreza.

Nuno Piçarra<sup>207</sup> identifica que, ainda que o modelo de Montesquieu seja baseado na sociedade de ordens, existem várias passagens que parecem fazer referência à soberania popular, ao prever que: a) o Poder Legislativo reflete a “vontade geral”, que por não poder ser exercida diretamente, é manifestada por representantes eleitos pelo povo (ainda que compartilhando o poder com representantes da nobreza); b) o Poder Judiciário deve ser

<sup>199</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 96.

<sup>200</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158.

<sup>201</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

<sup>202</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 95 e 98.

<sup>203</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 159.

<sup>204</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 159.

<sup>205</sup> CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a nossos dias**. Tradução Lydia Christina. 3ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 137.

<sup>206</sup> “Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo”. (cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 161).

<sup>207</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 108.

composto por “pessoas extraídas do corpo do povo”<sup>208</sup>; e c) o Poder Executivo deve ser o executor da vontade geral.

Em suma, a contribuição fundamental de Montesquieu foi a combinação da separação das funções do Estado (já existente na Inglaterra e defendida teoricamente por Locke) com a constituição mista (originalmente criada por Aristóteles e, especialmente, desenvolvida por Políbio). Com isso, diferente da Inglaterra, em que havia supremacia do Parlamento, existiria o equilíbrio entre os Poderes.

A teoria de Montesquieu, contudo, não constitui ainda a versão definitiva da separação dos Poderes por três razões. A primeira é o papel reduzido que Montesquieu atribui ao Poder Executivo, completamente insuficiente para representar a complexidade como a administração pública viria a se desenvolver (mesmo para o Estado Liberal, o papel atribuído por Montesquieu ao Executivo é muito restrito). A segunda é o fato de que a teoria de Montesquieu pressupõe uma sociedade dividida em ordens (pela qual as classes se equilibrariam), o que se tornaria incompatível com os ideais de igualdade que aflorariam com as revoluções atlânticas do final do século XVIII. Por fim, a terceira é que o Poder Judiciário deixaria de ser nulo, assumindo protagonismo essencial para o equilíbrio entre os poderes.

### 3.5. Rousseau (séc. XVIII)

O filósofo Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) nasceu em Genebra na Suíça. Já adulto, foi para Paris, onde participou ativamente dos círculos intelectuais da época, onde rivalizava com Voltaire. (1694-1778) Foi perseguido por suas ideias e teve várias obras censuradas, consideradas uma afronta à moral e aos bons costumes. Em 1762 publicou *Do Contrato Social*<sup>209</sup>, sua obra mais famosa, mas no mesmo ano foi forçado a fugir da França. Passou pela Suíça e Inglaterra, retornando à França em 1767, onde viveu até a morte em 1778. É considerado um dos principais nomes do iluminismo, com influência direta na Revolução Francesa.

Com relação à separação dos Poderes, o pensamento de Rousseau também é bastante influenciado pela experiência revolucionária inglesa, mais especificamente pelos republicanos, que identificavam o Poder Legislativo como absolutamente separado do Executivo (orgânica e pessoalmente)<sup>210</sup>. Diferente de Montesquieu que propunha vários blocos polos de poder em

<sup>208</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

<sup>209</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>210</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 126.

equilíbrio<sup>211</sup>, Rousseau é um defensor de poder do monismo, fundamentado na soberania popular<sup>212</sup>.

Rousseau é um contratualista<sup>213</sup>, para quem o objetivo do estado é garantir a liberdade do indivíduo<sup>214</sup>. Para ele, a soberania reside no povo<sup>215</sup> e a lei é a expressão da vontade geral<sup>216</sup>. Ainda que o legislador seja mero redator da lei<sup>217</sup>, este é o único polo real de poder. Destarte, o autor de *O Contrato Social* estabelece uma clara distinção funcional entre a elaboração e a aplicação da lei<sup>218</sup> (não existem outros atos)<sup>219</sup> e, consequentemente, uma separação “orgânica-pessoal”<sup>220</sup> entre o Poder Legislativo e o Executivo. Ocorre que, se o Poder Legislativo é o único polo real de poder soberano, então o Executivo é meramente subordinado a ele, não havendo equilíbrio entre eles<sup>221</sup>. Assim, o Poder Executivo não pode pertencer ao soberano, mas apenas a um corpo intermediário entre os súditos e o soberano<sup>222</sup>. No modelo de Rousseau não há qualquer espaço para controle do Legislativo pelo Executivo, inexistindo veto ou outros mecanismos similares<sup>223</sup>.

Por sua vez, Rousseau vislumbra a possibilidade da divisão do Poder Executivo, retomando o conceito de constituição mista<sup>224</sup>, mas apenas como forma de enfraquecer o

---

<sup>211</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 126.

<sup>212</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 128.

<sup>213</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. I, p. 38.

<sup>214</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. IV, p. 126; PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 126.

<sup>215</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. I, p. 39-40.

<sup>216</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. II, p. 60; e PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 130.

<sup>217</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. II, p. 64; e PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 133.

<sup>218</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. II, p. 50; e PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 132.

<sup>219</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 135.

<sup>220</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. II, p. 50; e PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 135.

<sup>221</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 135.

<sup>222</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. III, p. 80; e PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 136.

<sup>223</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 136.

<sup>224</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. III, p. 99.

Executivo perante o Legislativo, sem o equilíbrio de classes<sup>225</sup>. Em suma, por um lado a teoria de Rousseau se adequou à concepção de igualdade formal que veio a substituir o modelo de ordens sociais monárquico-aristocrático<sup>226</sup>. Por outro, sua concepção de Poder Legislativo soberano sem pontos de equilíbrio foi considerada incompatível com a democracia moderna<sup>227</sup>.

### 3.6. Revolução Norte-Americana (1776-1783)

Em 1776, parte das colônias inglesas na América do Norte, buscando sua independência, rebelou-se contra a metrópole, no evento que ficou conhecido como Revolução Norte-Americana. Em certo momento, os líderes de treze colônias perceberam que se todas se mantivessem independentes umas das outras, dificilmente teriam força para resistir à recolonização pela potência da Inglaterra. Diante disso, as colônias rebeldes optaram por se unificar sob uma federação e criar um único país: os Estados Unidos da América.

O instrumento jurídico para regulamentar a unificação das ex-colônias seria uma constituição escrita, cujo conteúdo seria altamente influenciado pelos ideais iluministas, especialmente pela tese da separação dos Poderes. Este documento foi elaborado pela Convenção da Filadélfia, cuja versão final foi finalizada em 1787.

#### 3.6.1. Constituição dos Estados Unidos da América (1787)

Claramente influenciada por Montesquieu, a estrutura da Constituição Norte-Americana de 1787 (CEUA)<sup>228</sup> prevê a existência de três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Legislativo caberia ao Congresso, subdividido em duas câmaras (CEUA, art. I, 1). A Câmara dos Representantes seria composta por pessoas eleitas pelo povo de forma proporcional à população de cada um dos estados (CEUA, art. I, 2). Não havendo uma nobreza para ocupar o Senado, este seria originalmente composto por representantes eleitos pelas assembleias estaduais, de modo que representassem seus estados (CEUA, art. I, 3)<sup>229</sup>. O Poder Executivo caberia ao presidente dos EUA, eleito junto com o vice pelo colégio eleitoral<sup>230</sup> para um

<sup>225</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Cap. III, p. 86.

<sup>226</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 139.

<sup>227</sup> PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 139.

<sup>228</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA [Constituição (1787)]. Constitution of the United States.

<sup>229</sup> Posteriormente em 1913, com a 17ª emenda, os senadores passariam a ser escolhidos por eleições com voto direto.

<sup>230</sup> A composição do colégio eleitoral foi alterada em 1804 pela 12ª Emenda.

mandato de quatro anos (CEUA, art. II, 1). O vice-presidente, seria o presidente do Senado, ainda que sem direito a voto, exceto em caso de empate (CEUA I, 3). Por sua vez, o Poder Judiciário seria composto pela Suprema Corte e tribunais inferiores (CEUA, art. III, 1). Vale observar que no modelo norte-americano o Poder Judiciário está em pé de igualdade com os demais Poderes, não tendo sido estabelecido como um Poder Nulo (conformem Montesquieu entendia). É certo que, por muito tempo, o Poder Judiciário seria considerado o “menos temível para a Constituição”<sup>231</sup>, uma vez que não disporia nem de bolsa e nem de espada, dependendo do Executivo para que suas decisões tivessem eficácia. Apesar disso, a competência de declarar nulos os atos legislativos contrários à Constituição (*Judicial Review*) e de interpretar as leis sob a Constituição<sup>232</sup> reforçariam a relevância de seu papel (o caso *Marbury versus Madison* seria o primeiro exemplo prático deste entendimento).

O modelo da separação dos Poderes dos norte-americanos adotou o sistema de freios e contrapesos, em que cada um dos Poderes ficou sujeito ao controle e sofreu evidente interferência dos demais. Entre os exemplos, citamos a interferência do Poder Executivo nos demais, uma vez que o presidente pode sancionar ações do Poder Judiciário e vetar ações do Poder Legislativo (CEUA, art. I, 7). Outro exemplo é a competência presidencial para declarar indulto ou graça, intervindo no Poder Judiciário (CEUA, art. II, 2). Para exemplificar a interferência do Poder Legislativo no Poder Executivo destaca-se a necessidade de aprovação do Senado sobre alguns cargos e atos praticados pelo presidente (CEUA, art. II, 2), bem como o dever de o presidente prestar contas ao Congresso (CEUA, art. II, 3) e a possibilidade de julgamento do presidente em caso de crime de responsabilidade, o *impeachment* (CEUA, I, 2 e 3). Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo interferem no Poder Judiciário na formação da Suprema Corte, cujos integrantes são indicados pelo presidente mediante aprovação do Senado (CEUA, art. II, 2). Por fim, o Poder Judiciário interfere nos demais quando anula ou interpreta atos sob a Constituição.

Isto posto, o modelo presidencialista da separação dos Poderes possui algumas características que o distinguem tanto do modelo histórico inglês (por exemplo, a responsabilidade do titular do Poder Executivo e a tripartição dos Poderes), quanto da teoria de Montesquieu (o Poder Judiciário norte-americano não é nulo, de modo que o equilíbrio de Poderes se sustenta entre os Poderes/órgãos do Estado conforme suas funções e não entre forças

---

<sup>231</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 458.

<sup>232</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 459-463.

sociais representadas nas câmara alta e baixa e pelo rei). O modelo de *checks and balances*, ao mesmo tempo em que reforça bastante a interferência entre os Poderes, por outro lado garante a imunidade parlamentar e a inacumulabilidade de cargos públicos (CEUA, art. I, 6), além da inamovibilidade do Poder Judiciário (CEUA, III, 1).

### 3.6.2. *O Federalista* (1788)

Para entrar em vigor, a Constituição dos EUA dependia da aprovação de ao menos nove das treze ex-colônias, mas havia forte oposição de parte de suas respectivas populações (CEUA, art. VII). Assim, para propagandar e defender a ratificação da Constituição, em 1788 três intelectuais redigiram uma série de panfletos apócrifos (85 no total) chamados de “Papeis Federalistas” (posteriormente unificados em um livro intitulado *O Federalista*<sup>233</sup>). Hoje se sabe que os autores desta obra foram James Madison<sup>234</sup> (1751-1836), que posteriormente seria o quarto presidente dos EUA, de 1809 a 1817; Alexander Hamilton<sup>235</sup> (1757-1804), o primeiro Secretário do Tesouro dos Estados Unidos, de 1789 a 1795; e John Jay<sup>236</sup> (1745-1829), o primeiro presidente da Suprema Corte dos EUA, de 1789 a 1795.

*O Federalista* trata de diversos temas relacionados à Constituição e alguns capítulos nos interessam especialmente, como é os dedicados à separação dos Poderes (capítulos 47 a 51), bem como os dedicados ao Poder Legislativo (capítulos 52 a 66), ao Poder Executivo (capítulos 67 a 77) e ao Poder Judiciário (capítulos 78 a 83). É interessante observar que as ideias de Montesquieu permeiam a obra como um todo, não apenas no que se refere à separação dos Poderes, mas também com relação à forma republicana de governo (capítulo 9) e a adoção do modelo federativo (capítulo 43). Em particular, o autor do capítulo 47 (comumente atribuído à Madison) socorre-se do “oráculo” Montesquieu<sup>237</sup> para defender-se do argumento de que a Constituição dos EUA não respeitaria a separação dos Poderes<sup>238</sup>, uma vez que eles “não se acham nela inteiramente distintos e separados”<sup>239</sup>. Contra tal acusação, *O Federalista* aponta que Montesquieu nunca “quis proscrever toda a ação parcial, ou toda a influência dos diferentes

<sup>233</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

<sup>234</sup> Madison teria escrito os capítulos 1, 6–9, 11–13, 15–17, 21–36, 59–61 e 65–85.

<sup>235</sup> Hamilton teria escrito os capítulos 10, 14, 18–20, 37–58 e 62–63.

<sup>236</sup> Jay teria escrito os capítulos 2–5 e 64.

<sup>237</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 299.

<sup>238</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 298.

<sup>239</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 299.

poderes uns sobre os outros”<sup>240</sup>, visto que se inspirou na Constituição Inglesa, na qual os Poderes também estariam interligados<sup>241</sup>. Além disso, *O Federalista* aponta que em nenhuma das constituições das ex-colônias (que futuramente iriam se converter nos EUA) os Poderes estão totalmente distintos e separados<sup>242</sup>. Conclui-se assim, que a separação absoluta dos Poderes não foi proposta nem por Montesquieu, nem pelas experiências práticas anteriores à Constituição de 1787<sup>243</sup>.

No capítulo 48, *O Federalista* defende a importância da fiscalização de um dos Poderes pelos demais, como aspecto necessário para garantir um “governo livre”<sup>244</sup> e impedir usurpações recíprocas. Assim, para evitar que um dos Poderes exerça diretamente e em toda plenitude as funções precípua dos demais, nenhum deles pode também “exercitar sobre o outro influência preponderante”<sup>245</sup>. Deste modo, limites claros devem ser demarcados na Constituição<sup>246</sup>, especialmente para evitar que o Poder Legislativo usurpe as funções dos demais<sup>247</sup>.

Após combater diversos modelos para o equilíbrio entre os Poderes (capítulos 48 a 51), *O Federalista* propõe diversas medidas, entre elas: garantir a “vontade própria”<sup>248</sup> de cada um dos Poderes, conforme sua forma de organização, evitando a influência indevida dos demais. Como desdobramento disso, a obra defende a importância da vitaliciedade<sup>249</sup> e inamovibilidade dos membros do Judiciário (tema retomado depois no capítulo 78<sup>250</sup>), como forma de garantir a “prontidão, firmeza e imparcialidade da administração da Justiça”<sup>251</sup>. Também como forma

---

<sup>240</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 300.

<sup>241</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 299.

<sup>242</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 301.

<sup>243</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 304.

<sup>244</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 305.

<sup>245</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 305.

<sup>246</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 305.

<sup>247</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 306 e 312.

<sup>248</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 317.

<sup>249</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 318.

<sup>250</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 457.

<sup>251</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 458.

de garantir a vontade própria, aponta a necessidade de que os emolumentos sejam suficientes para garantir os meios de vida<sup>252</sup>, tema também retomado no capítulo 73<sup>253</sup>, pois sem tais condições, não haveria como resistir às usurpações por parte do Poder Legislativo<sup>254</sup>. Por fim, aponta até mesmo o poder de veto do Executivo sobre os atos legislativos<sup>255</sup>, que também volta a ser desenvolvido no capítulo 73<sup>256</sup>, como forma de impedir que o Legislativo despoje o Executivo de sua autoridade, bem como impedir a admissão de más leis<sup>257</sup>.

Em 21 de junho de 1788, a Constituição dos EUA foi ratificada por nove estados (os outros quatro ratificariam ainda em 1788, 1789 e 1790), entrando efetivamente em vigor em 4 de março de 1789. O texto de defesa constitucional de *O Federalista* foi considerado como “o melhor comentário jamais escrito sobre princípios de governo”<sup>258</sup> e até hoje é essencial para interpretar as motivações e fundamentos dos constituintes norte-americanos.

### 3.7. Revolução Francesa (1789-1799)

A segunda experiência histórica que expressamente adotou a separação dos Poderes foi a Revolução Francesa, iniciada em 1789 e que durou até 1799. Tal revolução, também inspirado pelos ideais iluministas<sup>259</sup> e pela própria independência dos EUA, visava derrubar o antigo regime então existente, monarquia absolutista<sup>260</sup> cujo fundamento era a sociedade de ordens<sup>261</sup>. Durante seus 10 anos, a Revolução Francesa passou por diferentes fases, sendo que no total foram adotadas três constituições: a Constituição de 1791 (CF1791)<sup>262</sup>, a Constituição de 1793 (Constituição do Ano I – CF1793)<sup>263</sup> e a Constituição de 1795 (Constituição do Ano III–CF1795)<sup>264</sup>. A separação dos Poderes foi um dos temas centrais dos debates revolucionários,

<sup>252</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 318.

<sup>253</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 434.

<sup>254</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 318.

<sup>255</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 319.

<sup>256</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 434.

<sup>257</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 436.

<sup>258</sup> JEFFERSON, Thomas. [Correspondência]. Destinatário: James Madison. Paris, 18 nov. 1788..

<sup>259</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 53-60.

<sup>260</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 61-62.

<sup>261</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 21.

<sup>262</sup> FRANÇA [Constituição (1791)]. **Constitution de 1791**.

<sup>263</sup> FRANÇA [Constituição do Ano I (1793)]. **Constitution du 24 juin 1793**.

<sup>264</sup> FRANÇA [Constituição do Ano III (1795)]. **Constitution du 5 Fructidor An III**.

sendo que ainda em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>265</sup> estabeleceu: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

### 3.7.1. Constituição Francesa de 1791

Em 1791 foi redigida a primeira Constituição Francesa (CF1791)<sup>266</sup>. Ainda não havia sido instituída a república, de modo que o objetivo dos revolucionários era estabelecer uma monarquia constitucional, na qual o rei seria preservado como autoridade, mas com poderes limitados. A inspiração para tais ideias veio de diversos autores iluministas, tais como Voltaire, Rousseau e Montesquieu<sup>267</sup>, bem como a própria Constituição Norte-Americana.

A influência de Rousseau é bastante evidente no que se refere à soberania popular, da qual os Poderes são meros representantes (CF1791, Título III, art. 2). Também está presente a tripartição dos Poderes de Montesquieu: o Poder Legislativo é delegado à Assembleia Nacional (CF1791, Título III, art. 3), o Poder Executivo ao rei, mas exercido pelos ministros e demais funcionários (CF1791, Título III, art. 4) e o Poder Judiciário aos juízes eleitos pelo povo (CF1791, Título III, art. 5). Este equilíbrio de Poderes é mais próximo do modelo original de Montesquieu do que a versão norte-americana. Assim, a representatividade da nação é reconhecida apenas ao Poder Legislativo e Executivo, excluindo o Judiciário (CF1791, Título III, art. 2), sendo que o Poder Executivo seria mero executor da vontade geral representada na lei (CF1791, Título III, cap. 2º, seção 1ª, art. 3).

Neste caso, o Poder Legislativo era exercido pela Assembleia Nacional, um órgão permanente e unicameral (CF1791, Título III, cap. 1º, art. 1), dois aspectos que se diferenciam da concepção original de Montesquieu. Apesar de unicameral, a composição da Assembleia Nacional misturava critérios territoriais – 247 representantes dos 83 departamentos, sendo um representante de Paris e três representantes por cada um dos 82 departamentos restantes (CF1791, Título III, cap. 1º, seção 1ª, art. 3); populacionais – 249 representantes eleitos de forma proporcional à população dos departamentos (CF1791, Título III, cap. 1º, seção 1ª, art. 4) e financeiros – 249 representantes eleitos de forma proporcional à contribuição financeira dos departamento (CF1791, Título III, cap. 1º, seção 1ª, art. 5). As eleições eram indiretas,

---

<sup>265</sup> FRANÇA. [Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão]. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.**

<sup>266</sup> FRANÇA [Constituição (1791)]. **Constitution de 1791.**

<sup>267</sup> TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas.** Vol. 5. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959, p. 17-18

sendo que os cidadãos (CF1791, Título III, cap. 1º, seção 2ª, art. 2) elegeriam os eleitores (CF1791, Título III, cap. 1º, seção II, arts. 1 e 6), que por sua vez elegeriam os representantes (CF1791, Título III, cap. 1º, seção III, art. 1). Os representantes gozavam de inviolabilidade por suas palavras (CF1791, Título III, cap. 1º, seção V, art. 7), mas sem imunidade, podendo ser presos em flagrante ou por mandato, desde que a prisão fosse comunicada à Assembleia para deliberar, ficando o processo suspenso até tal decisão (CF1791, Título III, cap. 1º, seção V, art. 8).

O Poder Executivo, mero executor da vontade geral representada pela lei, caberia ao rei, seus ministros e funcionários (CF1791, Título III, cap. 2º, seção 1ª, art. 3). O rei era inviolável (CF1791, Título III, cap. 2º, seção 1ª, art. 2), mas seus ministros podiam ser responsabilizados (CF1791, Título III, cap. 2º, seção IV, arts. 5 e 6), inclusive criminalmente mediante autorização do Poder Legislativo (CF1791, Título III, cap. 2º, seção IV, art. 8). Além disso, os ministros deveriam prestar contas à Assembleia Nacional (CF1791, Título III, cap. 2º, seção IV, art. 7). Diferente do que previa Montesquieu, o rei não possuía prerrogativa de dissolver a Assembleia (CF1791, Título III, cap. 1º, art. 5), mas apenas de convocá-la (CF1791, Título III, cap. 3º, seção IV, arts. 4 e 5). O rei também possuía poder de sanção e veto (CF1791, Título III, cap. 3º, seção III), sendo que o veto poderia ser derrubado se as duas próximas legislaturas novamente aprovassem a mesma lei vetada (CF1791, Título III, cap. 3º, seção III, art. 2). Apesar disso, o rei não possuía iniciativa de lei, podendo apenas indicar à Assembleia assuntos de seu interesse (CF1791, Título III, cap. 3º, seção 1ª, art. 1, 1 e seção IV, art. 1).

Alguns atos do Poder Executivo (por exemplo, referentes à decretação de guerra e paz, bem como tratado de aliança e comércio, orçamento ou criação/extinção de cargos públicos) dependeriam de ratificação pelo Poder Legislativo (CF1791, Título III, cap. 3º, seção 1º, arts. 1, 2 e 3). Apesar disso, a escolha dos ministros cabia exclusivamente ao rei, sem interferência dos demais Poderes (CF1791, Título III, cap. 2º, seção IV, art. 1). Vale observar que os membros da Assembleia e do Judiciário não poderiam acumular cargos (CF1791, Título III, cap. 1º, seção 3ª, art. 5) e nem assumir a posição de ministro (CF1791, Título III, cap. 2º, seção IV, art. 2).

Por fim, o Poder Judiciário, exercido pelos juízes eleitos pelo povo (CF1791, Título III, cap. V, art. 2), era totalmente independente dos Poderes Legislativo e Executivo (CF1791, Título III, cap. V, art. 1). Tais juízes não poderiam ser demitidos, salvo se condenados por infração (CF1791, Título III, cap. V, art. 2). Acrescenta-se que o Poder Judiciário concebido na Constituição Francesa de 1791 remete à visão montesquiana de um poder nulo, uma vez que os tribunais não poderiam “interferir no exercício do poder legislativo, nem suspender a execução das leis, nem exercer funções administrativas, ou convocar perante eles os administradores em

razão de suas funções” (CF1791, Título III, cap. V, art. 3). Ademais, a única função da Alta Corte Nacional, órgão de cúpula do Judiciário (composto por integrantes do Tribunal de Cassação) seria julgar os ministros e principais agentes do Poder Executivo, mediante acusação emitida pela Assembleia Nacional (CF1791, Título III, cap. V, art. 23).

Em suma, ainda que com muita influência de Rousseau, o modelo de separação dos Poderes adotado na Constituição Francesa de 1791 era mais próximo da concepção de Montesquieu do que o adotado pelos norte-americanos. A independência dos Poderes era mais acentuada, o Poder Legislativo teria mais destaque e o Poder Judiciário seria quase um poder nulo. Por outro lado, chama a atenção a inexistência de uma câmara alta no Poder Legislativo (um dos pontos fundamentais do equilíbrio de Poderes de Montesquieu).

### 3.7.2. Constituição Francesa de 1793 (Constituição do Ano I)

Em 1791, as demais monarquias europeias, temerosas da inspiração que a Revolução Francesa poderia causar em seus países, formaram uma aliança contra a França<sup>268</sup>. Tal movimento desencadeou uma guerra com a Áustria<sup>269</sup> e até do rei da França, que esperava uma derrota dos revolucionários franceses e o consequente retorno ao antigo regime<sup>270</sup>. A possível traição do rei levou à radicalização dos ideais revolucionários, culminando na prisão da família real (em 10 de agosto de 1792)<sup>271</sup>, na adoção do regime republicano (em 21 de setembro de 1792)<sup>272</sup> e na execução do rei (em 21 de janeiro de 1793)<sup>273</sup>. A Assembleia Nacional convocou, pelo voto direto, a Convenção Nacional<sup>274</sup>, órgão unicameral que a substituiu em 20 de setembro de 1792 e assumiu integralmente o poder<sup>275</sup>. Assim, para representar a nova visão, em 1793 a Convenção aprovou uma nova constituição<sup>276</sup>, intitulada de Constituição do Ano I (CF1793)<sup>277</sup>, em referência ao novo calendário republicano adotado pelos revolucionários<sup>278</sup>.

A abertura da Constituição do Ano I contém uma nova declaração de direitos, que condena a concentração de todos os poderes em um único grupo (CF1793, Declaração, art. 26), o que pode ser interpretado como uma outra forma de Separação dos Poderes. A soberania

<sup>268</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 195-196.

<sup>269</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 207.

<sup>270</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 203.

<sup>271</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 214-215.

<sup>272</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 234.

<sup>273</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 245.

<sup>274</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 215-216.

<sup>275</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 232.

<sup>276</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 273.

<sup>277</sup> FRANÇA [Constituição do Ano I (1793)]. **Constitution du 24 juin 1793**.

<sup>278</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 301-302.

continuava sendo de titularidade do povo (CF1793, Declaração, art. 7), da qual os deputados (CF1793, Declaração, art. 8), administradores e juízes são meros representantes (CF1793, Declaração, art. 9).

A escolha dos deputados ao Corpo Legislativo era proporcional à população (CF1793, art. 22), mediante sufrágio universal masculino a partir de 21 anos (CF1793, art. 4) e pelo voto direto, mediante reunião das assembleias primárias (CF1793, art. 22). Os deputados também gozavam de inviolabilidade por suas palavras (CF1793, arts. 43) e somente poderiam ser presos em flagrante, sendo que qualquer mandado de prisão teria que ser previamente aprovado pelo Corpo Legislativo (CF1793, arts. 44). As leis aprovadas pelo Corpo Legislativo, quando questionadas, poderiam ser referendadas diretamente pelos cidadãos por meio das assembleias primárias (CF1793, arts. 59 e 60). Outrossim, em caso de necessidade de revisão constitucional, as assembleias primárias poderiam determinar que o Corpo Legislativo convocasse a Convenção Nacional (CF1793, art. 115), que também assumiria o Poder Legislativo (CF1793, art. 116).

O Poder Executivo nacional caberia ao Conselho Executivo, composto por 24 membros (CF1793, art. 62) escolhidos pelo Corpo Legislativo dentre os candidatos indicados pelas assembleias eleitorais, ou seja, pelo voto indireto (CF1793, art. 63). Além da eleição do Conselho Executivo ser diretamente influenciada pelo Corpo Legislativo, este também interferia em diversas de suas funções, como a quantidade de funcionários (CF1793, art. 67), a ratificação de tratados (CF1793, art. 55) e a fiscalização do Tesouro Nacional (CF1793, art. 104). A sede do Conselho Executivo era no mesmo prédio do Corpo Legislativo, ainda que em local apartado (CF1793, art. 75), podendo este o convocar sempre que fosse conveniente (CF1793, art. 77), sem prejuízo do dever de prestar contas (CF1793, art. 76). Além disso, os membros do Conselho Executivo poderiam ser acusados, em caso de prevaricação, diretamente pelo Corpo Legislativo (CF1793, art. 71). O Poder Executivo era eleito diretamente pelo povo nos municípios e indiretamente nos departamentos e distritos (CF1793, arts. 79 e 80). Suas funções eram totalmente determinadas pelo Legislativo (CF1793, art. 83).

O Poder Judiciário possuía dois ramos, civil e penal, cabendo ao Corpo Legislativo estabelecer a quantidade de juízes de paz e árbitros, bem como suas competências e circunscrições (CF1793, arts. 90 e 92). Apesar disso, os juízes e árbitros eram eleitos pelo povo (CF1793, arts. 88, 91 e 97), todos com mandato de um ano (CF1793, arts. 95 e 97), bem como os membros do Tribunal de Cassação (CF1793, art. 100).

Observa-se que o modelo de separação dos Poderes na Constituição de 1793 se afasta do pensamento de Montesquieu e se aproxima do modelo inglês, em que há certa

preponderância do Poder Legislativo e forte interrelação deste com o Executivo. Contudo, diferente do modelo inglês, na Constituição de 1793 a estrutura do Poder Judiciário é independente do Executivo. Em que pesem os esforços, a Constituição de 1793 não chegou a ser implementada, pois, em tempos de guerra, a Convenção manteve-se em funcionamento<sup>279</sup>, governando com a concentração de Poderes e por meio de comitês, como o Comitê de Salvação Pública<sup>280</sup>, o Comitê de Vigilância<sup>281</sup> e o Comitê de Segurança Geral<sup>282</sup>.

### 3.7.3. Constituição Francesa de 1795 (Constituição do Ano III)

O período da Convenção na Revolução Francesa foi representado por fortes disputas entre os principais grupos políticos<sup>283</sup>. De setembro de 1792 a junho de 1793, a Convenção foi hegemonizada pelos Girondinos, que se sentavam à direita e eram representantes da alta burguesia<sup>284</sup>. Conforme a guerra evoluiu, os ideais revolucionários afloraram e os grupos, que se sentavam à esquerda (daí a origem dos termos direita e esquerda), e batalhavam agrupados na Montanha, venceram os Girondinos e lideraram a Convenção entre junho de 1793 até julho de 1794<sup>285</sup>. Em junho de 1794, houve a chamada “reação termidoriana”<sup>286</sup> em que o grupo da chamada Planície ou Pântano derrotou Robespierre e os Jacobinos (fração mais radical da Montanha). A Planície liderou a convenção até 1795<sup>287</sup>, sendo um grupo heterogêneo, composto por burgueses democratas, porém de visão econômica liberal e que rejeitavam os ideais de igualdade social<sup>288</sup>.

Em 1795, a Planície, em aliança com os monarquistas constitucionais, decidiu reorganizar o poder<sup>289</sup> por meio de uma nova constituição, a Constituição Francesa de 1795 (CF1795). A Constituição do Ano III foi elaborada por uma comissão e debatida na Convenção<sup>290</sup>, sendo posteriormente ratificada em plebiscito<sup>291</sup>. Assim, em 26 de outubro de 1795, a Convenção se dissolveu e a nova Constituição entrou em vigor. A Constituição Francesa

<sup>279</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 275.

<sup>280</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 277.

<sup>281</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 272.

<sup>282</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 358.

<sup>283</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 234.

<sup>284</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 238.

<sup>285</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 271.

<sup>286</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 360-361.

<sup>287</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 365.

<sup>288</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 368-369.

<sup>289</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 413.

<sup>290</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 414.

<sup>291</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 418.

de 1795 também apresentou uma declaração de direitos, na qual consta a separação dos Poderes (CF1795, Declaração, art. 22) e a soberania popular (CF1795, Declaração, art. 17), foi mantido o sufrágio universal masculino a partir de 21 anos (CF1795, art. 8), exercido por meio das assembleias primárias (CF1795, art. 17), assembleias comunais (CF1795, art. 28) e assembleias eleitorais (CF1795, art. 33), com voto secreto (CF1795, art. 31). Não era necessário ter renda para ser deputado (CF1795, art. 74), mas esse era um critério para ser escolhido eleitor (CF1795, art. 35).

O Poder Legislativo era dividido em duas câmaras, o Conselho dos Quinhentos e o Conselho dos Anciões (CF1795, art. 44), cujos integrantes eram eleitos pelas assembleias eleitorais (CF1795, art. 41, 1º). O Poder Legislativo era permanente (CF1795, art. 59), com total autonomia para determinar a duração de suas sessões (CF1795, art. 71), sem influência dos demais Poderes. Porém, aos membros do Poder Legislativo era proibido acumular funções nos demais Poderes (CF1795, art. 46 e 136). Ao Conselho dos Quinhentos, composto por 500 deputados (CF1795, art. 73) com ao menos 35 anos e 10 anos de residência na França (CF1795, art. 74), cabia a iniciativa das leis (CF1795, art. 76). Ao Conselho de Anciões, composto por 250 membros (CF1795, art. 82), com idade a partir de 40 anos, casados ou viúvos, e com 15 anos de residência na França (CF1795, art. 83), competia aprovar ou rejeitar as resoluções do Conselho dos Quinhentos (CF1795, art. 86), sem iniciativa de lei (CF1795, art. 109). Não havia mais o referendo das leis pelas assembleias e nem o poder de veto do Poder Executivo. Os membros do Poder Legislativo tinham imunidade por suas palavras (CF1795, art. 110) e somente podiam ser presos com aprovação de seus pares (CF1795, art. 113) ou em flagrante, sendo que o processo também dependeria de aprovação do Poder Legislativo (CF1795, art. 112). O foro para processos contra os deputados era a Alta Corte de Justiça (CF1795, art. 114).

Por sua vez, o Poder Executivo era formado por um Diretório, composto por cinco membros escolhidos pelo Legislativo (CF1795, art. 132). Tal Diretório não possuía iniciativa de lei, mas podia sugerir temas a serem debatidos pelo Conselho dos Quinhentos, mas sem formato de projeto de lei (CF1795, art. 163). O Poder Legislativo possuía prerrogativa de determinar as atribuições e o número de ministros, entre seis e oito (CF1795, art. 150). Já o Diretório tinha o dever de prestar contas ao Legislativo anualmente, por escrito (CF1795, art. 162) ou quando fosse solicitado (CF1795, art. 161), mas o Legislativo não podia mais convocar os membros do Diretório (CF1795, art. 160), como era previsto anteriormente. Além disso, os membros do Diretório também gozavam das mesmas garantias que os parlamentares (CF1795, art. 158) e seu salário era fixado pela Constituição (CF1795, art. 173).

A escolha dos administradores dos departamentos cabia à respectiva assembleia eleitoral (CF1795, art. 41, 4º), que por sua vez nomeava os administradores municipais, mediante aprovação do Diretório (CF1795, art. 184). Tais administradores não podiam ser dissolvidos pelo Poder Legislativo (CF1795, art. 184), nem interferir nos atos dos outros poderes (CF1795, art. 189). Apesar disso, os administradores estavam subordinados hierarquicamente, dentro do Poder Executivo, de modo que os ministros podiam anular atos dos departamentos, que podiam o mesmo quanto aos municípios (CF1795, arts. 193 e 194), sendo que o Diretório podia anular diretamente quaisquer atos de seus subordinados, bem como destituí-los (CF1795, art. 196).

Algumas atividades típicas do Executivo estavam sujeitas a interferência do Legislativo, como a declaração de guerra – que poderia ser proposta pelo Diretório, mas apenas ao Legislativo cabia a decisão (CF1795, art. 326) – e a escolha dos comissários do Tesouro Nacional – eleitos pelo Conselho de Anciãos, em lista tríplice apresentada pelo Conselho dos Quinhentos. (CF1795, art. 315).

O Poder Judiciário era dividido entre a justiça civil e a criminal, sendo que a maioria de seus integrantes era eleita nas assembleias eleitorais (CF1795, art. 41, 2º, 3º, 5º e 6º). Em cada departamento também havia um tribunal civil (CF1795, art. 216), um criminal (CF1795, art. 244) e, para as infrações menores, entre três e seis tribunais correcionais (CF1795, art. 233). Além disso, havia um Tribunal de Cassação (CF1795, art. 254) e a Alta Corte de Justiça (CF1795, art. 265).

O Tribunal de Cassação sofria relativa interferência do Poder Legislativo (CF1795, arts. 256 e 257), este não podia anular sentenças, mas podia processar os juízes por suas faltas (CF1795, art. 264). A Alta Corte de Justiça era temporária e se constituía apenas mediante convocação do Legislativo (CF1795, art. 267), sob influência direta deste, inclusive quanto ao local de reunião (CF1795, art. 268). A ela competia julgar os membros do Legislativo e do Diretório (CF1795, art. 265), sendo que as acusações seriam lavradas pelo Conselho dos Quinhentos (CF1795, art. 271). Os juízes não podiam acumular funções no Executivo e Legislativo (CF1795, art. 202) e somente poderiam ser destituídos por condenação (CF1795, art. 206). Havia disposição expressa vetando a interferência do Judiciário nas atividades do Poder Legislativo, sendo negado ao primeiro suspender execução de lei e convocar os administradores por razão de suas funções (CF1795, art. 267). Por sua vez, o Legislativo podia determinar os meios para garantir a execução das sentenças e o julgamento (CF1795, art. 293).

Quanto à revisão constitucional, a nova Carta tomou o cuidado de estabelecer que a Assembleia Revisora não teria outras funções, seja legislativa ou governamental (CF1795, art.

342) e que dela não podiam fazer parte os membros do Legislativo que a convocaram (CF1795, art. 345). As disposições constitucionais permaneceriam em vigor enquanto as alterações não fossem ratificadas pelo povo (CF1795, art. 343), por meio das assembleias primárias (CF1795, art. 346). Assim, evitar-se-iam os excetos cometidos no período da Convenção.

Em suma, novamente, neste modelo de separação dos Poderes há preponderância do Poder Legislativo. Se por um lado, o Poder Executivo passou a ser de indicação exclusiva do Poder Legislativo, suas prerrogativas e garantias foram ampliadas, fortalecendo uma independência ao exercício de suas funções. Por sua vez, o Poder Judiciário permaneceu nulo.

Em 18 Brumário do ano VIII (9 de novembro de 1799) Napoleão Bonaparte liderou um golpe de Estado e dissolveu o Diretório, assumindo o poder<sup>292</sup>. Considera-se este fato o encerramento da Revolução Francesa e o início da ditadura napoleônica.

### 3.8. Benjamin Constant e o Poder Neutro (1814-1815)

Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1767-1830) nasceu em Lausanne, na Suíça. Estudou na Bélgica (Bruxelas), nos Países Baixos, no Eleitorado da Baviera (então um Estado independente do Sacro Império Romano-Germânico, antes da unificação alemã) e na Escócia (Edimburgo), mas passou a maior parte de sua vida na França. Em 1795, Benjamin Constant chegou a Paris e tornou-se atuante na Revolução Francesa. A conquista da nacionalidade francesa, por conta de uma lei de 1790, que naturalizou descendentes de expatriados religiosos, a família de Constant era huguenote, permitiu a ele que se instalasse novamente na França. Defensor de ideais republicanos e liberais<sup>293</sup>, contrário tanto do autoritarismo absolutista<sup>294</sup> quanto dos excessos jacobinos na república<sup>295</sup>, Constant desenvolveu a teoria do Poder Neutro (Poder Real), que posteriormente seria adaptada para a monarquia constitucional.

Com a ascensão de Napoleão, em 1799, Constant se opôs à monarquização do regime, tornando-se opositor do cônsul, chegando a ser expulso da França entre 1803 e 1804. Apesar disso, durante o governo dos 100 dias, Napoleão o convidou para ajudar a redigir o Ato

<sup>292</sup> SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 487.

<sup>293</sup> CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder Neutro e razão de Estado em Benjamin Constant**. Revista de Ciências do Estado, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 20, 2019, p. 2.

<sup>294</sup> CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder Neutro e razão de Estado em Benjamin Constant**. Revista de Ciências do Estado, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 20, 2019, p. 2.

<sup>295</sup> CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder Neutro e razão de Estado em Benjamin Constant**. Revista de Ciências do Estado, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 20, 2019, p. 2; DAL RI, Luciene. **Do pouvoir neutre ao poder moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 105-132, jan./mar. 2020, p. 108; e ALVES, Cleber Francisco. **A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45 n. 180, p. 65-75, out./dez. 2008, p. 70.

Adicional de 1815 (que fez as vezes de Constituição durante aquele período) e, por conta disso, Constant teve que fugir quando Napoleão foi novamente derrotado no mesmo ano.

Em 1816, Constant retornou à França e tentou se eleger à Câmara dos Deputados, obtendo sucesso apenas em 1819, sendo reeleito diversas vezes. No parlamento, Benjamin Constant teve importante atuação na oposição liberal e contribuiu com a ascensão ao trono de Luís Felipe I em 1830, ano que marca a morte de Constant em 8 de dezembro.

Conforme já apontado anteriormente, a teoria do Poder Neutro foi desenvolvida por Constant com foco na república<sup>296</sup>, mas inspirada nas instituições da monarquia inglesa<sup>297</sup> e nas ideias de Maison de Clermont-Tonnerre<sup>298</sup> (deputado nos Estados-Gerais que morreu durante a Revolução<sup>299</sup>). O objetivo inicial da teoria do Poder Neutro era evitar o “despotismo do povo”<sup>300</sup>, numa contraposição tanto a Rousseau quanto a Montesquieu<sup>301</sup>. Ao contrário de Rousseau<sup>302</sup>, para Constant a soberania seria limitada<sup>303</sup>, já que não poderia violar os direitos individuais<sup>304</sup>. A fim de evitar tais afrontas, não bastaria apenas a mera separação dos Poderes, uma vez que estes poderiam fazer “coligações”<sup>305</sup>. Assim, seria fundamental um mecanismo de

<sup>296</sup> DAL RI, Luciene. **Do pouvoir neutre ao poder moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 105-132, jan./mar. 2020, p. 109.

<sup>297</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 4 e 13; e CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder Neutro e razão de Estado em Benjamin Constant**. Revista de Ciências do Estado, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 20, 2019, p. 8; DAL RI, Luciene. **Do pouvoir neutre ao poder moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 105-132, jan./mar. 2020, p. 110; e ALVES, Cleber Francisco. **A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45 n. 180, p. 65-75, out./dez. 2008, p. 70.

<sup>298</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 2.

<sup>299</sup> ALVES, Cleber Francisco. **A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45 n. 180, p. 65-75, out./dez. 2008, p. 71.

<sup>300</sup> DAL RI, Luciene. **Do pouvoir neutre ao poder moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 105-132, jan./mar. 2020, p. 114.

<sup>301</sup> DAL RI, Luciene. **Do pouvoir neutre ao poder moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 105-132, jan./mar. 2020, p. 109.

<sup>302</sup> CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 18.

<sup>303</sup> CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 17 e 23.

<sup>304</sup> CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 25; e CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder Neutro e razão de Estado em Benjamin Constant**. Revista de Ciências do Estado, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 20, 2019, p. 2.

<sup>305</sup> CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 24.

equilíbrio, um “equilíbrio de Poderes”<sup>306</sup>. Como Montesquieu, Constant entendia que a preservação da liberdade dependia da separação de Poderes, porém, uma vez que as relações entre os três Poderes se tornassem conflituosas, uma quarta força seria necessária para colocá-los no lugar: o Poder Neutro<sup>307</sup>.

Com a volta da monarquia, em 1814, a teoria do Poder Neutro foi adaptada por Constant para o regime monárquico constitucional<sup>308</sup>. Seria uma maneira de garantir o respeito às liberdades individuais, à cidadania e à representação política mesmo no regime da monarquia<sup>309</sup>. Neste contexto, Constant apresentou um projeto de Constituição por meio do livro *Reflexões sobre as Constituições, a distribuição dos poderes e as garantias*<sup>310</sup>. No ano seguinte, durante o governo dos 100 dias de Napoleão, Constant publicou *Princípios de política aplicáveis a todos os governos representativos e em particular à Constituição atual da França*<sup>311</sup>, obra na qual desenvolve suas teorias já sistematizadas no ano anterior e justifica algumas escolhas realizadas para o Ato Adicional de 1815.

As *Reflexões sobre as Constituições* defendem um projeto de Constituição de estrutura semirrígida<sup>312</sup>, sendo que, com exceção dos limites dos Poderes, dos direitos individuais e políticos (todos imutáveis), as câmaras e o rei poderiam propor alteração em todo o restante. A proposta (capítulo VIII) também continha uma declaração de direitos, válida apenas para os homens residentes na França<sup>313</sup>.

Segundo Constant<sup>314</sup>, as ideias fundamentais de sua propositura são: a natureza do poder real; a hereditariedade dos pares e a necessidade de não limitar o número de pares (membros da Primeira Câmara); a possibilidade de destituição dos ministros; o veto; a possibilidade de dissolução das assembleias representativas (câmaras); a independência do Judiciário; a

<sup>306</sup> CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 31.

<sup>307</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 2-3.

<sup>308</sup> DAL RI, Luciene. **Do poder neutro ao poder moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 105-132, jan./mar. 2020, p. 110.

<sup>309</sup> ALVES, Cleber Francisco. **A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45 n. 180, p. 65-75, out./dez. 2008, p. 70.

<sup>310</sup> Tradução nossa. Cf. CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814.

<sup>311</sup> Tradução nossa. Cf. CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815.

<sup>312</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 157.

<sup>313</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 142.

<sup>314</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. vi.

responsabilidade (dos ministros); os efeitos da iniciativa de lei pelo Poder Executivo, aceita ou recusada pelos representantes do povo; a admissão de ministros como representantes (possibilidade de acúmulo de cargos, podendo os ministros serem membros do Poder Representativo); os salários atribuídos aos deputados da nação (no caso, não remunerados); a organização das forças armadas; o exercício dos direitos políticos; a eleição pelo povo; e a liberdade de imprensa.

Nas *Reflexões sobre as Constituições*, Constant idealizou a existência, não de três, mas de quatro Poderes do Estado<sup>315</sup>: o Poder Real, o Poder Executivo, o Poder Representativo e o Poder Judiciário<sup>316</sup>. Enquanto o Poder Real pertenceria ao rei<sup>317</sup>, o Executivo seria exercido pelos ministros<sup>318</sup>. O Poder Representativo (Legislativo) seria concedido a duas Câmaras<sup>319</sup>, sendo a Primeira Câmara (Câmara Hereditária ou dos Pares)<sup>320</sup> composta por nobres indicados pelo monarca<sup>321</sup> e a Segunda Câmara composta por deputados eleitos pelo povo<sup>322</sup>, sem limites para reeleição<sup>323</sup>. Por fim, o Poder Judiciário seria composto por juízes permanentes e jurados<sup>324</sup>.

Para Benjamin Constant<sup>325</sup>,

---

<sup>315</sup> Nos *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*, Benjamin Constant idealizou cinco Poderes de Estado: Poder Real, o Poder Executivo, o Poder Representativo de Duração, o Poder Representativo de Opinião e o Poder Judiciário. Na prática, ele apenas dividiu o Poder Representativo (Legislativo) nas duas câmaras já idealizadas, sendo que o Poder Representativo de Duração equivaleria à Primeira Câmara (Câmara Hereditária ou Câmara dos Pares), o Poder Representativo de Opinião equivaleria à Segunda Câmara). Apesar desta distinção, toda a argumentação sobre o Poder Neutro (Poder Real) apresentada em *Princípios de política aplicáveis a todos os governos* segue exatamente a mesma lógica das *Reflexões sobre as Constituições*, considerando os dois Poderes Representativos (de Duração e de Opinião) como um único Poder.

<sup>316</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 1.

<sup>317</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 8.

<sup>318</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 8.

<sup>319</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 9.

<sup>320</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 9.

<sup>321</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 18.

<sup>322</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 13.

<sup>323</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 69.

<sup>324</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 13.

<sup>325</sup> CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 2-3; CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*. Paris: A. Eymery, 1815, p. 34-35.

Os três poderes políticos, como os conhecemos até agora, os poderes executivo, legislativo e judiciário, são três molas que devem cooperar, cada uma a seu lado, no movimento geral; mas quando essas molas perturbadas se cruzam, colidem e se atrapalham, uma força é necessária para colocá-las de volta em seus lugares. Essa força não pode estar em uma dessas molas, pois serviria a ele para destruir as outras; deve ser exterior, ser neutro de alguma forma, para que a sua ação se aplique, necessariamente onde for necessário que seja aplicado, e para que seja conservadora e restauradora sem ser hostil<sup>326</sup>.

Portanto, a distinção entre o Poder Real e o Poder Executivo seria a chave para qualquer organização política<sup>327</sup>, pois o rei atuaria como um Poder Neutro, buscando sempre garantir o equilíbrio entre os demais Poderes<sup>328</sup>. Este aspecto seria o diferencial entre as monarquias constitucionais e as absolutas<sup>329</sup>, sendo também necessário nas repúblicas<sup>330</sup>. O Poder Real, enquanto uma autoridade neutra, solucionaria as disputas entre os demais Poderes, pronunciar-se-ia sobre suas reivindicações e os protegeria uns dos outros, tal qual faz o Poder Judiciário em caso de divergências entre os cidadãos. Segundo Constant, “o poder real é, de certa forma, o poder judiciário dos demais poderes”<sup>331</sup>. Para tanto, o Poder Real nunca poderia ocupar o lugar dos outros Poderes<sup>332</sup>. Deste modo, seria um erro a combinação entre este Poder Neutro

---

<sup>326</sup> Tradução nossa. Segue o texto original: “Les trois pouvoirs politiques, tels qu'on les a connus jusqu'ici, le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général; mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entrechoquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l'un de ces ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres; il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre en quelque sorte, pour que son action s'applique, nécessairement partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice et réparatrice sans être hostile” (Cf. CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814).

<sup>327</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 1; CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 34.

<sup>328</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 3; CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 34.

<sup>329</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 4; CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 36.

<sup>330</sup> CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 34.

<sup>331</sup> Tradução nossa. Segue o texto original: “Lorsque les citoyens, divisés entre eux d'intérêt, se nuisent réciproquement, une autorité neutre les sépare, prononce sur leurs prétentions, et les préserve les uns des autres. Cette autorité, c'est le pouvoir judiciaire. De même, lorsque les pouvoirs publics se divisent et sont prêts à se nuire, il faut une autorité neutre, qui fasse à leur égard ce que le pouvoir judiciaire fait à l'égard des individus. Cette autorité, dans la monarchie constitutionnelle, c'est le pouvoir royal. Le pouvoir royal est, en quelque sorte, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs” (cf. CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 8).

<sup>332</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 3; CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique,**

(Poder Real) e qualquer dos Poderes ativos (Executivo, Legislativo e Judiciário), o que resultaria em arbitrariedade, tirania, despotismo ou usurpação<sup>333</sup>.

Neste sentido, é fundamental separar o Poder Real (do rei) do Poder Executivo (exercido pelos ministros). Se os ministros forem meros agentes do rei, este não atuará de forma neutra; mas se forem um Poder à parte, então o Poder Real será efetivamente neutro para destituir os ministros ou dissolver as assembleias representativas (conforme o caso)<sup>334</sup>.

No capítulo II das *Reflexões sobre as Constituições*, Benjamin Constant lista e explica as seguintes prerrogativas do Poder Real:

1. O rei nomeia e destitui o Poder Executivo<sup>335</sup>;
2. O rei nomeia os membros da Câmara Hereditária, cujo número é ilimitado<sup>336</sup>;
3. O rei contribui para a confecção das leis, seja pela proposição, que lhe pertence; bem como a ambas as Câmaras, quer pela sanção que lhe é reservada, e sem a qual nenhuma lei pode ter lugar<sup>337</sup> (o veto não é apenas necessário, mas também absoluto<sup>338</sup>);
4. O rei pode suspender e dissolver a Segunda Câmara<sup>339</sup>; e) O rei nomeia os juízes que são inamovíveis e vitalícios<sup>340</sup> (e devidamente remunerados)<sup>341</sup>;
5. O rei atenua a severidade das penalidades com o direito de conceder a graça<sup>342</sup>.
6. O rei decide sobre a paz e a guerra<sup>343</sup>; e

---

**applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France.** Paris: A. Eymery, 1815, p. 36.

<sup>333</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 5; CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France.** Paris: A. Eymery, 1815, p. 37-38.

<sup>334</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 7.

<sup>335</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 14.

<sup>336</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 18.

<sup>337</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 21.

<sup>338</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 25.

<sup>339</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 26.

<sup>340</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 33.

<sup>341</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 36.

<sup>342</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 37.

<sup>343</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.** Paris: H. Nicolle, 1814, p. 39.

7. A pessoa do rei é inviolável<sup>344</sup> e, diferente dos ministros<sup>345</sup>, sagrada<sup>346</sup>.

Além disso, no sistema idealizado por Constant, citado na referida obra, os ministros também poderiam propor leis<sup>347</sup>, mas sem direito de veto (exclusivo do rei). Além disso, os ministros são totalmente responsáveis pelos atos do Poder Executivo<sup>348</sup>. As forças armadas, por sua vez, eram subordinadas ao rei<sup>349</sup>.

Identifica-se ainda que não haveria imaculabilidade de cargos entre ministros e membros do Poder Representativo<sup>350</sup>. Os membros da Segunda Câmara seriam eleitos nos distritos<sup>351</sup>, sendo que o voto e o exercício dos direitos políticos obedeceriam ao critério censitário<sup>352</sup>. Os membros do Poder Representativo não seriam remunerados<sup>353</sup>. A duração das sessões da Segunda Câmara seria definida por lei, podendo durar de três a sete anos, exceto em caso de dissolução<sup>354</sup>.

Ainda que apresentado como um Poder à parte, o Poder Real guarda bastante semelhança com o que John Locke havia denominado Função de Prerrogativas, especialmente quanto ao poder de reunir ou destituir o parlamento e decidir a duração de suas sessões (seção 2.3 desta tese). Da mesma forma, também em Montesquieu existe a ideia de um poder regulador que moderaria os demais (ainda que com sentido de classe/ordem do que de Poderes/órgãos), que neste caso seria a própria Câmara dos Nobres no Parlamento, que só teria a faculdade de impedir e não de estatuir (seção 2.4 desta tese). Por fim, outros autores identificam que o Poder Real de Constant seria constituído por faculdades que todos os reis constitucionais da Europa

---

<sup>344</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 40.

<sup>345</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 42.

<sup>346</sup> Vale observar que, para as repúblicas, Constant defende a responsabilização dos titulares de todos os Poderes, inclusive o equivalente ao Poder Real. Cf. CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815, p. 45-48.

<sup>347</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 41.

<sup>348</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 42 e 47.

<sup>349</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 95.

<sup>350</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 57.

<sup>351</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 114.

<sup>352</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 105.

<sup>353</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 65.

<sup>354</sup> CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814, p. 76.

já possuíam no século XIX, sendo que a única inovação de Constant seria separar tais funções do Poder Executivo<sup>355</sup>.

Independente disso, como é público e notório, as ideias de Benjamin Constant, em especial as relacionadas ao Poder Neutro, foram muito influentes na elaboração da primeira Constituição brasileira, o que será objeto de análise mais aprofundada no Capítulo 3 (seção 3.1 desta tese).

### 3.9. Constituição de Cádiz (1812)

Durante as guerras napoleônicas, entre 1808 e 1814, a Espanha foi invadida e ocupada pelas tropas francesas. Ao longo deste período, em Cádiz, organizou-se um governo espanhol de resistência, a partir das chamadas Cortes de Cádiz. Em 19 de março de 1812, as Cortes promulgaram a Constituição Política da Monarquia Espanhola (CE1812)<sup>356</sup>, a Constituição de Cádiz ou *La Pepa*<sup>357</sup>.

A Constituição de Cádiz foi claramente inspirada na Constituição Francesa de 1791, ainda que alguns autores reconheçam que não se trata de mera cópia. A forma de governo adotada pela Constituição de Cádiz foi a monarquia moderada hereditária (CE1812, art. 14), que reconheceu a soberania de toda a nação (CE1812, art. 3º) e a separação tripartite dos Poderes.

O Poder Legislativo era exercido pelas Cortes (CE1812, art. 131, primeira) compostas por deputados eleitos (CE1812, art. 31) para mandatos de dois anos (CE1812, art. 108). Ainda que indireto (CE1812, art. 34), o voto não era propriamente censitário (CE1812, arts. 35, 45, 59, 75, 78), uma vez que a renda própria era um pré-requisito para alguns cargos, por exemplo, deputado (CE1812, art. 92) ou membro da Comissão Provincial (CE1812, art. 330). Os deputados eram invioláveis por suas opiniões, somente poderiam ser processados em casos criminais pelo Tribunal de Cortes e não poderiam ser processados civilmente durante e até um mês após a sessão das cortes (CE1812, art. 128). Aos deputados era vedado solicitar emprego de provisão do rei ou promoção, excedo na respectiva carreira (CE1812, art. 129) e, até um ano

<sup>355</sup> CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder Neutro e razão de Estado em Benjamin Constant**. Revista de Ciências do Estado, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 20, 2019, p. 29.

<sup>356</sup> ESPANHA. [Constituição (1812)]. Constitución Política de la Monarquía Española.

<sup>357</sup> BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Constituição de Cádiz de 1812**. Revista de informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação, v. 50, n. 198, p. 87–110, abr./jun., 2013, p. 103; e DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual**. Revista de Estudios Brasileños, ano 1, v. 1, n. 1, p. 81-96, 2º semestre, 2014, p. XXX.

depois, também era proibido obter ou solicitar, do rei, qualquer pensão ou condecoração para si ou para outrem (CE1812, art. 130).

As sessões das Cortes Ordinárias duravam três meses, a partir de 1º de março (CE1812, art. 106), podendo esse prazo ser prorrogado (CE1812, art. 107). Entre as sessões das Cortes Ordinárias era mantida uma deputação permanente (CE1812, art. 159), composta por sete deputados (CE1812, art. 157). Em situações especiais, poderiam ser convocadas as Cortes Extraordinárias, compostas pelos mesmos deputados (CE1812, art. 161 a 167). O rei não poderia suspender, dissolver e, de qualquer maneira, atrapalhar as sessões e deliberações das cortes (CE1812, art. 172, primeira).

O poder de fazer as leis cabia conjuntamente às Cortes e ao Rei (CE1812, art. 15), competindo aos deputados a proposta, a discussão e a aprovação dos projetos (CE1812, art. 132 a 141) e ao rei a proposição de leis (CE1812, art. 171, décima-quarta), a sanção (CE1812, art. 142 e 143) ou o veto (CE1812, art. 144 a 147). Em caso de veto, as Cortes poderiam votar novamente a mesma lei no ano seguinte, podendo novamente ser vetada (CE1812, art. 148), mas, havendo uma terceira aprovação, não cabia mais o veto (CE1812, art. 149).

O rei detinha o Poder Executivo (CE1812, art. 170), com a prerrogativa de sancionar (CE1812, art. 142) e executar as leis (CE1812, art. 16). Sendo sagrado e inviolável, o rei não podia ser responsabilizado (CE1812, art. 168) e seus poderes reais eram bem definidos (CE1812, art. 171) e limitados (CE1812, art. 172). Cabia ao rei nomear os secretários de Estado e Despacho (CE1812, art. 171, décima-sexta) e prover todos os empregos civis e militares (CE1812, art. 171, quinta). O rei também possuía o poder de indultar os criminosos (CE1812, art. 171, décima-terceira). Entre as limitações, o rei dependia de consentimento das Cortes para ausentar-se do reino (CE1812, art. 172, segunda), conceder subsídios a outros países (CE1812, art. 172, sexta), alienar bens públicos (CE1812, art. 172, sétima), criar impostos (CE1812, art. 172, oitava) ou contrair matrimônio (CE1812, art. 172, décima-segunda).

Não havia qualquer impedimento censitário para cargos de secretário de estado (CE1812, art. 223), sete no total (CE1812, art. 222), bastando que fosse cidadão nacional no exercício de seus direitos (CE1812, art. 223). Já o Conselho de Estado era composto por quarenta cidadãos nacionais no exercício de seus direitos, sem qualquer impedimento censitário (CE1812, art. 231). Tais integrantes seriam nomeados pelo rei, mediante proposta das Cortes (CE1812, art. 233).

O Poder Judiciário e a atribuição de aplicar as leis às causas civis e criminais cabia aos tribunais (CE1812, art. 17 e 242), sendo vedado às Cortes exercer qualquer função judicial ou avocar causas (CE1812, art. 243). Por sua vez, os tribunais não podiam suspender a execução

de lei ou regulamento (CE1812, art. 246). Os magistrados de todos os tribunais civis e criminais eram nomeados pelo rei, mediante proposta do Conselho de Estado (CE1812, art. 171, quarta), devendo ser nascidos em território espanhol e maiores de 25 anos, além de outros requisitos legais (CE1812, art. 251).

O governo dos povoados era eleito pelos cidadãos (CE1812, art. 313 a 315), mas os das províncias eram nomeados pelo rei (CE1812, art. 324), acompanhado pela deputação provincial eleita (CE1812, art. 326).

As alterações da Constituição somente poderiam ser propostas depois de oito anos (CE1812, art. 375) por deputação eleito com esta expressa autorização (CE1812, art. 376). A Constituição de Cádiz vigorou por três períodos na Espanha<sup>358</sup>: de 19 de março de 1812 até 4 de maio de 1814 (quando ainda estava sob a ocupação francesa); de 8 de março de 1820 até 1º de outubro de 1823 (Triênio Liberal); e de agosto de 1836 até 1837 (Motim da Granja de Santo Ildefonso). Em particular, o Triênio Liberal exerceu grande influência sobre Portugal, tendo sido uma das inspirações para a Revolução Liberal do Porto de 1820<sup>359</sup>. De tal evento, em 1821 foram instituídas as Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa, com a finalidade de elaborar uma Constituição do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. A Constituição de Cádiz foi utilizada tanto como base para o processo eleitoral dos integrantes das Cortes (o capítulo eleitoral da Constituição de Cádiz foi literalmente traduzido para o português, com alterações pontuais), quanto para a elaboração da própria Constituição Portuguesa de 1822<sup>360</sup>.

Seus efeitos também foram sentidos no Brasil a ponto de ter a Constituição de Cádiz sido colocada interinamente em vigor pelo rei Dom João VI (por um único dia, em 21 de abril de 1821), “até a instalação da Constituição em que trabalham as Cortes atuais de Lisboa”<sup>361</sup>. Tal decisão foi revogada no dia seguinte<sup>362</sup>. Apesar disso, tanto o projeto constitucional de Ribeiro de Andrada (durante a Assembleia Geral e Constituinte de 1823, posteriormente dissolvida pelo imperador Dom Pedro I), quanto a efetiva Constituição Brasileira de 1824<sup>363</sup>

<sup>358</sup> Cf. BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Constituição de Cádiz de 1812**. Revista de informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação, v. 50, n. 198, p. 87–110, abr./jun., 2013; DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual**. Revista de Estudios Brasileños, ano 1, v. 1, n. 1, p. 81-96, 2º semestre, 2014.

<sup>359</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual**. Revista de Estudios Brasileños, ano 1, v. 1, n. 1, p. 81-96, 2º semestre, 2014, p. 94.

<sup>360</sup> BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Constituição de Cádiz de 1812**. Revista de informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação, v. 50, n. 198, p. 87–110, abr./jun., 2013, p. 101.

<sup>361</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Biblioteca Digital. Collecção das Leis do Brazil de 1821. Parte 2 (Decretos, Cartas e Alvarás). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, p. 69-70.

<sup>362</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Biblioteca Digital. Collecção das Leis do Brazil de 1821. Parte 2 (Decretos, Cartas e Alvarás). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, p. 70.

<sup>363</sup> BRASIL [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**.

foram elaboradas com inspiração da Constituição de Cádiz<sup>364</sup>. A mesma influência foi sentida no Reino das Duas Sicílias em 1820<sup>365</sup>, no Reino da Sardenha em 1821<sup>366</sup>, no Reino da Noruega em 1814<sup>367</sup> e despertou interesse na Rússia em 1812 e 1825<sup>368</sup>.

### 3.10. Evolução e elementos da separação dos Poderes

Nota-se que, assim como todas as ideias políticas, que o conceito que hoje a doutrina trata como separação dos Poderes, na realidade, é uma construção histórica que combinou diferentes ideias, nos mais variados contextos, e que foram se modificando gradualmente.

O equilíbrio entre os Poderes encontra sua inspiração remota na constituição mista do pensamento greco-romano, que originalmente buscava o equilíbrio entre as classes sociais (fundamentadas em uma sociedade de ordens) dentro do Estado (mas não se tratava de uma divisão de funções, ainda que pudesse haver uma separação de órgãos, como bem desenvolvido no pensamento de Políbio). Mesmo na monarquia mista da Inglaterra, as classes se equilibravam dentro do Parlamento, sendo que tal equilíbrio intraorgânico (dentro do Poder) pressuporia a soberania deste órgão sobre o rei.

O equilíbrio entre as classes/ ordens deixaria de fazer sentido nas repúblicas (inglesa, francesa ou norte-americana). Assim, na República Inglesa (o que é bem sintetizado pelo pensamento de John Locke) e na Francesa revolucionária (incluindo Rousseau), a supremacia do Parlamento se desenvolveu sem equilíbrio, em direção ao atual sistema parlamentarista. Por sua vez, nos EUA foi adotado o equilíbrio interorgânico (entre os Poderes), típico do modelo presidencialista.

<sup>364</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vitor Pimentel. **¡Viva la Pepa!: A História não Contada da Constitución Española de 1812 em Terras Brasileiras**. Revista IHGB, Rio de Janeiro, a.173 (452), p. 201-223, jul./set., 2011; BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Constituição de Cádiz de 1812**. Revista de informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação, v. 50, n. 198, p. 87-110, abr./jun., 2013, p. 97.

<sup>365</sup> BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Constituição de Cádiz de 1812**. Revista de informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação, v. 50, n. 198, p. 87-110, abr./jun., 2013, p. 97; e DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual**. Revista de Estudios Brasileños, ano 1, v. 1, n. 1, p. 81-96, 2º semestre, 2014, p. 94.

<sup>366</sup> MARTELL, María Dolores Álamo. Repercusion de la Constitución Gaditana de 1812 en el Reino de Cerdeña. **Anuario de Historia del Derecho Español**, La Rioja, n. LXIX, p. 359-365, Enero, 1999.

<sup>367</sup> BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Constituição de Cádiz de 1812**. Revista de informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação, v. 50, n. 198, p. 87-110, abr./jun., 2013, p. 97; e TAMM, Ditlev. **Cádiz 1812 y Eidsvoll 1814**. Revista Historia Constitucional, Madrid, n. 7, p. 314-319, 2006.

<sup>368</sup> BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Constituição de Cádiz de 1812**. Revista de informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação, v. 50, n. 198, p. 87-110, abr./jun., 2013, p. 97; e ALEXEEVA, Tatiana A.. **Constitución de Cádiz en Rusia**. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, Nº. 6, p. 189-203, 2015.

A relação entre os Poderes também não ficaria estanque. No parlamentarismo não haveria autonomia e independência entre os Poderes, sendo natural a interferência e a colaboração entre os Poderes (por exemplo, parlamentares podendo assumir cargos no Executivo, *impeachment* de ministros, veto do Executivo ou a possibilidade de dissolução do Parlamento. De outro lado, no presidencialismo haveria autonomia e independência entre os Poderes, mas, para garantir o já citado equilíbrio, alguns mecanismos de controle seriam necessários (*checks and balances*), tais como *Judicial Review*, sanção presidencial e do poder de veto, cargos executivos que devem ser aprovados pelo Senado, *impeachment* do presidente, nomeação da Suprema Corte pelo presidente com aprovação do Senado, entre outros.

Já a separação orgânica-pessoal das funções surgiria como um dos elementos da supremacia do Parlamento durante as revoluções inglesas e seria racionalizada inicialmente por Locke, que identificou quatro funções, distribuídas entre dois órgãos (a principal, legislativa, para o Parlamento, e as demais, subordinadas, para o rei). No mesmo sentido foi Rousseau, para quem existiriam duas únicas funções, a elaboração e a aplicação da lei, sendo que até mesmo o Poder Executivo deveria ser subdividido em outros órgãos, como maneira de enfraquecê-lo perante o Legislativo. Posteriormente viria a conceituação de Montesquieu, entre as funções executiva, legislativa e judiciária, e a variação proposta por Benjamin Constant, que a estes três acrescentaria o Poder Real (bastante semelhante com o Poder de Prerrogativas de John Locke).

Enfim, a tripartição dos Poderes, criação de Montesquieu, desenvolveria a separação orgânica-pessoal das funções (Executivo, Legislativo e Judiciário), ainda que seu foco original não fosse o equilíbrio entre os Poderes (inclusive porque o Judiciário seria nulo), mas o equilíbrio entre as classes/ordens (acomodadas entre o rei e as duas câmaras do Parlamento), modelo que foi seguido pela primeira Constituição da França (e abandonado nas seguintes). Os revolucionários norte-americanos, por sua vez, adotariam a tripartição, mas em uma sociedade não-estamental, na qual o objetivo seria o equilíbrio entre os Poderes e não classes/ordens.

Resumindo, todos os principais elementos da atual concepção da separação dos Poderes sofreram bastante modificação ao longo da história ou do local em que foram aplicados, estando ainda em constante evolução. Mesmo hoje, é possível verificar que as diferenças entre os modelos de separação dos Poderes não se distinguem apenas entre as concepções parlamentarista (tal qual o Reino Unido) ou presidencialista (tal qual os EUA), mas que existem modelos muito particulares (por exemplo, o “parlamentarismo limitado” da Índia, Canadá, África do Sul, Alemanha e Espanha)<sup>369</sup>. Ainda hoje, jusfilósofos se propõem a sugerir melhorias

---

<sup>369</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação dos Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

e adaptações nos sistemas existentes, buscando uma “nova separação dos Poderes” <sup>370</sup>, evoluindo para muito além das ideias clássicas e questionamento especialmente Montesquieu<sup>371</sup>.

Como veremos no próximo capítulo, as diferentes concepções de separação dos Poderes chegaram ao Brasil, inicialmente intermediadas pela Constituição de Cádiz e pelo pensamento de Benjamin Constant (resultando na monarquia parlamentarista do Império) e, posteriormente, como cópia das instituições norte-americanas (na República). Apesar da influência estrangeira, a concepção da separação dos Poderes se adaptaria à realidade brasileira, evoluindo até assumir características próprias.

---

<sup>370</sup> Por exemplo, Bruce Ackerman sugere analisa a separação dos Poderes sobre três perspectivas: democracia, eficiência do Estado e defesa dos direitos Fundamentais. A partir destes três ideais, concebe ele um novo sistema, a partir de um parlamentarismo limitado de duas instituições distintas (ou seja, diferente do modelo presidencialista de uma “casa e meia”, como nos EUA), com constituição escrita, instituições não-judiciais separadas para tutelar os direitos fundamentais, entre outros elementos (cf. ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

<sup>371</sup> Entre outros exemplos, podemos citar: o próprio Bruce Ackerman (ACKERMAN, Bruce. **Adeus, Montesquieu**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014), Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg. Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 13-110, 2001) e André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. **A Superação da Doutrina Tripartite dos Poderes do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

## 4. SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA EVOLUÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DO BRASIL

O tema da separação dos Poderes é extremamente amplo e permite inúmeras abordagens, de modo que seria impossível contemplar todas. Considerando que o objetivo desta tese é analisar um conjunto específico de decisões do STF relacionadas à separação dos Poderes, optamos, neste capítulo, por fazer uma abordagem deste princípio na ordem constitucional brasileira a partir da análise das cláusulas-parâmetros que informaram a aplicação da separação dos Poderes nas constituições republicanas (enumeradas por Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>372</sup>). Tal abordagem permite identificar os aspectos gerais da separação dos Poderes, enquanto norma-princípio constante nas constituições brasileiras e, especialmente, evidencia sua evolução histórica além de possibilitar o exame destas normas-regras que desenvolveram o modelo brasileiro.

Para compreender a separação dos Poderes em sua atualidade no Brasil é essencial uma análise mais profunda da sua gênese e evolução ao longo do período republicano até a Constituição de 1988. Não obstante, não podemos ignorar a experiência constitucional do Império, ainda que contenha diferenças estruturais. Desta forma, inicialmente faremos uma análise superficial da separação dos Poderes durante a vigência da Constituição de 1824 para, em seguida, abordar de maneira mais completa a separação dos Poderes na República.

### 4.1. Separação dos Poderes no Império

Sob o aspecto jurídico, a separação dos Poderes é efetivamente introduzida no Brasil com a outorga da Constituição Imperial de 1824<sup>373</sup>. Sem embargo, é importante ressaltar que o

---

<sup>372</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 13.

<sup>373</sup> Existem, no entanto, três experiências anteriores à Constituição de 1824 que merecem destaque a) Em 10 de março de 1821, as Cortes de Lisboa aprovaram um documento pré-constitucional denominado as “Bases para a Constituição da Monarquia Portuguesa”, que estabelecia a monarquia constitucional no império português (do qual o Brasil ainda fazia parte), inclusive com separação dos Poderes;

b) Em 21 de abril de 1821, a população do Rio de Janeiro pressionou o rei Dom João VI para que, antes de retornar a Portugal, colocasse em vigor temporariamente no Brasil a Constituição de Cádiz, que era reconhecida como bastante liberal para a época e que também estabelecia a monarquia constitucional com separação dos Poderes (o temor da população brasileira era que o retorno do rei a Portugal representasse a recolonização do Brasil). Em 22 de abril de 1821, o rei Dom João VI voltou atrás e revogou a Constituição de Cádiz; e

c) Em 3 de maio de 1823, formou-se a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, para elaborar uma Constituição para o Brasil independente. O projeto de Constituição, de Ribeiro de Andrada, apresentado em 1º de setembro de 1823, também estabelecia a monarquia constitucional com separação dos Poderes. Mas em 11 de novembro de 1823, o imperador Dom Pedro I dissolveu a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, de modo que o projeto de Constituição de Ribeiro de Andrada nunca foi finalizado. (Cf. MEINBERG, Marcio Ortiz. **Dualidade de**

fundamento teórico da separação dos Poderes é bastante distinto entre o período imperial e o período republicano.

No período imperial o sistema de governo adotado foi a monarquia constitucional, com influência da Constituição de Cádiz (constituição espanhola de 1812)<sup>374</sup>, mas com o modelo de separação de Poderes inspirado nas ideias de Benjamin Constant<sup>375</sup>. Trata-se de um modelo bastante distinto daquele adotado após a Proclamação da República: um sistema republicano presidencialista, fortemente inspirado nos Estados Unidos, com fundamento na concepção de Montesquieu para a separação dos Poderes.

Uma das principais particularidades da Constituição de 1824 foi a existência de quatro Poderes (CB1824, art. 10), no modelo de Benjamin Constant. Assim, o Poder Executivo seria exercido pelos ministros de Estado (CB1824, art. 102), o Poder Legislativo pela Assembleia Geral (CB1824, art. 13), o Poder Judicial pelos juízes e tribunais de justiça (CB1824, art. 151 a 163) e o Poder Moderador pelo Imperador (CB1824, art. 98).

Na concepção teórica de Benjamin Constant, o poder do monarca deveria ser neutro, de forma a garantir a independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes. Na prática, todavia, o poder do Imperador sobrepunha-se aos demais poderes, pois tinha a prerrogativa de nomear senadores (CB1824, art. 101, I), convocar, prorrogar, adiar e dissolver a Assembleia Geral (CB1824, art. 101, II, V), intervindo no Poder Legislativo; além de interferir no Poder Judicial, pela suspensão de magistrados (CB1824, art. 101, VII); e no Poder Executivo pela nomeação e demissão dos ministros (CB1824, art. 101, VI).

Posteriormente, em 1847, o regime imperial foi alterado para empregar o sistema parlamentarista de governo (dualista<sup>376</sup>), no qual o Poder Executivo passava a atuar em consonância com o Poder Legislativo (aprofundaremos o tema do parlamentarismo mais à frente, neste mesmo capítulo, na seção 4.4.1.1). Trata-se de uma concepção de separação dos Poderes diferente do modelo presidencialista, posteriormente aplicado na República e mantido até hoje, no qual há independência entre o Executivo e o Legislativo.

---

**Poderes no alvorecer do Brasil Constitucional (1821 a 1824).** Revista Historia Constitucional, Oviedo, n. 19, p. 443-465, 2018).

<sup>374</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vitor Pimentel. **¡Viva la Pepa!: A História não Contada da Constituição Española de 1812 em Terras Brasileiras.** Revista IHGB, Rio de Janeiro, a.173 (452): 201-223, jul./set., 2011, p. 221.

<sup>375</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Verbatim, 2018, p. 151.

<sup>376</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 236.

## 4.2. Separação dos Poderes na República

Conforme exposto anteriormente, com a República, o Brasil adotou o sistema republicano presidencialista e a formulação clássica da separação dos Poderes (conforme idealizada por Montesquieu), mas com forte inspiração norte-americana<sup>377</sup>. A teoria de Montesquieu (que o bom governo depende da divisão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem atuar “de concerto”), ao ser transportada para as constituições presidencialistas, assume essencialmente a ideia de freios e contrapesos (para conter e fazer os Poderes atuarem de concerto)<sup>378</sup>. Neste sentido, o fim inspirador do princípio da separação dos Poderes é a limitação do poder em si, o que depende de mecanismos que impeçam um dos Poderes de se sobrepor aos demais<sup>379</sup>. Este modelo evoluiu e se transformou ao longo da história do Brasil, mas mantém até hoje algumas características fundamentais decorrentes de sua origem, que desenvolveremos a seguir.

## 4.3. Cláusulas-parâmetro da separação dos Poderes

Com relação ao princípio da separação dos Poderes no constitucionalismo brasileiro republicano, Ferraz<sup>380</sup> identifica três que seriam suas cláusulas-parâmetro (tais cláusulas são originadas da análise de dispositivos constantes em quase todas as constituições da República). São elas:

- a) A independência e harmonia entre os Poderes;
- b) A indelegabilidade de atribuições dos Poderes; e
- c) A inacumulabilidade de funções.

## 4.4. Cláusula-parâmetro da independência e harmonia

A independência e harmonia entre os Poderes é provavelmente a mais típica das cláusulas-parâmetro e surge pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro pelo artigo 15

---

<sup>377</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 152; e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 20.

<sup>378</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 13.

<sup>379</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 13.

<sup>380</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 13-14.

da Constituição Provisória da República (colocada em vigor pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890<sup>381</sup>, e que vigorou até 24 de fevereiro de 1891, com a promulgação da primeira Constituição da República). Com exceção da Carta de 1937<sup>382</sup>, todas as Constituições a partir de então contiveram a cláusula-parâmetro de independência e harmonia entre os Poderes (vide o Apêndice A).

Esta cláusula-parâmetro de independência e harmonia entre os Poderes impõe a existência de um conteúdo mínimo e máximo de independência a cada um dos Poderes perante os demais<sup>383</sup>. Desta forma, é necessário um conjunto de instrumentos para garantir tal independência<sup>384</sup> ou para garantir o equilíbrio, caso algum dos Poderes não atue “de concerto” (os freios e contrapesos)<sup>385</sup>. As exceções à cláusula-parâmetro de independência e harmonia entre os Poderes são possíveis<sup>386</sup>, mas tão somente no sentido de garantir o equilíbrio (e sempre de maneira expressa a partir da própria Constituição).

A mera adoção do princípio da separação dos Poderes não significa que não haverá conflito entre eles (visto que nem sempre os Poderes atuam de concerto), de modo que o sistema de freios e contrapesos (caracterizador da harmonia entre os Poderes)<sup>387</sup> assume um aspecto essencial. Tais instrumentos, contudo, devem ser manejados sempre com equilíbrio e moderação<sup>388</sup>. Assim, as interferências entre os Poderes só se justificam quando forem

<sup>381</sup> BRASIL. Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

<sup>382</sup> BRASIL [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937..**

<sup>383</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 14-15.

<sup>384</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz apresenta os seguintes exemplos de instrumentos para garantir a independência entre os Poderes: eleição direta para presidente da República; eleição direta dos membros do Congresso Nacional; indissolubilidade do Congresso Nacional pelo presidente da República; e atribuições exclusivas ou privativas de cada um dos Poderes. A eles podemos acrescentar também as prerrogativas, inviolabilidades e imunidades dos parlamentares; as vedações e causas de perda de mandato dos parlamentares (limitam a liberdade do titular, mas protegem o Poder); as garantias dos juízes; entre outros (cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 22).

<sup>385</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz apresenta os seguintes exemplos de instrumentos do sistema de *checks and balances*: *impeachment* e veto presidencial. Podemos acrescentar a iniciativa de lei pelo presidente da República; a iniciativa de lei pelo Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade (cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 22).

<sup>386</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz apresenta os seguintes exemplos de exceções constitucionais expressas ao princípio da separação dos Poderes: lei delegada e decreto-lei. Com a Constituição de 1988, pode-se substituir o decreto-lei pelo instituto da medida-provisória (cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 22).

<sup>387</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

<sup>388</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 18-19.

necessárias para conter eventuais abusos de algum deles e sempre utilizando os meios estritamente razoáveis para tal fim<sup>389</sup>.

Por sua vez, a independência entre os Poderes pode ser subdividida em quatro elementos<sup>390</sup>:

- a) Formação independente (sem interferência dos outros Poderes);
- b) Livre exercício de suas atribuições (sem depender de autorização dos demais Poderes);
- c) Auto-organização e estruturação interna básica independente (observando as disposições constitucionais e legais); e
- d) Condições que permitam a atuação e o funcionamento independentes ou autônomos.

#### 4.4.1. Formação independente

Por formação independente entende-se a capacidade de cada Poder de se estabelecer sem a interferência dos outros<sup>391</sup>, ou seja, a investidura e permanência dos titulares dos Poderes, sem depender da confiança ou vontade de algum dos demais Poderes<sup>392</sup>. No caso do Legislativo e Executivo, a investidura do titular destes Poderes ocorre a partir de eleições, enquanto no caso do Judiciário, em regra, a investidura ocorre mediante aprovação em concurso público organizado pelo próprio Poder.

Vale observar que a formação independente não é absoluta. Entre os mecanismos do sistema de pesos e contrapesos, podemos citar a Justiça Eleitoral (interferência do Judiciário na

---

<sup>389</sup> Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, com base na experiência constitucional norte-americana, citam a existência de normas informais não escritas que são fundamentais para o funcionamento da democracia. Entre tais regras, eles identificam a chamada reserva institucional, ou seja, a autocontenção e comedimento dos Poderes no exercício de suas funções legais, de modo a evitar o “duro jogo constitucional” (cf. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 107), que seria o uso das prerrogativas além de certo limite que, apesar de legal, colocaria todo o sistema em risco.

<sup>390</sup> Esta classificação é uma combinação dos elementos listados por Ferraz e Silva. Anna Cândida da Cunha Ferraz reafirma a independência entre os Poderes por intermédio de: a) Formação independente (cada Poder se estabelece sem interferência dos outros); b) Mínimo de competências próprias, exclusivas e/ou privativas; c) Discricionariedade no uso de suas faculdades (sem interferência dos outros Poderes, exceto quando previsto na Constituição); d) Organização e estruturação interna básica independente; e) Condições que permitam a atuação e o funcionamento independentes ou autônomos (cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 19). Por sua vez, José Afonso da Silva compreende a independência entre os Poderes como: a) Investidura e permanência dos titulares dos Poderes (sem depender da confiança ou vontade de algum dos demais Poderes); b) Livre exercício de suas atribuições (sem depender de autorização dos demais Poderes); e c) Auto-organização, observando as disposições constitucionais e legais (cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.114).

<sup>391</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 19.

<sup>392</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114.

formação do Executivo e do Legislativo), a formação dos Tribunais Superiores (interferência do Executivo e do Legislativo na formação do Judiciário), a eleição para presidente da República pelo Congresso Nacional (interferência do Legislativo na formação do Executivo). Por outro lado, também existem os mecanismos que podem representar o afastamento dos titulares dos Poderes mediante decisão de outros Poderes, como é o caso do *impeachment* (julgamento por crime de responsabilidade) e determinadas decisões judiciais nas hipóteses constitucionais.

Desde 1932, as eleições no Brasil são organizadas pela Justiça Eleitoral<sup>393</sup>, um órgão integrante do Poder Judiciário (que foi constitucionalizado a partir de 1934 e assim mantido, com exceção da Carta de 1937). Ainda que se trate de uma interferência do Poder Judiciário na formação do Executivo e do Legislativo, nota-se que, em tese, a Justiça Eleitoral deve atuar de forma absolutamente vinculada ao disposto na lei e na Constituição<sup>394</sup>, de modo que não se trata de uma manifestação da opinião política do Poder Judiciário e nem de voto de confiança, mas de aplicação da legislação.

A formação dos tribunais superiores sofre interferência direta dos Poderes Executivo e Legislativo (em todo o período republicano houve tal sistemática). No caso do STF, o presidente da República tem ampla liberdade de escolha dentro dos parâmetros constitucionais (podendo nomear pessoas não integrantes do Poder Judiciário), sendo que tal nomeação depende apenas de aprovação do Senado Federal (CB1988, art. 101). No caso do Superior Tribunal de Justiça, a escolha é mais limitada, sendo que a composição do STJ deve conter ao menos uma terça parte dentre os juízes indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal (CB1988, art. 104). No caso do Tribunal Superior Eleitoral, o presidente da República nomeia dois juízes dentre seis advogados indicados pelo STF (CB1988, art. 119, II). No caso do Superior Tribunal

---

<sup>393</sup> Desde o Império já havia participação central de juízes no processo eleitoral (Decreto de 26 de março de 1824), ainda que de forma não especializada. A partir da Lei das Câmaras (Lei de 1º de outubro de 1828) o alistamento também passou a ser responsabilidade do Poder Judiciário. O Código Eleitoral de 1932 (Decreto nº 21.076/32) criou a Justiça Eleitoral e lhe atribuiu a exclusividade na função de administrar as eleições, incluindo o alistamento, votação e apuração dos votos, afastando a influência direta dos Poderes Legislativo e Executivo. Com o Código Eleitoral de 1965 (Lei nº 4.737/65) foram atribuídas competências normativas aos tribunais eleitorais. Com a Constituição de 1988, o Código Eleitoral de 1965 foi mantido, porém deve ser interpretado sob a luz da Carta Magna, excluindo-se a competência normativa da Justiça Eleitoral (exceto no que se refere à regulamentação da lei eleitoral).

<sup>394</sup> Inclusive, vale fazer a crítica ao exercício exacerbado da função normativa por parte da Justiça Eleitoral, em especial, pela postura desviante e ativista do Tribunal Superior Eleitoral desde 2002 (cf. FARIA, Adriana Ancona. **O Ativismo Judicial do STF no Campo Político-Eleitoral: Riscos Antidemocráticos**. Orientador: Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos. 2013. 171 f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 57-59). A Constituição Federal de 1988 não atribuiu função normativa ao Poder Judiciário, de modo que as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ou dos tribunais regionais eleitorais (TREs) têm natureza meramente regulamentar, sem que possam inovar a ordem jurídica.

Militar, todos os integrantes são escolhidos pelo presidente da República (dentro de determinados critérios) com aprovação pelo Senado Federal.

Adicionalmente, um quinto dos integrantes dos tribunais regionais federais (CB1988, art. 107, I), do Tribunal Superior do Trabalho (CB1988, art. 111-A, I), dos tribunais regionais do trabalho (CB1988, art. 115, I), são indicados pelo presidente da República entre advogados e membros do Ministério Público (conforme regras pré-definidas). No caso dos tribunais de justiça dos estados, há o mesmo critério, porém, cabendo a indicação do respectivo governador de estado (CB1988, art. 94).

Já o Poder Legislativo interfere decisivamente na formação do Poder Executivo em uma situação bastante particular: em caso de vacância do presidente da República e de seu vice nos últimos dois anos do mandato (CB1988, art. 81, §1º). Tal regra é praticamente a mesma em quase todas as constituições republicanas, com exceção da Constituição de 1891<sup>395</sup> (na qual haveria eleição direta independentemente do momento da vacância) e das Cartas de 1937, 1967<sup>396</sup> e 1969<sup>397</sup> (nas quais a eleição era realizada por colégio eleitoral em qualquer circunstância). A título ilustrativo, mesmo no Império havia disposição similar, pois caberia à Assembleia Geral eleger a Regência, caso o Imperador não tivesse idade para assumir o trono (CB1824, art. 15, II e art. 122), escolher nova dinastia, em caso de extinção do imperante (CB1824, art. 15, VII), e resolver dúvidas sobre a sucessão do trono (CB1824, art. 15, V).

Com relação ao afastamento dos titulares dos Poderes, existe a possibilidade do *impeachment*, sendo o Senado Federal responsável por julgar autoridades integrantes dos Poderes Executivo e Judiciário: presidente e vice-presidente da República; ministros de estado; comandantes da Marinha; do Exército e da Aeronáutica (CB1988, art. 52, I); ministros do Supremo Tribunal Federal; membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público; procurador-geral da República e advogado-geral da União (CB1988, art. 52, II). Da mesma forma, com relação ao Poder Legislativo, a Constituição estabelece algumas situações específicas nas quais o deputado ou senador pode perder o mandato por decisão do Poder Judiciário (CB1988, art. 55, IV, V e VI). Em nosso entendimento, uma vez que existe uma previsão expressa constitucional estabelecendo a regra de afastamento de tais autoridades, eles somente podem ser afastados mediante tais procedimentos (são situações taxativas).

---

<sup>395</sup> BRASIL [Constituição (1891)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>396</sup> BRASIL [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**.

<sup>397</sup> BRASIL [Constituição (1969)]. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

Ao tratar da questão da formação independente dos Poderes, sob o aspecto histórico, não é possível deixar de citar as duas experiências parlamentarista ocorridas do Brasil, pois, como se sabe, no regime parlamentar, existe interdependência entre os Poderes Executivo e Legislativo (se por um lado o gabinete ministerial depende da confiança do Parlamento, por outro o Poder Executivo tem a prerrogativa de dissolver o Parlamento)<sup>398</sup>.

#### 4.4.1.1. Parlamentarismo no Império (1847-1889)

O primeiro período do parlamentarismo na história do Brasil ocorreu durante o Império, a partir da criação da figura do presidente do conselho de ministros (primeiro-ministro) pelo imperador Dom Pedro II, em 1847 (Decreto nº 523, de 20 de julho de 1847)<sup>399</sup>, e extinguiu-se com a Proclamação da República, em 1889.

A rigor, a Constituição de 1824 previa que o imperador era o chefe do Poder Executivo, a quem competia nomear e demitir os ministros de Estado (CB1824, art. 101, VI, e 102). Em 1847, com a criação do presidente do Conselho de Ministros, Dom Pedro II estabeleceu a prática de nomear sempre um primeiro-ministro do partido com maioria na Câmara dos Deputados, o do Senado era vitalício (CB1824, art. 40). O primeiro-ministro, por sua vez, governava com relativa liberdade, cabendo a ele nomear e demitir os demais ministros. Na eventualidade de perda da maioria parlamentar, o primeiro-ministro poderia ser demitido pelo Imperador (CB1824, art. 101, VI) ou solicitar que o Imperador exercesse o Poder Moderador para dissolver a Câmara (CB1824, art. 101, V). Após a realização de novas eleições, o primeiro-ministro poderia recuperar a maioria na Câmara (do contrário, então certamente o primeiro-ministro cairia).

O regulamento do Conselho de Ministros nunca foi elaborado, de modo que o parlamentarismo vigente durante o Segundo Reinado se deveu mais à prática do imperador e aos usos e costumes políticos do que a um regramento legislativo propriamente dito.

Destaca-se que durante o parlamentarismo do Império, a investidura e permanência do titular de fato do Poder Executivo (o primeiro-ministro) dependia da confiança do Poder Legislativo (maioria da Câmara), ainda que a efetiva decisão final coubesse ao titular de direito

---

<sup>398</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 430.

<sup>399</sup> BRASIL. Decreto Imperial do Brasil nº 523, de 20 de julho de 1847. Crea hum Presidente do Conselho dos Ministros.

do Poder Executivo (imperador). É o chamado parlamentarismo dualista<sup>400</sup>, em que é necessária a conformação entre os Poderes Executivo e Legislativo para a formação do governo (diferente do modelo monista, atualmente em uso pelo Reino Unido, em que Parlamento é a única fonte de confiança para a formação do governo). Em resumo, durante o parlamentarismo no Império havia interferência entre os Poderes e não uma formação independente.

#### 4.4.1.2. Parlamentarismo na República (1961-1963)

O segundo período de parlamentarismo na história do Brasil ocorreu já na República, durante os anos de crise que antecederam ao Golpe Militar de 1964. Com a renúncia do presidente Jânio Quadros, em 25 de agosto de 1961, diversos setores, com destaque para as Forças Armadas, opuseram-se à posse do vice-presidente João Goulart (que na ocasião estava em viagem oficial na China)<sup>401</sup>.

Para contornar a crise institucional, uma Comissão Especial Mista do Congresso Nacional propôs uma série de medidas para garantir a posse de João Goulart como presidente, entre as quais constava a aprovação de uma emenda constitucional proposta pelo deputado Raul Pilla<sup>402</sup>, que instituía o sistema parlamentar de governo (a PEC 16/1961, que havia sido proposta em 12 de julho de 1961). A PEC 16/1961 foi aprovada em 2 de setembro como Emenda Constitucional nº 04/1961<sup>403</sup>. Esta emenda estabelecia que o Poder Executivo seria exercido pelo presidente da República e pelo Conselho de Ministros. O presidente da República seria eleito pelo Congresso Nacional (EC nº 04/1961, art. 2º), e caberia a ele nomear o presidente do Conselho de Ministros (EC nº 04/1961, art. 3º, I), a quem competia nomear os demais ministros (EC nº 04/1961, art. 3º, I). A indicação do presidente do Conselho de Ministros dependia de aprovação pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados (EC nº 04/1961, art. 8º) e todos poderiam ser exonerados quando a Câmara dos Deputados retirasse deles a confiança (EC nº 04/1961, art. 3º, I, e art. 10 a 14). Após a realização de um plebiscito, em janeiro de 1963 (Lei

<sup>400</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 236.

<sup>401</sup> GASPARI, Élio. **A Ditadura Envergonhada**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 48-49; e SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio a Castelo (1930-1964)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 248-254.

<sup>402</sup> SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio a Castelo (1930-1964)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 255.

<sup>403</sup> BRASIL [Constituição (1946)]. Emenda Constitucional nº 04, de 2 de setembro de 1961. Institui o sistema parlamentar de governo.

Complementar nº 02/62<sup>404</sup>), a Emenda Constitucional nº 06/63 revogou a Emenda Constitucional nº 04/1961 e reestabeleceu o sistema presidencial de governo.

Durante a experiência parlamentar republicana a investidura dos titulares do Poder Executivo (presidente da República e presidente do Conselho de Ministros) foi realizada pelo Poder Legislativo, sendo que a permanência do presidente do Conselho de Ministros e de seus pares também dependia desta confiança. Novamente, havia interferência entre os Poderes e não uma formação independente<sup>405</sup>.

#### 4.4.2. Livre exercício de suas atribuições

O livre exercício de suas atribuições pressupõe a existência de um mínimo de competências próprias, exclusivas e/ou privativas de cada um dos Poderes<sup>406</sup> e da discricionariedade no uso de tais faculdades, sem depender da autorização dos demais Poderes<sup>407</sup>. Isto considerado, à cada um dos Poderes do Estado é atribuído uma específica função governamental (executiva, legislativa ou jurisdicional), identificando cada Poder com a respectiva função<sup>408</sup>.

Vale, contudo, ressaltar que, além das funções típicas (identificadas com o Poder), cada um dos três Poderes também exerce as demais funções, porém de maneira atípica<sup>409</sup>. O exercício das funções atípicas em algumas situações é necessário para garantir a independência e autonomia de cada um dos Poderes (se estiverem relacionadas à auto-organização e estruturação ou a proporcionar condições que permitam a atuação e funcionamento autônomo). Em outras situações, as funções atípicas são estabelecidas como parte do sistema de freios e contrapesos, exatamente porque interferem ou limitam o livre exercício das atribuições típicas dos outros Poderes (funções atípicas externas).

<sup>404</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 02, de 16 de setembro de 1962 ao Ato Adicional. Dispõe sobre a vacância ministerial, e dá outras providências.

<sup>405</sup> Segundo o artigo 1º, da Lei Complementar nº 01/1962 ao Ato Adicional (EC nº 04/61), “os Podêres [sic] Legislativo e Executivo, separados, funcionam, entre si, em regime de colaboração, e são, relativamente ao Poder Judiciário, independentes e harmônicos”.

<sup>406</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 19.

<sup>407</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114; e ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 425.

<sup>408</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 112.

<sup>409</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 425.

A decisão sobre o meio e o momento para exercer suas atribuições é um dos aspectos fundamentais da independência dos Poderes. Em regra, tal exercício de liberdade e discricionariedade sobre as atividades funcionais por um Poder ocorre sem necessidade de autorização pelos demais Poderes. Por outro lado, como é próprio do Estado de Direito, o uso das atribuições de cada um dos Poderes somente pode ser exercido dentro dos parâmetros constitucionais e legais<sup>410</sup>, de modo que eventuais violações podem ser objeto de controle pelos demais Poderes (mas nunca no sentido autorizativo).

#### 4.4.2.1. Livre exercício das atribuições do Poder Executivo

No caso do Poder Executivo, sua função típica é o exercício da chefia do Estado e do governo<sup>411</sup>. A chefia do Estado é a representação do Brasil em âmbito externo (perante os demais países e os órgãos internacionais) e interno (representando a unidade do Estado)<sup>412</sup>. A chefia de Estado se aplica tão somente na esfera da União, sendo que no caso dos Poderes Executivos estaduais e municipais, a função resume-se à chefia dos atos de governo em suas respectivas esferas territoriais. Já a chefia do governo inclui as decisões de natureza política e o comando da máquina da administração pública que as executará<sup>413</sup>.

Todas as constituições brasileiras estabeleceram suas respectivas listas de atribuições do chefe do Poder Executivo, sendo que na Constituição de 1988 tal lista consta no artigo 84. Como verificado na CB1988, art. 84, além da função típica com ele identificada, o Poder Executivo também exerce atipicamente as funções legislativa e jurisdicional. A função legislativa atípica do Poder Executivo ocorre com a expedição de decretos e regulamentos para fiel execução da lei (CB1988, art. 84, IV). Considerando que tais decretos e regulamentos têm a “estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”<sup>414</sup>, o exercício atípico da função neste caso está relacionado diretamente ao livre exercício da função administrativa. Adicionalmente, o Poder Executivo também exerce a função legislativa quando

---

<sup>410</sup> Ou seja, trata-se de subordinação à lei e não ao Poder Legislativo.

<sup>411</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 433.

<sup>412</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 433.

<sup>413</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 639.

<sup>414</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 339.

regulamenta sua estrutura interna (CB1988, art. 84. VI, “a”), mas neste caso não se trata do livre exercício da função típica, mas de auto-organização e estruturação interna independente.

Quanto à função jurisdicional, o Poder Executivo a exerce atipicamente quando promove processos administrativos de natureza contenciosa (CB1988, art. 5º, LV). Tais processos administrativos, ainda que configurem o exercício atípico de função jurisdicional, são necessários para a adequada execução da lei, quer dizer, para o exercício da função administrativa típica do Poder Executivo. Outro exemplo de exercício atípico da função jurisdicional ocorre quando o Poder Executivo promove processo administrativo visando a perda de cargo de um servidor público (CB1988, art. 41, II). Mas neste caso também não se trata do livre exercício da função típica, mas de auto-organização e estruturação interna independente.

Ao longo da história constitucional do Brasil, o sistema de freios e contrapesos, em âmbito federal, sempre atribuiu ao Poder Executivo mecanismos de interferência direta nas funções típicas do Poder Legislativo, como a possibilidade de apresentar iniciativa de lei (com exceção da Constituição Provisória e da CB1891), sanção e veto presidencial (ou imperial), edição de decretos-lei<sup>415</sup> (CB1937, CB1967 e CB1969) e medidas provisórias<sup>416</sup> (CB1988). Da mesma forma, como parte do sistema de freios e contrapesos, o titular do Poder Executivo em

---

<sup>415</sup> O decreto-lei é um decreto expedido pelo presidente da República, mas com força de lei, e surgiu na Carta de 1937. Em tese, os decretos-lei dependiam da autorização prévia do Parlamento, isso porque o artigo 12 da CB1937 previa a necessidade de autorização pelo Parlamento para a expedição de decretos-lei pelo presidente da República, porém o artigo 180 dispensava tal autorização até que o Parlamento se reunisse. Como se sabe, durante a vigência da CB1937, o Parlamento foi dissolvido e permaneceu integralmente fechado até 2 de dezembro de 1945. Ainda assim, a Lei Constitucional nº 15/45 manteve os poderes legislativos do presidente da República até a promulgação da Constituição de 1946. Na Constituição de 1967 (CB1967, art. 58) os decretos-lei foram reintroduzidos com algumas limitações temáticas (somente em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não resultassem em aumento de despesa, sendo especificamente sobre matérias de segurança nacional e finanças públicas). Eles então dependiam de autorização prévia do Congresso Nacional, que poderia aprovar ou rejeitar um decreto-lei em 60 dias, sem possibilidade de emenda (se não houvesse deliberação, entendia-se como aprovado). A Carta de 1969 (CB1969, art. 55) manteve o formato da Constituição de 1967 com alterações pontuais (acrescentou entre as matérias, normas tributárias e a criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, e previu que a rejeição de decreto-lei não implicasse em nulidade dos atos praticados durante sua vigência).

<sup>416</sup> As medidas provisórias são uma criação da Constituição de 1988 (CB1988, art. 62), em substituição aos decretos-lei. Originalmente poderiam ser adotadas pelo presidente em caso de relevância e urgência, sendo apreciadas pelo Congresso Nacional em até 30 dias. Diferente do decreto-lei, a medida provisória perde sua eficácia caso não seja aprovada (independentemente de rejeição). Devido aos abusos e excessos, em 2001 a Emenda Constitucional nº 32/01 alterou substancialmente o regime das medidas provisórias, ampliando seu prazo de vigência para 60 dias, prorrogáveis uma única vez. Ainda que não houvesse previsão de prorrogação de medidas provisórias, antes da EC nº 32/01, esta foi a prática recorrente. Assim, a EC nº 32/01 vedou a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo e estabeleceu vedações quanto a algumas matérias (nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, direito eleitoral, direito penal, processual penal, processual civil, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º, CB1988, que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro, matérias reservadas a lei complementar e matérias já disciplinadas em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do presidente da República), entre outras questões.

âmbito federal sempre possuiu a competência para interferir na função típica do Poder Judiciário mediante o indulto ou comutação de penas.

A título de exceção ao livre exercício das atribuições do Poder Executivo, existem alguns atos de chefia de Estado que, devido à sua enorme relevância, no período republicano foram condicionados à autorização pelo Poder Legislativo (durante o Império, em geral eram apenas levados ao conhecimento da Assembleia Geral). Tais atos são: celebração de tratados, convenções e atos internacionais (CB1988, art. 84, VIII); decretação de estado de defesa e estado de sítio (CB1988, art. 84, IX); intervenção federal (CB1988, art. 84, X); declaração de guerra (CB1988, art. 84, XIX) e celebração da paz (CB1988, art. 84, XX).

Além disso, existem algumas competências claramente administrativas do Poder Executivo, sobre as quais a Constituição de 1988 determinou que estão condicionadas à autorização pelo Congresso Nacional<sup>417</sup>. Entre elas, podemos citar os atos do presidente da República sobre concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (CB1988, art. 49, XII), as iniciativas referentes às atividades nucleares (CB1988, art. 49, XIV), à exploração e ao aproveitamento de recursos hídricos, à pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (CB1988, art. 49, XVI) e à alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (CB1988, art. 49, XVII), todas medidas dependentes de aprovação pelo Congresso Nacional.

Ainda com relação a isso, excetuando-se a hipótese de alienação ou concessão de terras públicas (que desde a Constituição de 1946<sup>418</sup> dependem de aprovação do Senado Federal<sup>419</sup>), todas as demais situações foram introduzidas pela Constituição Federal de 1988. Em nosso entendimento, trata-se de mais uma demonstração da evolução do entendimento sobre o princípio da separação dos Poderes no sentido da interferência entre os Poderes. Entretanto, se tais situações constituem exceções (expressas constitucionalmente) à cláusula-parâmetro da independência dos Poderes, elas não podem ser ampliadas nem mesmo por emenda constitucional (o que constituiria violação ao princípio da separação dos Poderes).

---

<sup>417</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 41- 42.

<sup>418</sup> BRASIL [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**.

<sup>419</sup> Cf. CB1946, art. 156, § 2º; CB1967, art. 164, parágrafo único; e CB1969, art. 164, parágrafo único.

#### 4.4.2.2. Livre exercício das atribuições do Poder Legislativo

No caso do Poder Legislativo, sua função típica é a criação e inovação do ordenamento jurídico<sup>420</sup>. Assim, em âmbito federal, cabe ao Congresso Nacional exercer todas as competências legislativas da União (CB1988, arts. 21, 22, 23 e 24) e às assembleias legislativas e às câmaras de vereadores as respectivas competências legislativas estaduais (CB1988, arts. 23, 24 e 25) e municipais (CB1988, arts. 23 e 30).

Adicionalmente, o Congresso Nacional (e cada uma de suas casas) possui uma lista expressa de competências (CB1988, art. 49, 51 e 52) que também inclui funções atípicas (funções administrativas e jurisdicionais). O Poder Legislativo exerce atipicamente a função administrativa quando promove licitações próprias (CB1988, art. 37, XXI) ou realiza o provimento ou demissão de seus próprios servidores (CB1988, art. 51, IV, e art. 52, XIII); e exerce atipicamente a função jurisdicional quando promove processo administrativo visando a perda de cargo de servidor público (CB1988, art. 41, II). Mas em todos estes casos não se trata do livre exercício da função típica, mas de auto-organização e estruturação interna independente (que será objeto de análise na seção 4.4.3).

Além disso, o Senado Federal exerce atipicamente a função jurisdicional durante o julgamento, por crime de responsabilidade do presidente e vice-presidente da República, ministros de Estado, comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (CB1988, art. 52, I), ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, procurador-geral da República e advogado-geral da União (CB1988, art. 52, II). Neste caso também não se trata do livre exercício da função típica, mas da formação independente dos Poderes.

O sistema de freios e contrapesos, em âmbito federal, atribui ao Poder Legislativo mecanismos de interferência direta nas funções típicas do Poder Executivo, incluindo a sustação, autorização e fiscalização de atos. A competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo, que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa, (CB1988, art. 49, V) deveria ser uma atividade do Poder Judiciário, a quem compete o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos (afinal, a exorbitância do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa somente pode enquadrar-se em alguma destas duas hipóteses).

---

<sup>420</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 521.

Conforme já exposto, existem diversos atos de Estado e de governo (ou seja, típicos do Poder Executivo) que dependem de autorização do Congresso Nacional, como a competência de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos do Poder Executivo (CB1988, art. 70), o que é realizado com apoio do Tribunal de Contas da União (CB1988, art. 71), órgão que pode, inclusive, impor um prazo para que a administração adote providências e suste atos impugnados (CB1988, art. 71, IX e X), interferindo diretamente no exercício da função administrativa titularizada pelo Poder Executivo da União. O Congresso Nacional também interfere em função típica Poder Judiciário quando concede anistia (CB1988, art. 48, VIII), ou seja, afasta penas e/ou sanções aplicada(s) ou aplicável(aplicáveis). Outro exemplo é a necessidade de autorização da Câmara dos Deputados para a instauração de processo contra o presidente da República, o vice-presidente e os ministros de Estado (CB1988, art. 51, I) ou a possibilidade de sustação, pela respectiva casa, do andamento de ação contra senador ou deputado federal (CB1988, art. 53, §3º).

A título de exceção ao livre exercício das atribuições do Poder Legislativo devemos citar as matérias que são de iniciativa privativa do Poder Executivo (CB1988, art. 61, §1º, art. 165) e do Poder Judiciário (CB1988, art. 93 e art. 125, §1º). Ainda que a função legislativa seja típica do Poder Legislativo, ele não poderá exercê-la nestas hipóteses.

#### 4.4.2.3. Livre exercício das atribuições do Poder Judiciário

No caso do Poder Legislativo, sua função típica é a função jurisdicional, ou seja, a aplicação das leis mediante julgamento das controvérsias<sup>421</sup>. Além desta função típica, o Poder Judiciário também exerce atipicamente a função administrativa quando promove licitações próprias (CB1988, art. 37, XXI) ou realiza o provimento ou demissão de seus próprios servidores (CB1988, art. 96, I, “e”); e exerce atipicamente a função legislativa quando regulamenta sua estrutura interna (CB1988, art. 84, VI, “a”) ou quando exerce a iniciativa de lei (CB1988, art. 93 e art. 125, §1º). Mas em todos estes casos não se trata do livre exercício da função típica, mas de auto-organização e estruturação interna.

Vale destacar a particularidade da Justiça Eleitoral, que é responsável pela organização completa das eleições, incluindo o alistamento, votação e apuração dos votos, o que configura mais um exemplo do exercício atípico de função administrativa pelo Poder Judiciário.

---

<sup>421</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 521.

O sistema de freios e contrapesos atribui ao Poder Judiciário mecanismos de interferência direta nas funções típicas do Poder Executivo (controle de constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos) e do Poder Legislativo (controle de constitucionalidade das leis), seja por via difusa, seja por via concentrada. Com relação ao controle de constitucionalidade concentrado, é importante destacar a declaração de inconstitucionalidade por omissão (CB1988, art. 103, §2º), cuja decisão, no caso do Poder Executivo, pode inclusive estabelecer prazo de 30 dias para a adoção da providência necessária. No caso do Poder Legislativo, a jurisprudência do STF reconhece que não há como obrigar o Congresso a legislar.

A rigor, o controle concentrado de constitucionalidade surgiu no Brasil em 1965 (introduzido pela EC nº 16/1965<sup>422</sup>), mas seus instrumentos foram consideravelmente ampliados na Constituição de 1988. Desde então, podemos identificar uma visível ampliação do exercício de funções atípicas pelo Poder Judiciário por meio de decisões judiciais.

A título de exceção ao livre exercício das atribuições do Poder Judiciário podemos citar novamente a necessidade de autorização da Câmara dos Deputados para a instauração de processo contra o presidente da República, o vice-presidente e os ministros de Estado (CB1988, art. 51, I) ou a possibilidade de sustação, pela respectiva casa, do andamento de ação contra senador ou deputado federal (CB1988, art. 53, §3º).

#### 4.4.3. Auto-organização e estruturação interna básica independente

Um dos elementos que representam o mínimo de independência dos Poderes é a competência de cada um deles para se auto-organizar e administrar internamente. Tal capacidade de auto-organização se desdobra em dois aspectos: a competência para regulamentar a própria estrutura sem interferência dos demais Poderes e a competência para nomear os próprios servidores sem interferência dos demais Poderes<sup>423</sup>.

Assim como ocorre com outros elementos relativos à independência dos Poderes, a competência de auto-organização não é absoluta, de modo que está subordinada às disposições constitucionais e legais. Neste sentido, a regulamentação legal dentro das previsões constitucionais não constitui uma forma de interferência indevida do Poder Legislativo, da mesma forma que o controle de constitucionalidade e legalidade de tais atos (inclusive *interna corporis*) não configura interferência indevida do Poder Judiciário.

---

<sup>422</sup> BRASIL [Constituição (1946)]. Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965.

<sup>423</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

Passemos a seguir a aprofundar os dois aspectos que integram a competência de auto-organização e administração interna: a competência para regulamentar a própria estrutura e a competência nomear os próprios servidores.

#### 4.4.3.1. Competência para regulamentar a própria estrutura

A auto-organização e estruturação independente de cada um dos Poderes pressupõe sua capacidade de regulamentar e organizar sua própria estrutura interna. A Constituição atribuiu expressamente esta competência a cada um dos Poderes. No Poder Executivo, cabe ao presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (CB1988, art. 84, VI, “a”). Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>424</sup>, trata-se de “mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências **já criadas por lei**”. Entre 1988 e 2001, esta organização dependia de lei, porém a Emenda Constitucional nº 32/01<sup>425</sup> corretamente flexibilizou o tema (antes da Constituição de 1988 apenas a Carta de 1969 tratou a questão, atribuindo-a privativamente ao presidente da República).

No Poder Judiciário, cada um dos tribunais pode elaborar seu regimento interno e eleger seus órgãos diretivos (CB1988, art. 96, I, “a”). Esta previsão está expressa em todas as constituições desde 1934. No Poder Legislativo, cada uma das casas possui competência privativa para elaborar seu regimento interno (CB1988, art. 51, III, e XII) desde a Constituição de 1891 (previsão expressa em todas as constituições desde então).

#### 4.4.3.2. Competência para nomear e demitir os próprios servidores

Conforme exposto anteriormente, a auto-organização e estruturação independente dos Poderes pressupõe a capacidade de eles livremente nomearem e demitirem os servidores integrantes de sua estrutura interna. No Poder Legislativo a competência é privativa de cada casa (CB1988, art. 51, IV, e art. 52, XIII), no Poder Judiciário a competência é de cada tribunal individualmente (CB1988, art. 96, I, “e”) e no caso do Poder Executivo é do presidente da República (CB1988, art. 84, XXV), mas pode ser delegada aos ministros (CB1988, art. 84,

---

<sup>424</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 338-339. [grifo do autor].

<sup>425</sup> BRASIL [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001**. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.

parágrafo único). Em especial, a Constituição prevê expressamente que cabe ao presidente a nomeação e exoneração de seus ministros (CB1988, art. 84, I).

O sistema de freios e contrapesos se manifesta pelo controle de legalidade e constitucionalidade de tais atos. Assim, há controle do Poder Legislativo (os cargos dos servidores do Executivo e Judiciário dependem de lei)<sup>426</sup> e o cumprimento destas leis pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Uma análise clássica do princípio da separação dos Poderes levaria ao entendimento de que cada um dos Poderes teria competência absoluta para as nomeações e exonerações, desde que obedecidos os eventuais parâmetros e procedimentos estabelecidos na Constituição e na legislação – por exemplo, a realização de concursos públicos ou a estabilidade dos servidores públicos (CB1988, art. 37) ou a necessidade de processo administrativo para perda de cargo de servidor estável (CB1988, art. 41, II). Na evolução constitucional brasileira este entendimento encontra algumas exceções.

Ocorre que, desde a Constituição de 1934<sup>427</sup>, a nomeação de alguns cargos pelo presidente da República depende de aprovação pelo Senado Federal, o que constitui uma verdadeira intervenção do Poder Legislativo na independência do Poder Executivo, mas que está prevista expressamente no texto constitucional (provavelmente uma inspiração tardia da Constituição Norte-Americana)<sup>428</sup>. Nas Constituições de 1934, 1946 e 1969, a lista de cargos que dependiam de aprovação pelo Senado era taxativa e não poderia ser ampliada por lei ordinária. Por outro lado, na Constituição de 1967 e na atual Constituição de 1988 consta expressamente a possibilidade de ampliação de tal rol por meio de lei ordinária. Neste caso, uma exceção constitucional ao princípio da separação dos Poderes torna-se passível de ampliação por lei ordinária<sup>429</sup>. No constitucionalismo brasileiro, em geral tal intervenção aplica-se apenas ao momento da nomeação. Assim, os nomeados podem ser livremente demitidos pelo presidente da República sem autorização do Senado, com exceção do procurador-geral da República. Neste caso, sua exoneração antes do término do mandato depende de aprovação do Senado, mediante voto secreto e maioria absoluta (CB1988, 52, XI).

---

<sup>426</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 300.

<sup>427</sup> BRASIL [Constituição (1934)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**.

<sup>428</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 24

<sup>429</sup> O que não afasta o controle de constitucionalidade de tal ampliação. Oras, o fato de a Constituição prever que a lei pode determinar outras hipóteses, em que o Senado deverá aprovar a indicação de titulares de outros cargos, é bastante diferente de uma situação em que o Senado deva aprovar a indicação de todos os titulares de outros cargos. Em suma, ainda neste caso, a Constituição está tratando de exceções, o que impede uma ampliação genérica das situações.

Atualmente há, contudo, quem cogite o estabelecimento de mandatos por prazos fixos em alguns cargos (o exemplo mais frequente é o caso do presidente do Banco Central do Brasil), de modo que o presidente não poderia demitir tais servidores. Em especial, existe a Súmula 47 do STF que estatui que o “reitor de universidade não é livremente demissível pelo presidente da República durante o prazo de sua investidura”. Com a devida vênia, em nosso entendimento este tipo de limitação à independência do Poder Executivo somente poderia ser estabelecido mediante emenda constitucional e desde que previstas hipóteses para demissão em casos excepcionais (à exemplo do que ocorre com o procurador-geral da República). Por outro lado, há intenso debate sobre o âmbito e a amplitude da autonomia universitária que, segundo importantes juristas, seria equiparável à do próprio Ministério Público.

Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>430</sup> diferencia a participação do Senado nas nomeações de agentes da administração pública e nas nomeações relacionadas a outros Poderes (por exemplo, a indicação de ministros do STF) ou a órgãos autônomos (como o próprio procurador-geral da República). Nas nomeações de agentes da administração pública se configuraria efetivamente uma intervenção na cláusula-parâmetro da independência dos Poderes (“nítido sentido de ‘dominação’ do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo, possibilita àquele exercer pressão sobre este e se caracteriza como verdadeira ‘invasão constitucional’ de um poder sobre outro poder”)<sup>431</sup>, enquanto nos outros casos seria um instrumento da política de freios e contrapesos, “propício a conduzir ao equilíbrio e à harmonia entre os Poderes que participam do ato”<sup>432</sup>.

Em especial, a Constituição Federal de 1988 também flexibilizou este aspecto da independência dos Poderes com a criação do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional<sup>433</sup>. Ainda que ambos os órgãos sejam de consulta do presidente da República (CB1988, art. 89 e 91), parte relevante de seus componentes não é indicada pelo presidente da República, mas sim pelo Poder Judiciário (no Conselho da República os membros do Poder Legislativo inclusive constituem uma maioria de oito a quatro). Por conseguinte, além de limitar as indicações do Poder Executivo, estes órgãos ainda podem ser classificados com uma exceção à cláusula-parâmetro da inacumulabilidade.

<sup>430</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 26-27.

<sup>431</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 27.

<sup>432</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 26.

<sup>433</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 28-39.

Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão auxiliar do Congresso Nacional, ou seja, do Poder Legislativo (CB1988, art. 71), possui atualmente em sua composição ao menos um terço de ministros indicados pelo presidente da República (entre auditores e membros do Ministério Público), ainda que com aprovação do Senado Federal e a partir de uma lista tríplice organizada pelo próprio TCU (CB1988, art. 72, §2º, I). Vale observar que de 1891, ano que marca a criação do TCU, até a Constituição de 1988, a composição do órgão era integralmente indicada pelo presidente da República, mediante aprovação pelo Senado Federal (o que foi mantido em todas as constituições anteriores à de 1988).

Neste mesmo sentido, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45/04<sup>434</sup> criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão interno do Poder Judiciário (CB1988, art. 92, I-A), mas que conta com dois representantes do Ministério Público da União e estadual (CB1988, art. 103-B, X e XI) e dois cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (CB1988, art. 103-B, XIII). Assim o CNJ é um órgão do Poder Judiciário, mas parte de seus integrantes é nomeada pelo Executivo<sup>435</sup> (inclusive dos estados) e pelo Legislativo (sendo que, em tese, não há impedimentos para que a Câmara e o Senado indiquem parlamentares, constituindo também uma exceção à cláusula-padrão da inacumulabilidade). Aliás, com exceção do presidente do STF (membro nato do CNJ), todos os demais integrantes são nomeados pelo presidente da República (ainda que não os tenha escolhido) após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal (CB1988, art. 103-B, §2º).

Em síntese, cada um dos três Poderes possui competência privativa para nomear e exonerar seus servidores, desde que obedecendo os preceitos legais e constitucionais (que pode ser objeto de controle pelos demais Poderes). Em especial, a Constituição prevê algumas exceções, nas quais as nomeações dependem de indicação ou aprovação por outros Poderes.

#### 4.4.4. Condições que permitam a atuação e o funcionamento independentes ou autônomos dos Poderes

Por fim, o último elemento necessário para garantir a independência dos Poderes é a existência de “condições que permitam a atuação e o funcionamento independentes ou

---

<sup>434</sup> BRASIL [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

<sup>435</sup> Ainda que o Ministério Público seja um órgão autônomo, ele é integrante do Poder Executivo e não do Poder Judiciário.

autônomos”<sup>436</sup>. Por tais condições podemos compreender todos os aspectos que sejam necessários para viabilizar os demais elementos citados. Nesta direção, para que um Poder possa sustentar sua formação independente, precisa ter acesso aos recursos necessários para realizar o processo de seleção (eleição ou concurso público), bem como para remunerar adequadamente os titulares do Poder, de forma que possam dedicar-se integralmente à atividade.

Para que um Poder possa livremente exercer suas atribuições, será necessário que possua condições materiais de manter uma sede operante, material de trabalho, comunicações, mobiliário, luz, água, realização de viagens, entre outros. Para que a competência de auto-organização se efetive, cada Poder deverá ter minimamente condições para publicar e divulgar o edital de concurso público, pagar os vencimentos de seus servidores, entre outros.

Todas estas diferentes condições, à princípio, no caso do Brasil (um país capitalista), podem ser garantidas por meio da autonomia financeira dos três Poderes. Desta forma, a Constituição Federal de 1988 garantiu que não apenas o Poder Executivo tivesse autonomia para propor seu orçamento e gerir suas receitas, como também o Legislativo (CB1988, art. 49, VII, art. 51, IV, e art. 52, XIII) e o Judiciário (CB1988, art. 93, V, art. 99).

A autonomia financeira dos Poderes não chega a ser absoluta, de modo que o orçamento é elaborado sempre dentro dos parâmetros do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias (CB1988, art. 84, XXIII, e art. 165, II), de competência do Poder Executivo, e votadas pelo Poder Legislativo (CB1988, art. 48, II). Em especial, os subsídios do presidente da República, vice-presidente e dos ministros de Estado não são fixados pelo Poder Executivo, mas pelo Poder Legislativo. Dessa maneira, a separação dos Poderes pressupõe que cada um dos Poderes receberá recursos adequados para permitir a sua atuação e o seu funcionamento independentes ou autônomos, sendo que a atribuição de recursos em quantidade insuficiente pode ser considerada uma violação do princípio da separação dos Poderes.

#### 4.4.5. Independência e harmonia na Constituição de 1988

A independência e harmonia entre os Poderes é a cláusula-parâmetro mais antiga, presente desde a Constituição Imperial de 1824 (ausente apenas na Carta de 1937). Apesar disso, o conceito efetivo de independência é relativamente diferente entre a República e o Império, tendo em vista que neste havia o Poder Moderador (que na prática se sobrepunha aos

---

<sup>436</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes:** O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 19.

demais) e o sistema parlamentarista (que pressupunha uma interferência maior entre o Legislativo e o Executivo). Na Constituição de 1988 a independência e harmonia entre os Poderes é a única cláusula-parâmetro que foi expressamente mantida.

A formação independente é provavelmente o aspecto que sofreu menos variações, sendo que na Constituição de 1988 as eventuais exceções (por exemplo, a nomeação de ministros do STF) segue a mesma sistemática existente desde a Proclamação da República. O livre exercício das atribuições, por sua vez, é o tema que sofreu mais modificações. Se a Constituição de 1891 garantia ampla independência para atuação de cada um dos Poderes, devido a uma transformação gradual, a Constituição de 1988 prevê uma forte interferência entre eles. A auto-organização e a estruturação interna básica independente sofreu poucas variações, sendo que a Constituição de 1988 limitou alguns aspectos relacionados a auto-organização do Poder Executivo.

Ao longo dos anos foram sendo constitucionalizadas medidas para garantir condições que permitam a atuação e o funcionamento independentes ou autônomos dos Poderes. Neste aspecto, a Constituição de 1988 resguarda bastante a autonomia financeira dos Poderes, ainda que não seja absoluta. Ao passo que a Constituição de 1988, com relação à cláusula-parâmetro da independência e harmonia, mitigou o livre exercício das atribuições com bastante interferência entre os Poderes), fortaleceu os demais aspectos, como a formação independente, a auto-organização e as condições que permitam a atuação autônoma, exceto alguma limitação sofrida pelo Poder Executivo.

#### **4.5. Cláusula-parâmetro da Indelegabilidade**

A indelegabilidade de atribuições dos Poderes é a vedação de que um dos Poderes delegue suas atribuições a outro. Esta cláusula-parâmetro surgiu na Constituição de 1934 (CB1934, art. 3º, § 1º), e permaneceu em todas as posteriores, com exceção da Carta de 1937 e da atual Constituição Federal de 1988.

##### **4.5.1. Exceções à indelegabilidade**

As leis delegadas são uma evidente exceção à cláusula-parâmetro da indelegabilidade. Por meio desse instrumento jurídico, o Poder Legislativo delega sua função típica ao Poder

Executivo. Assim, as leis delegadas são leis elaboradas pelo Poder Executivo sobre determinado assunto, mediante autorização prévia do Poder Legislativo<sup>437</sup>.

Tal espécie normativa foi prevista originalmente na Emenda Constitucional nº 04/61, art. 22, parágrafo único (que institui o parlamentarismo) e instituída pela Lei Complementar nº 01/62. Durante o parlamentarismo, o primeiro-ministro (presidente do Conselho de Ministros) tinha a prerrogativa de solicitar poderes legislativos ao Congresso Nacional (LC nº 01/62, art. 28), exceto sobre a criação de tributos, a autorização de emissões de curso forçado e as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (LC nº 01/62, art. 34). O pedido de delegação deveria especificar o conteúdo, o objeto e o alcance da delegação; o fundamento jurídico, a estimativa da despesa e a indicação dos recursos (LC nº 01/62, art. 29). A autorização para a delegação se daria mediante decreto legislativo aprovado por maioria absoluta de ambas as casas do Congresso Nacional (LC nº 01/62, art. 30) e a lei delegada seria decretada diretamente pelo presidente da República (LC nº 01/62, art. 36) sem necessidade de nova apreciação pelo Poder Legislativo. Em todo caso, dentro dos dez dias seguintes à publicação da lei, qualquer parlamentar poderia propor sua revogação (total ou parcial), caso constatado excesso (LC nº 01/62, art. 32). Sob o parlamentarismo foram decretadas no total 11 leis delegadas (todas entre setembro e outubro de 1962). Com o fim do parlamentarismo (revogado pela EC nº 06/63) encerrou-se também o fundamento constitucional de tal delegação, que só foi retomada na Ditadura Militar.

A Constituição de 1967 (CB1967, art. 55) recriou as leis delegadas, estabeleceu que estas poderiam ser elaboradas pelo presidente da República, comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas casas, não sendo permitida a delegação de determinadas matérias (organização do Judiciário, nacionalidade, cidadania, direitos políticos, direito eleitoral, direito civil, direito penal e sistema monetário e de medidas), nem de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de competência privativa de alguma das casas. No caso de delegação ao presidente da República, o Congresso especificaria o conteúdo e termos da delegação, e apreciaria o projeto em votação única, sem possibilidade de emenda (CB1967, art. 57).

A Carta de 1969 (CB1969, art. 52) manteve as leis delegadas, mas eliminou algumas de suas restrições (passou a autorizar leis delegadas sobre Direito Civil e Direito Penal). Nenhuma lei foi delegada durante a Ditadura Militar, visto que o Poder Executivo preferiu legislar mediante atos institucionais e decretos-lei com maior liberdade.

---

<sup>437</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 495.

Enfim, na Constituição de 1988 (CB1988, art. 68) as leis delegadas novamente tornaram-se uma prerrogativa exclusiva do presidente da República (eliminando-se a possibilidade de lei delegada à comissão do Congresso Nacional ou a alguma das casas). A Constituição de 1988 ainda modificou as matérias vedadas, de modo que não é mais permitida a delegação de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa de alguma das casas; matérias reservadas à lei complementar e nem a legislação sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; a carreira e a garantia de seus membros, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos, eleitorais, e planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. Sob a Constituição de 1988 foram decretadas apenas duas leis delegadas, ambas em 7 de agosto de 1992<sup>438</sup>.

Como aqui expresso, a lei delegada surgiu como um instrumento do sistema parlamentarista (ou seja, uma concepção diferente de separação dos Poderes) e em um momento no qual as prerrogativas legislativas do Poder Executivo restringiam-se à iniciativa de lei. Com o fim do parlamentarismo, a lei delegada foi retomada na Ditadura Militar pela Constituição de 1967, mas com pouca serventia, tendo em vista que o Poder Executivo já poderia exercer a função legislativa mediante decreto-lei. Sob a Constituição de 1988, manteve-se a lei delegada, mas com pouca efetividade, pois o Executivo deu preferência às medidas provisórias.

#### 4.5.2. Indelegabilidade na Constituição Federal de 1988

A indelegabilidade é uma cláusula-parâmetro que evoluiu ao longo dos tempos. Inicialmente, a indelegabilidade era compreendida como vedação absoluta (antes de 1937), até ser gradualmente atenuada, para, enfim, a delegação ser amplamente admitida (a partir de 1967). Na Constituição de 1988, conforme exposto anteriormente, a cláusula-parâmetro da indelegabilidade sequer foi prevista expressamente. Trata-se de uma exclusão proposital por parte do constituinte<sup>439</sup>, o que deve ser levado em conta para a interpretação do princípio da separação dos Poderes, ampliando sua flexibilidade<sup>440</sup>.

---

<sup>438</sup> BRASIL. **Lei delegada nº 12, de 7 de agosto de 1992**. Dispõe sobre a instituição de Gratificação de Atividade Militar para os servidores militares federais das Forças Armadas. BRASIL. **Lei delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992**. Institui Gratificações de Atividade para os servidores civis do Poder Executivo, revê vantagens e dá outras providências.

<sup>439</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 45

<sup>440</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 47

Ferraz<sup>441</sup> aponta que, no entendimento de José Afonso da Silva<sup>442</sup> e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ausência da cláusula-parâmetro de indelegabilidade não altera a compreensão da separação dos Poderes, pois as exceções permanecem expressas. Apesar disso, Ferraz<sup>443</sup> defende que é necessária uma interpretação inovadora decorrente de tal ausência.

Em primeiro lugar, o fato da cláusula-parâmetro da indelegabilidade não ter sido prevista expressamente na Cláusula de 1988 não significa que ela possa ser absolutamente desprezada. Para Ferraz<sup>444</sup>, mesmo quando a delegação é possível, ela ainda encontra dois limites intransponíveis: a impossibilidade de abdicar de competência originária atribuída ao Poder; e o necessário estabelecimento de condições e limites claros para a atuação da competência delegada.

Em segundo lugar, a delegação somente é possível nos casos expressamente previstos na Constituição, porém, conforme aponta Ferraz<sup>445</sup>, a ausência da cláusula-parâmetro de indelegabilidade pode indicar a possibilidade de ampliação das exceções mediante inclusão de novas hipóteses por meio de emenda constitucional (observando os limites indicados anteriormente, da não abdicação de competência originária e da necessidade de parâmetros prévios para o exercício da delegação). Um argumento neste sentido foi a previsão do plebiscito no qual poderia ter sido adotado o parlamentarismo (CB1988, ADCT, art. 2º), situação na qual poderia ser necessária a ampliação das hipóteses de delegação, como é típico em tal sistema de governo<sup>446</sup>.

Em terceiro lugar, se é possível ampliar as hipóteses de delegação, também por emenda constitucional é possível suprimi-las, pois a Constituição busca preservar o princípio da separação dos Poderes e não necessariamente uma concepção específica e determinada de separação dos Poderes<sup>447</sup>. Apesar de viável, toda alteração no sistema de freios e contrapesos deve ser realizada com equilíbrio, de modo que a supressão de uma competência dos Poderes (ainda que delegada) deve ser compensada, sob risco de um deles ficar em posição subalterna.

---

<sup>441</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 47.

<sup>442</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 98-99.

<sup>443</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

<sup>444</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 15.

<sup>445</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 48.

<sup>446</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 50.

<sup>447</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 51-52.

#### 4.6. Cláusula-parâmetro da inacumulabilidade

Por fim, a inacumulabilidade de funções é a vedação para que o integrante de um dos Poderes exerça qualquer função em outro Poder. Tal cláusula-parâmetro<sup>448</sup> pode ser identificada inicialmente na Constituição Provisória da República (Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, arts. 24 e 76) e permaneceu em todas as posteriores, com exceção da Carta de 1937 e da atual Constituição Federal de 1988. Além disso, excluindo a Constituição Provisória de 1890, tal vedação nunca foi absoluta com relação aos parlamentares<sup>449</sup> (mas em geral mediante licença da casa à que pertençam), ainda que apenas na Constituição de 1946 houvesse previsão de exceções na própria cláusula-parâmetro.

Segundo Ferraz<sup>450</sup>, a inacumulabilidade teria por fundamento evitar que um dos Poderes se subordine a(os) outro(s), bem como evitar que se desfaça a “separação”, uma vez que se as mesmas pessoas exercerem funções em vários Poderes, haverá claramente uma confusão de Poderes. Se por um lado o acúmulo de funções prejudica a independência entre os Poderes, em certa medida ele também pode ser considerado um instrumento para a harmonia e coordenação<sup>451</sup> entre eles.

##### 4.6.1. Exceções à inacumulabilidade (Poder Legislativo)

Com relação ao Poder Legislativo, mesmo no Império era autorizado que o senador ou deputado fosse nomeado ministro ou conselheiro de Estado, neste caso o deputado deveria submeter-se à nova eleição (CB1824, art. 29). As exceções aos parlamentares foram gradualmente se reduzindo a partir da Proclamação da República<sup>452</sup> até o golpe de 1964.

<sup>448</sup> Vale ressaltar que desde a Constituição Imperial de 1824, existem vedações direcionadas aos parlamentares, mas com estrutura de regra e não de princípio.

<sup>449</sup> As exceções: na Constituição de 1824, arts. 29 e 30; na Constituição de 1891, art. 23, § 1º; na Constituição de 1934, art. 33, § 2º; na Carta de 1937, art. 44, “b”; na Constituição de 1946, art. 49; na Constituição de 1967, art. 38, na Carta de 1969 (Emenda Constitucional nº 01/1969), art. 36; na Constituição de 1988, art. 56.

<sup>450</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 16.

<sup>451</sup> A Constituição de 1934 previu a independência e coordenação entre os Poderes (em vez de harmonia, como as demais constituições previram).

<sup>452</sup> A Constituição provisória de 1890, artigo 24, limitou as exceções às missões diplomáticas, comissões militares e aos cargos de acesso ou promoção legal, o que foi mantido na Constituição de 1891, artigo 23. As exceções foram limitadas a missões diplomáticas na Constituição de 1934, artigo 33, § 2º. Na Constituição de 1937, artigo 44, e na Constituição de 1946, artigo 49, a exceção se reduziu às missões diplomáticas extraordinárias ou transitórias.

Durante a Ditadura Militar<sup>453</sup> as exceções foram ampliadas e passou a ser possível que o deputado ou senador ocupasse cargo de ministro de Estado, interventor federal, secretário de estado ou prefeito de capital (CB1967, art. 38; e CB1969, art. 38).

Na Constituição de 1988 as exceções se ampliaram ainda mais, para ministro de Estado, governador de território, secretário de estado, do distrito federal, de território, de prefeitura de capital ou chefe de missão diplomática temporária<sup>454</sup> (CB1988, art. 56, I). Ferraz<sup>455</sup> alerta que em âmbito estadual e municipal tais exceções à incompatibilidade foram refletidas acriticamente, sendo que inclusive em muitos casos, com redação idêntica à da Constituição Federal<sup>456</sup>.

#### 4.6.2. Exceções à incompatibilidade (Poder Judiciário)

Com relação ao Poder Judiciário, única exceção à incompatibilidade é a autorização para que os juízes exerçam uma atividade de magistério (CB1988, art. 95, parágrafo único, I). Tal exceção consta em todas as constituições desde 1934, sendo que apenas entre 1945 e 1946 houve ampliação das exceções, autorizando o exercício de serviços eleitorais e cargos em comissão e de confiança direta do presidente da República ou dos interventores federais nos estados (CB1937, art. 92), com redação dada pela Lei Constitucional nº 10/45 e 11/45).

#### 4.6.3. Exceções à incompatibilidade (Poder Executivo)

Em via reversa, todas as exceções para os Poderes Legislativo e Judiciário se aplicam ao Poder Executivo.

#### 4.6.4. Incompatibilidade na Constituição de 1988

---

<sup>453</sup> Tal ampliação das exceções, o que reforça a submissão do Poder Legislativo ao Executivo, pode até ser coerente em um regime autoritário.

<sup>454</sup> O que enfraquece não apenas a separação dos Poderes, mas também o princípio federativo, afinal, nada justifica que um deputado federal ou senador assuma uma secretaria estadual. Da mesma forma, existe exceção para prefeitura de capital, mas não para os demais municípios, uma distinção sem fundamento no atual regime.

<sup>455</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes:** O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 55-59.

<sup>456</sup> Não faz sentido que um deputado estadual paulista seja autorizado a ocupar cargos de ministro (no Governo Federal), secretário de outros estados, governador de território ou embaixador (Constituição Estadual de São Paulo de 1989, art. 17, I).

Na Constituição de 1988 a incompatibilidade não foi prevista expressamente como cláusula-parâmetro, ainda que ao longo do texto constitucional existam regras que vedem acumulações específicas (CB1988, art. 54, I, “b”, II, “b”, “d”, art. 95, parágrafo único, I e III). Tal supressão indica novamente uma clara decisão do constituinte pela flexibilização do tema, o que reforça a já histórica confusão entre os Poderes Executivo e Legislativo no Brasil, com subordinação indevida deste último ao primeiro<sup>457</sup>.

A ausência expressa da cláusula-parâmetro da incompatibilidade na Constituição de 1988 leva ao entendimento de que, por meio de reformas constitucionais, as vedações específicas possam ser alteradas (ampliadas e/ou suprimidas). Apesar disso, tais situações dependem sempre do licenciamento do titular de um dos Poderes para seu exercício no outro (independente de previsão neste sentido), pois, caso contrário, a separação seria efetivamente desfeita (uma eventual emenda constitucional que se propusesse a autorizar tal situação estaria claramente violando o princípio da separação dos Poderes).

#### 4.7. Evolução da Separação dos Poderes no Brasil

Sintetizando, mesmo no período republicano, o princípio da separação dos Poderes também passou por uma constante evolução no constitucionalismo brasileiro, partindo de uma concepção rígida em direção à maior flexibilização. Desta forma, podem ser identificadas três fases da evolução do princípio da separação dos Poderes:

- a) Fase da estrita separação dos Poderes<sup>458</sup>;
- b) Fase da separação atenuada (em diferentes graus), com freios e contrapesos; e
- c) Fase da interferência entre os Poderes, ainda que limitada (a partir da Constituição de 1988)<sup>459</sup>.

A Constituição Federal de 1988 concedeu posição bastante destacada ao princípio da separação dos Poderes, tanto por incluí-la entre os princípios fundamentais do Estado brasileiro (CB1988, Título I), quanto por lhe garantir característica de cláusula pétrea (CB1988, art. 60,

<sup>457</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.54-55

<sup>458</sup> Vale ressaltar que no Brasil nunca se aplicou de fato a versão totalmente rígida da teoria de Montesquieu (como a Constituição Francesa de 1791, por exemplo). O regime imperial nem mesmo se estruturava na tripartição típica de Poderes, enquanto na República, a inspiração veio diretamente da constituição dos Estados Unidos (com suas particularidades e na ocasião já com mais de 100 anos de evolução institucional).

<sup>459</sup> O fato de o Brasil ter sofrido muitos períodos autoritários causou alguns efeitos neste processo evolutivo, uma vez que em todo momento revolucionário (Proclamação da República e Revolução de 1930) e em todas as ditaduras (Estado Novo e Ditadura Militar) o Poder Executivo se sobrepôs aos demais e usurpou suas atribuições. Apesar disso, tais períodos de anormalidade constitucional efetiva não podem ser classificados como “fase de interferência entre os Poderes”, uma vez que sequer havia separação de fato.

§ 4º). Apesar disso, o caráter de cláusula pétrea não significa imutabilidade, pois, a própria Constituição também previu a possibilidade de mudança do sistema de governo presidencialista para parlamentarista (CB1988, ADCT, art. 2º).

Outra questão importante é que na Constituição Federal de 1988 apenas a cláusula-parâmetro da independência e harmonia entre os Poderes foi mantida. Os parâmetros da indelegabilidade e da inacumulabilidade (que antes eram previstas expressamente nos textos constitucionais anteriores) ainda podem ser identificados a partir da interpretação do princípio da separação dos Poderes, mas, como não estão mais expressos no texto constitucional, tiveram seu *status* sensivelmente alterado<sup>460</sup>.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 ampliou e modificou as situações de interferência de um dos Poderes nas atribuições dos demais, sendo que os novos instrumentos não são apenas fiscalizadores ou garantidores de equilíbrio, mas verdadeiras ingerências<sup>461</sup>. Por outro lado, os elementos garantidores de independência e autonomia interna de cada um dos Poderes (em especial, do Legislativo e do Judiciário) foram bastante fortalecidos (formação independente, auto-organização e condições de autonomia).

---

<sup>460</sup> Como veremos a seguir, as cláusulas-parâmetro da indelegabilidade e da inacumulabilidade podem ser identificadas a partir da interpretação do princípio da separação dos Poderes e de outras disposições constitucionais. Por outro lado, o fato de não terem sido expressamente previstas (como aconteceu nas constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969) possibilitou que fossem ultrapassadas e reconfiguradas por meio de emendas constitucionais e da própria interpretação da Constituição.

<sup>461</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 22-23.

## 5. O STF E SUA RELAÇÃO COM OS DEMAIS PODERES

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário é uma corte poderosa. O STF não é apenas uma suprema corte (última instância recursal de apelação judicial), mas também um tribunal constitucional (órgão que julga de forma definitiva a constitucionalidade das leis, ainda que não possua o monopólio e nem o faça apenas de forma abstrata)<sup>462</sup>. Além disso, o STF também é, segundo a Constituição, a instância natural para julgar as infrações penais comuns dos titulares dos principais cargos da República (incluindo o presidente e o vice-presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os próprios membros do STF, o procurador-geral da República, os ministros de Estado, os comandantes da marinha, do exército e da aeronáutica, membros dos tribunais superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente).

Além deste conjunto de competências atribuídas ao STF pela Constituição de 1988 que o tornam extremamente poderoso, também existem alguns processos evolutivos (inclusive de natureza internacional) que contribuem para isso. Luís Roberto Barroso<sup>463</sup> entende que tal ascensão do STF é um fenômeno mundial (“neoconstitucionalismo”) decorrente de três marcos: (i) no marco filosófico, o pós-positivismo; (ii) no marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito; e (iii) no marco teórico, a nova percepção e prática da jurisdição constitucional.

### 5.1. Ascensão do STF como Tribunal Constitucional

Conforme antecipamos, o conceito de “tribunal constitucional” refere-se ao órgão (integrante do Judiciário ou não), que julga de forma definitiva a constitucionalidade das leis (ainda que não possua o monopólio e nem o faça apenas de forma abstrata)<sup>464</sup>. Não há necessidade de que tal órgão seja uma “suprema corte” (ou seja, a última instância recursal de apelação judicial), ainda que uma “suprema corte” possa ser um tribunal constitucional (que é exatamente o caso do STF).

A partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal foi configurado como um verdadeiro tribunal constitucional e, gradualmente, assumiu este papel institucional.

<sup>462</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 158-159.

<sup>463</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, p. 28.

<sup>464</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 158-159.

A conformação do STF como tribunal constitucional decorreu de três fatores fundamentais (e que não são uma exclusividade brasileira): (i) o estabelecimento de um órgão com a função de exercer o controle de constitucionalidade dos Poderes do Estado (que viria a ser o tribunal constitucional); (ii) a existência de uma Constituição principiológica, que também estabelece normas de conduta (e não apenas normas de competência); e (iii) o desenvolvimento de um arcabouço prático e teórico que justifique a atuação do órgão tribunal constitucional como concretizador da Constituição e não como mero “legislador negativo”.

#### 5.1.1. Neoconstitucionalismo e os Tribunais Constitucionais

Vejamos a seguir como se deu a evolução histórica (em nível global) destes três fatores indicados acima:

Após a Segunda Guerra Mundial, ficou evidente a necessidade de limites axiológicos também ao legislador<sup>465</sup>, o que se consubstanciou nas Constituições da segunda e da terceira “onda da democracia”<sup>466</sup>. Tal mudança também veio acompanhada pela criação de tribunais constitucionais<sup>467</sup> inspirados na tese de Hans Kelsen<sup>468</sup>, ou seja, órgãos judiciais encarregados do controle de constitucionalidade, preferencialmente no modelo concentrado/abstrato (ainda que existam diferentes modelos, conforme as especificidades de cada país).

Acontece que, ainda que a tese kelseniana sobre o defensor da Constituição tenha prevalecido<sup>469</sup>, sua outra tese sobre o teor das normas constitucionais não prosperou. Defendia Kelsen que, materialmente, a Constituição fosse composta por normas sobre normas (apenas normas de competência regulamentando os demais poderes). Ocorre que, após a Segunda Guerra Mundial, as mesmas constituições que consagraram a teoria kelseniana de Tribunais Constitucionais, também adotaram normas sobre condutas (em especial, sobre Direitos Fundamentais)<sup>470</sup>. E isso viria a requerer toda uma nova forma de aplicação das normas constitucionais<sup>471</sup>.

<sup>465</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 114.

<sup>466</sup> Ver seção 1.1.

<sup>467</sup> DALY, Tom Gerald. **The Alchemists** (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge University Press. Edição do Kindle, 2017, p. 3.

<sup>468</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 237-298.

<sup>469</sup> TAVARES, André Ramos. O Debate de Weimar e as Origens do Direito Econômico. In: Gilberto Bercovici. (Org.). **Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019)**. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 102.

<sup>470</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58.

<sup>471</sup> Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDconst, 2011a, p. 95-113, p. 51) é um crítico do uso da linguagem imprecisa e ambígua, que entende como uma espécie de violação da Separação dos Poderes e da sujeição dos juízes à lei.

A partir da atuação dos tribunais constitucionais da segunda onda, a doutrina jurídica desenvolveu novas teorias hermenêuticas sobre as melhores formas de interpretar as constituições axiológicas surgidas no pós-guerra<sup>472</sup>. Tais teorias também foram fundamentais para ampliar a área de atuação dos tribunais constitucionais, que não apenas passaram a atuar de maneira negativa, mas também como concretizadores das Constituição.

Entre as novas teorias de hermenêutica constitucional, se destaca a “sociedade aberta de intérpretes”, de Peter Häberle<sup>473</sup>. O jurista alemão propõe a “democratização da interpretação constitucional”, de modo que a Constituição seja interpretada por todas as forças sociais, e não apenas por um conjunto restrito de intérpretes “vinculados às corporações” e participantes formais do processo constitucional. Ou seja, uma sociedade aberta de intérpretes (sem “*numerus clausus*”) em vez de uma sociedade fechada.

O pensamento de Häberle é fundamentado no fato de que todas as forças pluralistas públicas são potenciais intérpretes da Constituição e que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional. Afinal, as forças sociais e privadas são sujeitos e não meros objetos regulamentados pela Constituição.

Em suma, o neoconstitucionalismo seria resultado da expansão das constituições axiológicas, acompanhadas pela criação de tribunais constitucionais (em geral com poderes de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade), inspirou novas teorias herméticas, que legitimaram a ampliação da área de atuação dos próprios tribunais. Por fim, se fortaleceu na sociedade o entendimento de que ela própria também é um legítimo intérprete da Constituição.

### 5.1.2. A Conformação do STF como Tribunal Constitucional

Um processo evolutivo similar também ocorreu na América Latina (inclusive no Brasil) durante o processo de regeneração democrática com o final das ditaduras ao longo dos anos 1980 (o que Huntignton incluiria na “terceira onda”). As constituições elaboradas durante tal período foram fortemente influenciadas pelo constitucionalismo europeu, com foco na estabilidade democrática e nos direitos fundamentais<sup>474</sup>.

<sup>472</sup> Entre diversos autores, podemos citar exemplificativamente, Konrad Hesse, Friedrich Müller, Peter Häberle e Robert Alexy.

<sup>473</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para à interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

<sup>474</sup> BARBOSA, Maria Lúcia; ALLAIN TEIXEIRA, João Paulo. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação**. Revista Direito e Práxis, v. 8, p. 1113-1142, 2017.

No Brasil, este processo é marcado pela Constituição de 1988 e pelo papel de destaque nela previsto para o STF<sup>475</sup>.

Em tese, o STF já possuía, de alguma forma (mas bem limitada), a função de tribunal constitucional desde 1965, quando a Emenda Constitucional nº 16/1965 introduziu a “representação de constitucionalidade”<sup>476</sup>. Ocorre que, além do país estar naquele momento submetido a uma ditadura militar, apenas o procurador-geral da República estava legitimado a apresentar a representação de constitucionalidade, de modo que a atuação do STF no controle abstrato de constitucionalidade não era muito destacada. Sendo assim, apenas a partir da Constituição de 1988, com a ampliação dos tipos de ações constitucionais e de atores legitimados para propô-las, podemos compreender que o STF passa a se converter efetivamente como um tribunal constitucional.

Além disso, a Constituição de 1988, como se sabe, é bastante axiológica, com muitas normas de conduta e servida de um amplo rol de Direitos Fundamentais. Assim, a atuação do STF como tribunal constitucional fica bastante diversificada com a combinação entre o conteúdo da Constituição de 1988 e a ampliação das ações constitucionais e dos legitimados para ajuizá-las.

Por fim, as teorias jurídicas da nova hermenêutica constitucional (especialmente as de origem alemã) encontraram campo fértil nas universidades brasileiras, que as adotaram com gosto<sup>477</sup>. Aos poucos, essa nova doutrina ganhou espaço entre os ministros do STF, seja por substituição deles (com o ingresso de ministros mais favoráveis a elas, em lugar dos refratários), seja pelo convencimento. Atualmente a nova hermenêutica constitucional é unanimidade entre os integrantes do STF (ainda que não haja, entre eles, consenso entre as diferentes linhas de pensamento).

Em suma, o Supremo Tribunal Federal finalmente assumiu seu papel efetivo como tribunal constitucional e assim passou a atuar. Ocorre que toda ação tem sua reação e no caso do STF não foi diferente. A ampliação de poderes e de visibilidade não ocorreu sem implicar em mudanças na percepção da sociedade e dos demais Poderes.

---

<sup>475</sup> Em paralelo ao processo do fortalecimento do STF como tribunal constitucional, outros países da nossa América Latina viverem um processo diferenciado, chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”. Tal processo buscou características novas que o afastaram do neoconstitucionalismo de inspiração europeia com bastante ênfase na participação popular. Cf. BARBOSA, Maria Lúcia; ALLAIN TEIXEIRA, João Paulo. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação**. Revista Direito e Práxis, v. 8, p. 1113-1142, 2017. Cada país possui suas características e particularidades, e os diferentes ciclos buscaram sempre a reafirmação da pluralidade cultural, direcionados à democracia direta (e até mesmo à refundação do Estado).

<sup>476</sup> CB1946, art. 101, I, “k”.

<sup>477</sup> SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 9. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 95-133.

## 5.2. Quatro Possíveis Posturas do STF perante os outros Poderes

Quando se analisa as posturas institucional da Suprema Corte dos EUA costuma-se falar muito em ativismo ou autocontenção judicial. Esses dois termos já pouco acrescentam ao debate teórico jurídico norte-americano, que dirá se forem acriticamente aplicados ao Brasil<sup>478</sup>. Preferimos, desta forma, adotar a classificação elaborada por Oscar Vilhena<sup>479</sup> para avaliar a postura do STF:

A postura institucional do STF no exercício de suas competências em relação aos demais Poderes pode ser classificada a partir de dois parâmetros: o grau de congruência jurídica na interpretação e aplicação das normas constitucionais; e o grau de proeminência do STF no exercício de suas atribuições funcionais.

O parâmetro da congruência jurídica refere-se ao quanto a atividade do STF está aderente ao conteúdo das normas constitucionais. Oras, se uma decisão (ou uma omissão) do STF não possui congruência jurídica, então é ela constitui uma violação do conteúdo da constituição e, conseqüentemente, é inconstitucional. Por outro lado, se uma ação do STF possui congruência jurídica, então ela é fundamentada na Constituição.

No que se refere especificamente à separação dos Poderes, o grau de congruência jurídica refere-se ao quanto o STF exerce suas competências de maneira efetiva e sem invadir a competência dos outros. Ao não atuar de maneira efetiva (quando possui o dever de atuar) o STF estaria sendo incongruente; ao invadir a competência dos outros Poderes (excedendo as competências recebidas), também estaria sendo incongruente.

Por sua vez, o parâmetro das atribuições funcionais refere-se ao quanto a atividade do STF é mais ou menos ativa no exercício de suas competências. Como se sabe, a assembleia constituinte que elaborou a Constituição de 1988 optou por garantir maior proteção a determinados institutos (em especial, os direitos fundamentais), o que abriu margem para uma atuação bastante ampliada do Poder Judiciário (uma vez que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, de modo que o Poder Judiciário possui competência e legitimidade para sua concretização em caso de omissão do Executivo e Legislativo). Tal atuação ampliada do Poder Judiciário, contudo, não é absoluta, uma vez que a proteção especial garantida pela

---

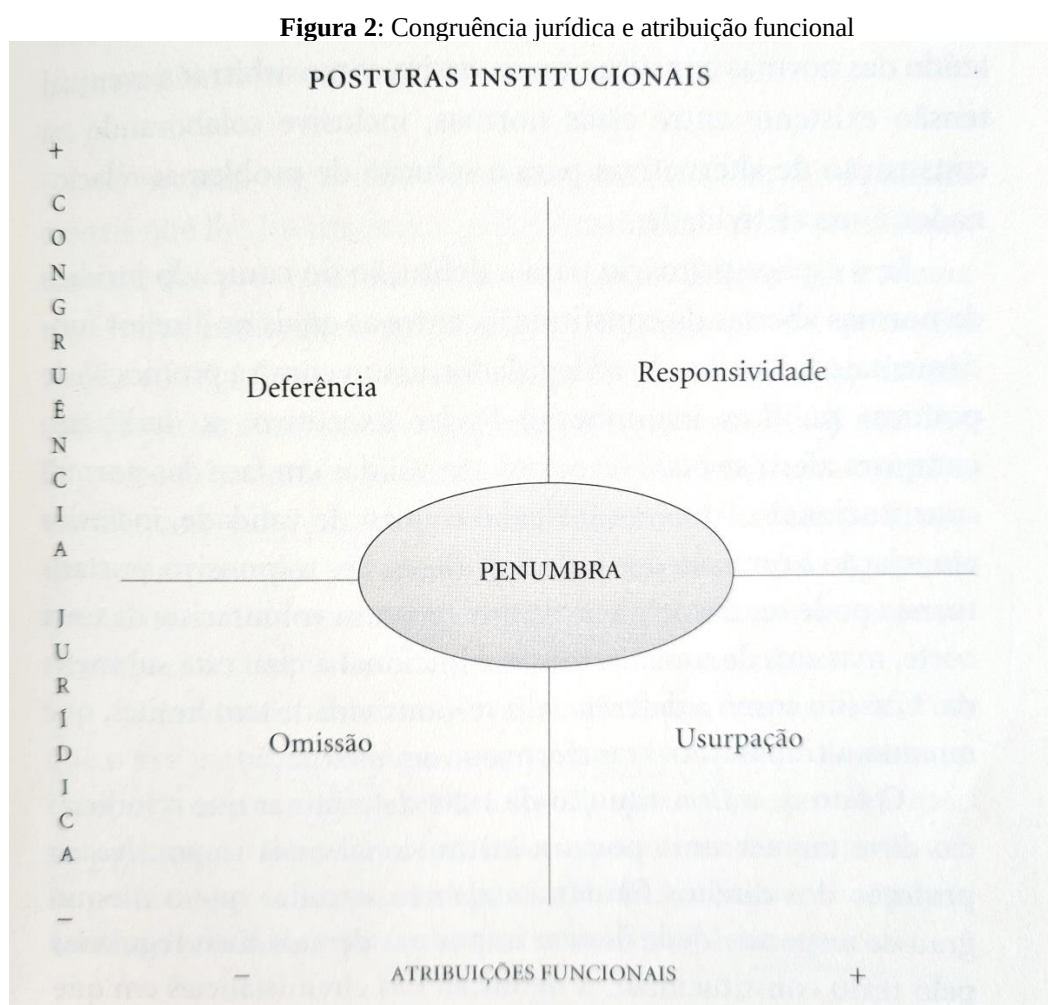
<sup>478</sup> FARACO, Marina. **Deixando de lado o 'ativismo' e a 'autocontenção' judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988**. Revista do Advogado, v. 1. São Paulo, AASP, 2018, p. 147-155.

<sup>479</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 174-178

Constituição aos Direitos Fundamentais não se reproduziu em todos os temas constitucionalizados.

O grau de proeminência do STF no exercício de suas atribuições funcionais é um parâmetro indissociável para separação dos Poderes. Quanto mais ativo o STF é no exercício de suas funções, mais interfere na atuação dos demais; quanto menos ativo é o STF, menor a interferência.

A combinação dos dois parâmetros (congruência jurídica e atribuição funcional) resulta em quatro possíveis posturas institucionais do STF, conforme o gráfico abaixo:



Fonte: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

A postura da deferência significa que o STF atua com alto grau de respeito aos Poderes Executivo e Legislativo, atuando exclusivamente dentro de suas funções (de forma congruente), mas cuidando para não invadir as competências dos outros Poderes, o que implica em não exercer a totalidade de suas atribuições funcionais. Entre ser efetivo e não invadir as

competências do Legislativo e do Executivo, a posição deferente prioriza o segundo aspecto (ainda que não descuide do primeiro, sob risco de ser omissa). Esta postura seria o que alguns autores norte-americanos denominaram de autocontenção judicial (*judicial self restraint*).

É importante diferenciar a postura deferente da postura omissa. Por maior respeito que o STF tenha dos demais Poderes, suas competências foram determinadas constitucionalmente, de modo que a separação dos Poderes também exige que o Judiciário atue efetivamente dentro de sua esfera de obrigações. Se o STF se omite e simplesmente deixa de exercer suas atribuições funcionais, não estará sendo juridicamente congruente (a omissão é inconstitucional).

A postura da responsividade é aquela pelo qual o STF atua de forma a priorizar ao máximo a concretização da Constituição, mesmo que isso implique em interferências no que seriam consideradas competências dos outros Poderes. Note que, neste caso, a responsividade do STF requer alta congruência jurídica, ou seja, a interferência na atuação do Executivo e do Legislativo requer fundamento constitucional que a sustenta (caso contrário, haverá usurpação). Entre ser efetivo e não invadir as competências do Legislativo e do Executivo, a posição responsiva prioriza o primeiro aspecto.

Diferente da postura responsiva é a postura da omissão, pela qual o STF invade as competências dos demais Poderes sem fundamento jurídico para tanto. Ou seja, trata-se de atuação sem congruência jurídica e, conseqüentemente, é inconstitucional.

De forma a sintetizar o raciocínio, é imperativo que a atuação do STF seja ser juridicamente congruente, variando entre deferente e responsiva conforme o tema e a existência de fundamento constitucional para maior ou menor interferência nos demais Poderes. Por sua vez, as posturas de omissão ou usurpação são incongruentes juridicamente e, portanto, inconstitucionais. Enfim, entre as quatro existe uma “zona de penumbra”, na qual os limites entre os parâmetros não são totalmente claros.

É possível avaliar que, imediatamente após a promulgação da Constituição de 1988, o STF partiu de uma postura de omissão, mas evoluiu para uma postura deferente ao longo da década de 1990, até tornou-se responsivo a partir dos anos 2000. No entanto, a partir de 2013 a postura do STF pode ser classificada como de usurpação<sup>480</sup> (ou, no mínimo, aderiu ao “duro jogo constitucional”, abandonando a necessária reserva institucional)<sup>481</sup>.

---

<sup>480</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 179.

<sup>481</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 107.

### 5.3. O STF e o Desequilíbrio na Separação dos Poderes

Nos últimos 10 anos, popularizaram-se dois jargões sobre o STF, que “STF pode muito mais não pode tudo” e que “cabe ao STF errar por último, pois tem a última palavra”. Em particular, discordamos da ideia de que o STF tem a última palavra, e exatamente por isso concluímos que ele não pode tudo. De fato, uma análise de 1988 para cá evidencia que o STF ampliou bastante seus poderes, mas isso não significa que tal ampliação é ilimitada e nem mesmo que ela será permanente.

Em primeiro lugar, devemos questionar a teoria da “última palavra do STF”, para adotar o entendimento do “diálogo interinstitucional”. Segundo Conrado Hubner Mendes, não existe uma “última palavra”, pois, na relação entre os Poderes, o que existe são “rodadas procedimentais” entre eles que resulta em uma “última palavra provisória”. Nada impede que algum dos Poderes inicie novamente uma nova rodada procedimental buscando atingir outra última palavra provisória<sup>482</sup>.

Ilustraremos com um caso abstrato: um determinado tema é objeto de projeto de lei de autoria do Poder Executivo, sendo debatido pelo Poder Legislativo até sua promulgação em lei. Porém, após isso, o projeto de lei é submetido ao controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário e excluído do sistema. Trata-se de uma rodada procedimental entre os três Poderes, que resulta em uma última palavra provisória do Judiciário sobre o tema. Após a decisão, o Poder Executivo apresenta emenda constitucional sobre o mesmo tema, que é discutida e aprovada pelo Poder Legislativo, sanando a inconstitucionalidade que havia fulminado o projeto de lei originário. Assim, ocorreu uma segunda rodada procedimental, resultando em outra última palavra provisória (uma vez que, futuramente, a própria emenda constitucional pode ser objeto do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário).

Mais do que um exercício teórico, o exemplo ilustrativo do parágrafo anterior pode ser identificado em casos concretos, como o da “vaquejada”. Em 2016, por seis votos a cinco, o STF julgou procedente a ADI 4.983<sup>483</sup>, considerando inconstitucional a lei estadual nº 15.299/2013, do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural. A prática da vaquejada foi considerada cruel pelos ministros, devendo ser proibida. A decisão da

---

<sup>482</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Políticas). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, caps. 6 e 7.

<sup>483</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983** (ADI 4983). Acórdão. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2016, 06/10/2016.

ADI 4.983 repercutiu de forma muito negativa em diversos estados brasileiros<sup>484</sup>, sendo que o Congresso Nacional, em tempo recorde, aprovou a chamada “PEC da Vaquejada” (proposta em outubro de 2016, aprovada em maio de 2017 e promulgada em junho de 2017), que incluiu na Constituição Federal o parágrafo sétimo do artigo 225, determinando que as práticas esportivas e culturais, que utilizam animais, não são consideradas cruéis. Com isso, a decisão do STF na ADI 4.983 ficou totalmente sem efeito. A PEC da Vaquejada é um exemplo interessante do diálogo entre os Poderes, demonstrando que a “última palavra” do STF é apenas provisória e que sempre é possível mais uma mais uma “rodada procedimental”.

Enfim, no que se refere à separação dos poderes, o aumento de poder do STF pode resultar em três diferentes cenários: supremacia do STF; reações (sociais e intuicionais) à atuação do STF (*backlash*); ou controle do STF por parte de um ou dos demais Poderes. Apresentaremos a seguir cada um dos cenários.

#### 5.3.1. Supremacia do STF

Conforme já examinamos, a separação dos Poderes é um conceito dinâmico e que evolui historicamente. Relações que hoje consideramos harmoniosas, certamente não receberiam a mesma interpretação em outros tempos. Da mesma forma, o que já foi considerado equilíbrio entre Poderes no passado (por exemplo, um papel reduzido do Judiciário), para nós hoje pode não parecer tão equilibrado.

Houve momentos (e ainda há em outros países) em que o Poder Legislativo possuía institucionalmente um papel mais destacado do que os demais Poderes e o mesmo já aconteceu com o Executivo. Sendo assim, é plenamente razoável esperar que a separação dos Poderes possa estar evoluindo para uma conformação com posição destacada do Poder Judiciário (segundo o ministro Ricardo Lewandowski do STF, isso seria até uma consequência natural da estabilização do Estado de Direito)<sup>485</sup>.

Por outro lado, a prevalência do Poder Judiciário sobre os demais também pode ser objeto de críticas, afinal, trata-se exatamente do Poder que não está submetido (ou não deveria estar) ao controle popular por meio de eleições. Ou seja, a função contramajoritária do Estado

---

<sup>484</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. **Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 39, n. 80, 2019, p.144-145.

<sup>485</sup> VASCONCELLOS, Jorge. O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 14 ago. 2014.

assumiria a supremacia sobre a majoritária. Trata-se de um cenário que lembra a descrição dos regimes híbridos de “liberalismo antidemocrático”.

Por fim, se a expansão de poderes do STF não encontrar um novo ponto de equilíbrio e permanecer em expansão, neste cenário seria possível até mesmo chegar a um regime sem equilíbrio entre os Poderes.

### 5.3.2. Reações ao STF (*backlash*)

A atuação dos tribunais constitucionais implica em situações nas quais estes órgãos passaram a tomar decisões sobre assuntos controversos para a sociedade em geral. Ocorre que, se existe uma controvérsia social, então qualquer solução para a questão irá desagradar algum dos lados da disputa (quanto não todos).

Tais reações foram denominadas na doutrina jurídica norte-americana como *backlash*. Segundo Cass Sunstein, *backlash* é a “desaprovação pública, intensa e duradoura a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica”<sup>486</sup>. O *backlash* refere-se a qualquer reação social a decisões judiciais, mas por uma questão metodológica, reduziremos nosso escopo apenas às reações sociais contra os tribunais constitucionais (ou supremas cortes no exercício de funções relacionadas à jurisdição constitucional, como no caso do STF).

O fenômeno foi identificado inicialmente pela doutrina norte-americana. Gerald N. Rosenberg<sup>487</sup> analisou alguns casos controversos julgados pela Suprema Corte dos EUA (entre eles, *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>488</sup> e *Roe v. Wade*<sup>489</sup>) e concluiu que a reação social às decisões produziu efeitos que enfraqueceram ou anularam o avanço realizado. Após o estudo

<sup>486</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper nº 157, 2007, p. 1.

<sup>487</sup> ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?**. Second Edition. University of Chicago Press. Edição do Kindle, 2008.

<sup>488</sup> No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que a segregação racial em escolas públicas era inconstitucional, sendo um marco no direito norte-americano e é considerada uma das principais vitórias do movimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos. Por outro lado, após a decisão houve reação racista nos estados do sul dos EUA, com manifestações públicas, criação de novas leis segregacionistas, resistência dos governos estaduais em cumprir a decisão da Suprema Corte, retorno da Ku-Klux-Klan, impulsionamento de candidaturas conservadoras (por exemplo, Bull Connor e George Wallace), entre outras (cf. FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 138-146).

<sup>489</sup> Já no caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), a Suprema Corte norte-americana reconheceu o direito constitucional das mulheres decidirem se querem prosseguir com a gravidez. A decisão em *Roe v. Wade* gerou um intenso *backlash*, com manifestações, eleição de políticos conservadores com base na plataforma “pro-life” (contrários ao aborto), aprovação de um conjunto de leis que dificultam o acesso às políticas de interrupção de gravidez e, até mesmo, atentados terroristas contra clínicas de aborto e assassinatos de médicos (cf. FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 150-155).

de Rosenberg, o tema *backlash* passou a preocupar muitos juristas progressistas dos Estados Unidos (por entenderem que, majoritariamente, tais reações sociais são conservadoras)<sup>490</sup>, ainda que nem todos vejam o *backlash* de maneira negativa<sup>491</sup>.

O *backlash* não é uma exclusividade norte-americana, sendo identificáveis exemplos semelhantes em diversos outros países do mundo<sup>492</sup>, inclusive no Brasil.

No Brasil, como exemplos mais destacados de *backlash* contra o STF, podemos citar o reconhecimento da união homoafetiva<sup>493</sup>, a autorização para o aborto de fetos anencefálicos<sup>494</sup>, o cabimento de embargos infringentes no julgamento do “Mensalão”<sup>495</sup>, a proibição da

---

<sup>490</sup> Ainda que o *backlash* seja comumente associado a reações conservadoras contra decisões progressistas, Samuel Sales Fonteles (FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 28) aponta que também existem *backlash* progressistas contra decisões conservadoras. Um exemplo ilustrativo é o caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), no qual a Suprema Corte dos EUA considerou constitucional uma lei do estado da Georgia que criminalizava a relação sexual consentida e privada entre homossexuais (no entendimento da Corte, o direito à privacidade não protegeria relações homossexuais). A decisão despertou uma grande reação social e, nos anos que se seguiram, as leis que criminalizavam a sodomia foram revogadas ou anuladas judicialmente.

<sup>491</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 42, 2007, p. 373-374.

<sup>492</sup> Na Alemanha, por exemplo, o Julgamento do Crucifixo (*Kruzifix-Urteil*) foi uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 93,1) que, em 1995, entendeu que a colocação de crucifixos em salas de aula das escolas públicas seria uma violação da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (equivalente à constituição naquele país) por conta das liberdades de crença e de confissão religiosa. A decisão gerou muitos protestos e manifestações públicas de contrariedade, inclusive com a aprovação de ampla legislação em confronto direto com a decisão judicial (em âmbito municipal e estadual), prevendo a colocação de cruzes nas escolas (FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 160-162).

<sup>493</sup> Em 2011, o STF julgou conjuntamente a ADPF 132 e ADI 4277, dando reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil como entidade familiar, conferindo a tais uniões os mesmos direitos garantidos às uniões estáveis heterossexuais. A decisão do STF foi amplamente criticada por setores religiosos e acusada de “ativista” (COITINHO FILHO, R.A.; RINALDI, Alessandra. **O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”: onde os direitos e as moralidades se cruzam**. CIVITAS: REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS (IMPRESSO), v. 18, 2018, p. 26-42), sendo que a bancada evangélica na Câmara dos Deputados chegou a propor o “Estatuto da Família” (PL nº 6.583/13), um projeto de lei visando reverter a decisão das ADPF 132 / ADI 4277 (FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 194).

<sup>494</sup> Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF 54, declarando inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico configuraria o tipo penal de aborto. Ainda que tal decisão esteja muito longe de ser considerada como a liberalização do aborto, também despertou reação contrária, foi acusada de ativista (o STF estaria atuando como legislador positivo) e é considerada um dos motivadores da PEC 29/15, que busca alterar a redação do artigo 5º da Constituição para que conste a “inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção” (o que anularia a decisão do STF) (FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 186). Mais recentemente (em abril de 2020) o STF, por unanimidade, rejeitou a ADI 5.581 sobre a possibilidade de aborto em grávidas com zika vírus (que pode induzir a microcefalia no feto). A ação foi rejeitada sem julgamento do mérito e por meio do plenário virtual do STF (sem reunião ou videoconferência), o que pode ser um indício de que as pressões sociais no sentido contrário foram sentidas pelos ministros.

<sup>495</sup> Durante o julgamento do “Mensalão” (AP 470), uma divergência basicamente constitucional também despertou bastante destaque por parte da sociedade: sobre o cabimento ou não do recurso de embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Todo o julgamento da AP 470 foi alvo de reações de toda natureza, com cobertura diária (e ao vivo) pela mídia, mas, em particular, a reação ao entendimento dos embargos infringentes aconteceu em tempo real, sendo que todos os ministros do STF foram submetidos a intenso escrutínio público (em particular, o ministro Celso de Mello, o último a votar, foi capa de todos os jornais e revistas daquela semana) (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 201-203). Ao final, o tribunal decidiu por seis votos a cinco pelo cabimento dos embargos infringentes (curiosamente, depois da decisão o tema foi praticamente esquecido).

vaquejada<sup>496</sup>, a possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado<sup>497</sup> e a recusa da mesa do Senado Federal acatar o afastamento do senador Renan Calheiros da presidência da casa<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> Já citada na seção 5.3.

<sup>497</sup> Entre 2018 e 2019, o Supremo Tribunal Federal também sofreu bastante *backlash* ao debater a constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado. O tema já havia sido tratado anteriormente pelo STF duas vezes nos anos anteriores. Em 2009, o STF reconheceu, pela primeira vez, que a prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória seria inconstitucional e contrária ao artigo 5º, inciso LVII, da CB88, entendimento que chegou a ser formalizado expressamente no artigo 283, do Código de Processo Penal. Em 2016, o STF mudou seu entendimento, no sentido de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Eis que em 2018, chegou ao STF o “Habeas Corpus” nº 152.752-PR (HC 152.752), no qual o paciente Luiz Inácio Lula da Silva tentava impedir a execução antecipada da pena. Desta vez a pressão social foi enorme (de ambos os lados), com acusações de manipulação do regimento por Edson Fachin (que levou o julgamento para o plenário e não o manteve na 2ª Turma do STF, onde provavelmente seria voto vencido) e da pauta do plenário pela presidente do STF, ministra Cármen Lúcia (que alterou a data de julgamento por ao menos três ocasiões e mesmo assim garantiu que o HC 152.752 fosse julgado antes das ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema). Uma última polêmica foi o voto final da ministra Rosa Weber que, ainda que declaradamente favorável ao entendimento de que a execução provisória violaria a presunção de inocência, votou por denegar HC 152.752 com base no princípio da colegialidade (que votaria pela tese adotada anteriormente pelo STF até que o tema fosse alterado em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Vale lembrar que, na véspera do voto de Rosa Weber, o então comandante do Exército, general Eduardo Villas Bôas, publicou na rede social Twitter uma mensagem que por muitos foi considerada uma ameaça indireta (o texto do tweet do general era o seguinte: “Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais”). Por seis votos a cinco o “Habeas Corpus” foi rejeitado.

Em 2019, o STF julgou as ADCs, 43, 44 e 54 que reconheceu a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, ou seja, vetando a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. A tramitação das ADCs, 43, 44 e 54 também sofreu ampla pressão social e o tema ainda não parece encerrado, pois a maioria formada na decisão não estava em acordo sobre a possibilidade da matéria ser alterada por lei ou emenda constitucional.

<sup>498</sup> Decisão a ser comentada em detalhes na seção 6.4 desta tese.

A doutrina norte-americana não é unânime quanto à avaliação se o fenômeno *backlash* é negativo<sup>499</sup> ou positivo<sup>500</sup> e nem mesmo se a Suprema Corte deve evitá-lo<sup>501</sup> ou não<sup>502</sup>. É difícil simplesmente transplantar opiniões da doutrina norte-americana para o Brasil, uma vez que os sistemas jurídicos possuem distinções importantes. Em particular, a Suprema Corte possui um controle quase absoluto sobre quais casos quer decidir, o que lhe permite escolher se vai enfrentar ou evitar temas polêmicos. No Brasil, ainda que o critério de pauta das ações no Supremo Tribunal Federal seja bastante obscuro (permitindo manipulações), em tese o Judiciário não pode simplesmente deixar de apreciar um tema por critério discricionário. Ou seja, o STF não pode evitar um *backlash* declinando de sua jurisdição.

Em suma, a ampliação dos poderes do STF certamente resulta em maior quantidade de casos de *backlash* contra tais decisões. Caberia a cada ministro avaliar se entende tais reações como um aspecto positivo ou negativo, mas o fato é que tais reações podem limitar os efeitos das decisões do STF e despertar reações também por parte dos outros Poderes.

Em especial, em se tratando de separação dos Poderes, a resposta do Executivo e Legislativo ganham posição de destaque. Tais respostas podem ser legítimas, tal qual o caso da vaquejada (uma manifestação do diálogo interinstitucional), ou ilegítimas (e inconstitucionais), como foi caso da recusa do Senado em acatar o afastamento de seu presidente.

---

<sup>499</sup> Segundo o moralismo de Ronald Dworkin (SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper nº 157, 2007, p. 3-6. FONTELES, 2019, p. 44-48. CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 39, n. 80, 2019, p.127-131), o juiz deve julgar com base em critérios morais e ser indiferente à opinião pública contrária, sendo que qualquer *backlash* seria moralmente errado e deve ser rejeitado (ignorado) pelo Judiciário.

<sup>500</sup> Para o constitucionalismo popular (SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper nº 157, 2007, p. 13-14. FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 51-53), as decisões políticas nunca devem ser feitas pelos tribunais, mas apenas pelos órgãos do Executivo e do Legislativa (as cortes não teriam legitimidade para julgar as ações com grandes controvérsias morais), ou seja, o *backlash*, seria a manifestação da vontade popular contrária à falta de legitimidade do Judiciário em tais temas.

<sup>501</sup> O minimalismo de Cass Sunstein (FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 48-52. POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 42, 2007. p. 401-406. CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 39, n. 80, 2019, p.132-137) entende que os tribunais devem evitar decidir grandes controvérsias morais para não provocar retrocessos sociais e, neste entendimento, o *backlash* certamente é algo a ser considerado e evitado pelos juízes (as cortes até têm legitimidade, mas o resultado não seria favorável sob o aspecto progressista).

<sup>502</sup> O constitucionalismo democrático, de Robert Post e Reva Siegel (POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 42, 2007. FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodiym, 2019, p. 54-62. CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 39, n. 80, 2019, p. 137-141) reconhece que o Judiciário não deve deixar de decidir controvérsias sociais e, ainda que a reação social seja conservadora, isso apenas reflete o reconhecimento da perante a Constituição (que tende a disputar seu sentido com as cortes, mas reconhecendo-as cortes como parte do processo democrático), ou seja, o *backlash* seria o fortalecimento da democracia e não um problema.

### 5.3.3. Controle da STF (*court curbing*)

Conforme visto na seção anterior, as reações à atuação dos tribunais constitucionais podem ocorrer apenas em âmbito social, como também podem se manifestar por meio dos demais Poderes do Estado (como reflexo do *backlash*).

Na maioria das vezes, as reações dos outros Poderes apresentam apenas uma resposta diferente para uma determinada controvérsia, mas feita dentro do sistema institucional. Eventualmente, algum dos outros Poderes toma alguma medida que altera ou limita o resultado específico da decisão do tribunal constitucional (por exemplo, a PEC da vaquejada). Estando dentro dos limites democráticos e institucionais, sem que as atribuições do tribunal constitucional sejam reduzidas, é possível compreender que se trata apenas de mais uma “rodada procedimental” do diálogo entre os Poderes (uma vez que a “última palavra” do STF é apenas provisória)<sup>503</sup>.

Diferente e muito mais grave são as situações nas quais os Poderes Executivo e Legislativo tentam conter ou limitar definitivamente a ação dos tribunais constitucionais. Tais tentativas são associadas à subversão da democracia quando visam a “captura dos árbitros”. Se considerarmos que uma das funções democráticas da separação dos Poderes é estabelecer que um movimento político dependeria da vitória em diversas eleições antes de ganhar autoridade plena (não bastando uma única vitória, mas diversas)<sup>504</sup>, a “captura” do Poder Judiciário seria uma forma de contornar indevidamente tal princípio.

A cooptação dos órgãos de controle representa uma vantagem substancial para os candidatos a autocratas, pois, além de não mais atrapalhar, tais órgãos darão um “verniz” de legalidade a todo o processo (é muito mais eficaz controlar os órgãos de controle do que simplesmente aboli-los). Em geral, a captura dos árbitros pode ocorrer pela demissão ou substituição de pessoas, pelo controle sutil (suborno ou chantagem), por mudanças na composição da corte/órgão ou pela criação de novas instituições (em substituição às existentes)<sup>505</sup>.

Nos Estados Unidos existe ampla literatura sobre o controle do judiciário (*court curbing*), mas entendida de uma forma mais ampla. Entre as medidas de *court curbing*, os norte-

<sup>503</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Políticas). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, caps. 6 e 7.

<sup>504</sup> ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 62/63.

<sup>505</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, 2018, p. 81-84.

americanos<sup>506</sup> incluem diferentes modalidades, como (i) mudanças na composição do tribunal, (ii) limite ou remoção da jurisdição do tribunal, (iii) remoção ou alteração no controle de constitucionalidade, (iv) reversão ou alteração de decisões específicas, (v) controle de questões internas do tribunal, entre outras.

Infelizmente, tentativas de controle dos tribunais constitucionais (para anular os árbitros) não são novidade, sendo possível identificar alguns exemplos ainda no começo do século XX, como na Áustria<sup>507</sup> em 1929 e nos EUA<sup>508</sup> em 1937, mas têm se apresentado com alguma desconfortável frequência nos últimos anos (em particular na Europa).

Este fenômeno não se restringiu ao passado e, ao contrário, torna-se cada vez mais presente nos movimentos de “recessão democrática”, com destaque para a situação da Hungria<sup>509</sup> e da Polônia<sup>510</sup> (também existem bons exemplos na Ásia e na América Latina).

O próprio Supremo Tribunal Federal no Brasil já foi objeto de eventos semelhantes, visando subordinar o Poder Judiciário ao Executivo. Em 1937, por meio do Decreto nº

<sup>506</sup> NICHOLS, Curt; BRIDGE, Dave; CARRINGTON, Adam M.. **Court-Curbing via Attempt to Amend the Constitution: An Update of Congressional Attacks on the Supreme Court from 1955-1984**. Justice System Journal, Vol.35(4), 02 October 2014, p. 3-4

<sup>507</sup> O próprio Tribunal Constitucional da Áustria, criado por Hans Kelsen em 1920 (TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, p. 131), sofreu com a regressão democrática na Áustria e, em 1929, a uma reforça constitucional descaracterizou o Tribunal, que em 1934 foi definitivamente extinto. Segundo as palavras do próprio Hans Kelsen, “as emendas [...] foram promulgadas sob um regime semifascista e tendiam a restringir o controle democrático da constitucionalidade da legislação” (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 302).

<sup>508</sup> Em 1937, a Suprema Corte norte-americana havia invalidado parte da legislação do *New Deal*. Como resposta, em 1937, presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt apresentou a Lei de Reforma dos Procedimentos Judiciais (apelidada de *court-packing plan*), que lhe permitiria nomear mais juízes. A Lei de Reforma dos Procedimentos Judiciais não foi aprovada, mas, após essa disputa, a Suprema Corte adotou uma visão mais alinhada com a do presidente (posteriormente, Roosevelt nomearia a maioria da corte, mas pelos meios regulares e sem alteração dos procedimentos) (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 117-118 e 130).

<sup>509</sup> Um dos mais significativos exemplos de controle do tribunal constitucional é o que ocorreu na Hungria. De 1º/07/1990 a 24/11/1998, a Corte Constitucional da Hungria foi considerada a mais ativista do mundo: aboliu pena de morte, garantiu liberdade de informação, opinião e consciência, reconheceu direitos dos homossexuais, revogou 1/3 das leis contestadas entre 1990 e 1996 e orientava diretamente o processo legislativo (o presidente László Sólyom se autointitulava o “porta-voz da Constituição”). A partir de 1995 a Corte Constitucional da Hungria entrou em conflito direto com o governo, com isso, em 1998 o mandato de László Sólyom não foi renovado e foram nomeados novos juízes mais “comedidos”, até que, em 2012, a nova Constituição reduziu o papel da Corte Constitucional. Em março de 2013 foi aprovada uma emenda constitucional que anulou todas as decisões da Corte Constitucional anteriores a ela (DALY, Tom Gerald. **The Alchemists** (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge University Press. Edição do Kindle, 2017, p. 97-98).

<sup>510</sup> O Tribunal Constitucional da Polônia criado em 1982 foi, ao longo do tempo, adquirindo maiores poderes. A partir de 2015 foi promovida uma reforma com a finalidade de enfraquecer o Tribunal Constitucional e, posteriormente, o partido do governo manobrou as nomeações para o Tribunal Constitucional e depois conseguiu a aprovação de uma lei que impunha um quórum de dois terços para as decisões obrigatórias Tribunal Constitucional (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018, p. 83). A própria Suprema Corte da Polônia (que não é o Tribunal Constitucional) também sofreu um ataque em 2018, com a antecipação da idade de aposentadoria de 27 integrantes, inclusive sua presidente (a idade de aposentadoria foi reduzida de 70 para 65 anos). Diante de pressões internacionais, nova emenda foi adotada, retomando a idade anterior e revertendo a aposentadoria precoce dos juízes da Suprema Corte.

19.656/31, o chefe do governo provisório, Getúlio Vargas, reduziu o número de ministros do STF de 15 para 11. Em 1965, a ditadura militar editou o Ato Institucional nº 2, aumentando a composição do STF para 16 ministros, e, em 1969, o Ato Institucional nº 6 reduziu novamente as vagas do STF para 11.

A partir da eleição do presidente Jair Bolsonaro, as relações entre o Poder Executivo e o Supremo Tribunal Federal deterioraram-se rapidamente. Antes mesmo da campanha eleitoral, o pré-candidato chegou a sugerir que, se fosse eleito, aumentaria a composição da corte para 21 ministros, para poder indicar 10 deles<sup>511</sup>. Durante o processo eleitoral, um dos filhos do presidente, o deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSL-SP), insinuou o fechamento do STF por um ato de força<sup>512</sup>. Após isso, em diversas ocasiões, alguns apoiadores do presidente manifestaram-se também pelo fechamento do STF<sup>513</sup>, além de hostilizar<sup>514</sup> e ameaçar<sup>515</sup> os ministros da corte. De concreto, existe atualmente em tramitação a PEC nº 159/2019<sup>516</sup>, proposto pela deputada federal Bia Kicis (PSL/DF) (da base de apoio do governo), para reduzir novamente a idade de aposentadoria compulsória dos servidores públicos para 70 anos (o que, de imediato, causaria a aposentadoria dos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, abrindo quatro vagas para nomeação do atual presidente da República). De certa forma, todos estes atos podem ser entendidos como preparatórios para os tristes eventos de 08 de janeiro de 2023, quando a sede do STF foi vandalizada por apoiadores do ex-presidente Bolsonaro.

Em suma, a história e o exemplo de outros países (e do próprio Brasil) demonstram que os demais Poderes nem sempre aceitam passivamente a ampliação dos poderes do Judiciário e, em clima de “recessão democrática”, cada vez mais são comuns atos de controle institucional do tribunal constitucional. O resultado de tais processos varia entre regime híbridos (“democracias iliberais”) ou regimes simplesmente autoritários.

---

<sup>511</sup> RODAS, Sérgio. Bolsonaro quer 21 ministros no STF e excludente de ilicitude para policial. **Conjur**. São Paulo, 25 set. 2018.

<sup>512</sup> HOUS, Débora Söğur et al. Bastam um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 21 out. 2018..

<sup>513</sup> GARCIA, Gustavo; FALCÃO Márcio. Ato pró-Bolsonaro em Brasília reúne manifestantes em defesa de medidas inconstitucionais. **G1**. Brasília, 31 mai. 2020..

<sup>514</sup> GRUPO de apoiadores de Bolsonaro lança fogos de artifício contra o prédio do STF. **G1**. Brasília, 14 jun. 2020.

<sup>515</sup> ROCHA, Marcelo. Sara Winter é denunciada sob acusação de injúria e ameaça contra Alexandre de Moraes. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 17 jun. 2020.

<sup>516</sup> KICIS, Bia. **Proposta de Emenda à Constituição nº 159/2019** (PEC 159/2019). Altera o art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal e revoga a Emenda Constitucional nº 88, de 2015, (PEC da Bengala), e o art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para fixar em 70 anos a idade para aposentadoria compulsória dos servidores públicos. Brasília, 2019.

#### 5.4. Resultados da Transformação do STF pós-1988

Sintetizando, o crescimento do poderio do Supremo Tribunal Federal decorreu não apenas as competências a ele garantias pela Constituição Federal de 1988 (que o conformaram como um verdadeiro tribunal constitucional, no processo do novo constitucionalismo latino-americano), mas também como reflexo de um fenômeno mundial do Direito, envolvendo marcos filosóficos, históricos e teóricos (neoconstitucionalismo)<sup>517</sup>.

Como resultado deste processo de fortalecimento, o STF evoluiu de uma postura institucional de omissão (de 1988 até o início dos anos 1990) para uma postura deferente (ao longo dos anos 1990), e ao longo dos anos 2000 converteu-se em responsivo, até que, a partir de 2013 tornou-se usurpador. Ao exercer buscar exercer a plenitude de suas atribuições funcionais, o STF passou a invadir as competências dos Poderes Executivo e Judiciário (o que não possui congruência jurídica).

Ocorre que o fortalecimento do STF pode não ser ilimitado e nem mesmo permanente, uma vez que no diálogo interinstitucional entre os Poderes, não existe última palavra definitiva. Ao longo de novas rodadas procedimentais, pode haver reação do Executivo e do Legislativo.

Tal desequilíbrio na separação dos Poderes pode levar a três cenários. No primeiro cenário, se consolidaria a supremacia do STF, resultando em um “liberalismo antidemocrático”, um regime híbrido no qual os Poderes majoritários e democráticos estão subordinados ao Poder contramajoritário (que não é eleito e nem representativo). No segundo cenário, a atuação do STF provocaria cada vez mais reações sociais ou institucionais (*backlash*), o que poderia quebrar a institucionalidade ou enfraquecer a autoridade do Poder Judiciário. Por fim, o terceiro cenário seria a captura do STF por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, que buscariam contar ou limitar a ação do STF, modificar sua composição ou indicar ministros mais alinhados com os demais Poderes (e descomprometidos com o Judiciário). A tentativa de captura do Poder Judiciário está, em geral, associada a movimentos de “recessão democrática”, podendo culminar em “democracias iliberais” ou até mesmo em regimes autoritários *stricto sensu*.

Em suma, o fortalecimento do STF como tribunal constitucional possui uma fundamentação legítima, mas a adesão dos ministros ao “duro jogo constitucional” (que abandonaram a necessária reserva institucional durante os últimos 10 anos) pode levar ao enfraquecimento da democracia (e da própria corte em alguns cenários).

---

<sup>517</sup> O aprofundamento do neoconstitucionalismo é uma experiência diferente de nossos vizinhos que seguiram pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

## 6. ANÁLISE DOS CASOS SELECIONADOS (2015-2018)

Neste capítulo faremos a análise individualizada de nove casos decididos pelo STF, entre 2015 e 2018, relacionados à separação dos Poderes, em especial, à interferência do STF nos elementos da formação independente dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como da auto-organização e estruturação interna básica independente dos Poderes Executivo e Legislativo. Para cada um dos temas, apresentaremos um breve resumo da decisão, o histórico do caso, os fundamentos da decisão e uma análise crítica da posição do STF, tanto sobre o aspecto formal (se houve fundamentação relacionada à separação dos Poderes), quanto sobre o aspecto material (se a fundamentação é coerente quanto aos fundamentos históricos, normativos, doutrinários e a própria jurisprudência sobre o tema).

### 6.1. Prisão do Senador Delcídio do Amaral (AC 4039)

Em 25 de novembro de 2015, o relator da Ação Cautelar nº 4.039/DF (AC 4039)<sup>518 519</sup>, ministro Teori Zavascki, decretou<sup>520</sup> a prisão do então senador Delcídio do Amaral “em flagrante” e, após o cumprimento da ordem, o encaminhamento dos autos para que o Senado Federal resolvesse sobre a prisão, nos termos do art. 53, §2º, da Constituição Federal. Na mesma data, a decisão foi submetida à Segunda Turma do STF (composta pelos ministros Dias Toffoli, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki) e referendada por unanimidade<sup>521</sup>.

#### 6.1.1. Histórico

Em 14 de janeiro de 2015, a Operação Lava Jato levou à prisão o engenheiro Nestor Cúñat Cerveró, funcionário de carreira da Petrobrás, que havia sido diretor internacional da empresa entre 2003 e 2008 e diretor financeiro da BR Distribuidora de 2008 até 2014 (quando foi exonerado durante as investigações da Lava Jato). Entre maio e agosto de 2015, Cerveró foi

<sup>518</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.039/DF** (AC 4039). Decisão monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2015, 25/11/2015.

<sup>519</sup> Em 24 de novembro de 2015, a Ação Cautelar nº 4.036/DF determinou a prisão preventiva de Edson Ribeiro e as prisões temporárias de Diogo Ferreira e André Esteves, pelos mesmos fatos.

<sup>520</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.039/DF** (AC 4039). Decisão monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2015, 25/11/2015.

<sup>521</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.039/DF** (AC 4039). Referendo. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2015, 25/11/2015.

condenado duas vezes por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, devendo cumprir pena de 12 anos, três meses e dez dias de reclusão, além de multa pecuniária.

Em 18 de novembro de 2015, Nestor Cerveró celebrou com o Ministério Público Federal um acordo de colaboração premiada, em que foram narrados crimes de corrupção passiva, cometidos pelo senador Delcídio Amaral, relacionados à compra de sondas e da Refinaria de Pasadena pela Petrobrás, bem como crimes de corrupção ativa, por parte de André Esteves, então controlador do Banco BTG Pactual, além do pagamento de propinas, ao senador Fernando Collor, relacionadas ao embaqueiramento de postos de gasolina.

A fim de evitar a delação premiada, o senador Delcídio do Amaral teria oferecido um pagamento mensal de R\$ 50.000,00 para a família de Cerveró, bem como a intercessão política junto ao Poder Judiciário (em especial ao STF, citando nominalmente os ministros Teori Zavascki, Dias Tóffoli e Gilmar Mendes, bem como o vice-presidente da República, Michel Temer, e o presidente do Senado Federal, Renan Calheiros) visando sua liberdade e, eventualmente, discutido um plano de fuga de Cerveró para o exterior, caso este viesse a ser beneficiado por *habeas corpus*. As tratativas do senador teriam sido apoiadas pelo advogado Edson Ribeiro (patrono de Cerveró) e seriam financiadas por André Esteves.

Neste contexto, Bernardo Cerveró, o filho de Nestor Cerveró, realizou duas reuniões (em 4 de novembro de 2015 e em 19 de novembro de 2015) com Delcídio Amaral, Diogo Ferreira (chefe de gabinete do senador) e o advogado Edson Ribeiro, em que Cerveró filho gravou ambas as conversas<sup>522</sup>. As gravações foram apresentadas ao Ministério Público e incorporadas ao acordo de delação premiada de Nestor Cerveró.

Em 25 de novembro de 2015 o senador Delcídio do Amaral foi preso, conforme decisão na AC 4039. Nesta data, os autos do processo foram enviados ao Senado Federal, que deliberou pela manutenção da prisão, em sessão extraordinária no mesmo dia, por 59 votos a favor, 13 contrários e uma abstenção. Em 19 de fevereiro de 2016, depois de aceitar fazer delação premiada, o senador Amaral foi solto e passou para o regime semiaberto, retomando suas atividades parlamentares. Em 11 de maio de 2016 ele teve seu mandato cassado por quebra do decoro parlamentar (74 votos favoráveis, nenhum contrário e uma abstenção)<sup>523</sup>. Em 2019, Delcídio do Amaral foi absolvido na Justiça Federal no processo por obstrução de justiça, mas permanece inelegível por ter sido cassado pelo Senado.

---

<sup>522</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverde Barreto. **Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 247-248.

<sup>523</sup> GARCIA, Gustavo; CALGARO, Fernanda. Senado cassa mandato de Delcídio por 74 votos a favor e nenhum contra. **G1**. Brasília 10 mai. 2016.

### 6.1.2. Decisão e fundamentos

Diante dos fatos narrados, no entendimento do relator (referendado pela segunda turma):

Assim, presente a necessidade de resguardar a ordem pública, seja pelos constantes atos praticados pelo grupo (cooptação de colaborador, tentativa de obtenção de decisões judiciais favoráveis, obtenção de documentos judiciais sigilosos), pela fundada suspeita de reiteração delitiva, pela atualidade dos delitos (reuniões ocorridas durante este mês de novembro, uma delas, inclusive, no último dia 19), ou ainda pela gravidade em concreto dos crimes, que atentam diretamente contra os poderes constitucionalmente estabelecidos da República, não há outra medida cautelar suficiente para inibir a continuidade das práticas criminosas, que não a **prisão preventiva**<sup>524</sup>.

No caso específico do senador Delcídio Amaral, o relator foi obrigado a enfrentar um aspecto em particular, que é a imunidade parlamentar prevista no art. 53, §2º, da Constituição Federal:

Art. 53. [...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

Em síntese, a decisão concluiu que:

- a) Estariam presentes elementos do envolvimento do senador Delcídio do Amaral em crime de promoção, constituição, financiamento ou integração (pessoalmente ou por interposta pessoa) de organização criminosa (Lei nº 12.850/2013<sup>525</sup>, art. 2º, *caput*) ou de causar embarço à investigação de infração penal envolvendo organização criminosa (Lei nº 12.850/2013, art. 2º, §2º).
- b) Tal crime seria reconhecido como permanente, de modo que a jurisprudência do STF contemplaria a possibilidade de flagrante em qualquer tempo, inclusive a chamada “ação controlada” (retardamento da intervenção policial com a

<sup>524</sup> [Grifo nosso]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.039/DF** (AC 4039). Decisão monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2015, 25/11/2015, p.34.

<sup>525</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

finalidade de ampliar a formação de provas e obtenção de informações). Neste sentido, foram citadas duas decisões: HC 112454<sup>526</sup> e HC 101095<sup>527</sup>.

- c) Também seria “hipótese de inafiançabilidade, decorrente do disposto no art. 324, IV<sup>528</sup>, do Código de Processo Penal (CPP)”, que prevê a não concessão de fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.
- d) Segundo a jurisprudência do STF, a prisão cautelar de parlamentar seria admissível em caso de prisão em flagrante decorrente de crime inafiançável. Neste sentido, foram citadas duas decisões, AP 396<sup>529</sup>, e Inq. 510/DF<sup>530</sup>, sendo que a primeira é fundamentada exatamente na segunda.
- e) E, ainda, que os atos praticados pelo senador Amaral não configurariam um crime qualquer, mas teria “muito maior gravidade” ao serem cometidos “diretamente contra a própria jurisdição do Supremo Tribunal Federal”, de modo que a norma constitucional (CB1988, art. 53, §2º) não poderia ser interpretada de forma isolada (citando HC 89417<sup>531</sup>).

### 6.1.3. Análise

A decisão já poderia ser bastante criticada, com base no Direito Penal, pelo alargamento do conceito de estado de flagrância. Contudo, o caso em tela também atinge diretamente um dos principais elementos da separação dos Poderes (a formação independente do Poder Legislativo), de modo que a decisão nunca poderia ter sido proferida sem uma análise específica de seus efeitos quanto à separação dos Poderes. Apesar disso, não há, na decisão, sequer uma única referência à separação dos Poderes, o que por si só já é objeto de crítica.

<sup>526</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Habeas Corpus nº 112.454/PE** (HC 112454). Relatora: Rosa Weber. Brasília, 2013, 19/03/2013.

<sup>527</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Habeas Corpus nº 101.095/SC** (HC 101095). Relator: Gilmar Mendes, Brasília, 2010, 31/08/2010.

<sup>528</sup> Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

.....

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>529</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Penal nº 396/RO** (AP 396). Questão de Ordem. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, 2013, 26/06/2013, p. 16.

<sup>530</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Inquérito nº 510-0/143/DF** (Inq. 510). Acórdão. Relator: Celso de Mello. Brasília, 1991, 01/02/1991.

<sup>531</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Habeas Corpus nº 89.417-8/RO** (HC 89417). Acórdão. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2006, 22/08/2006.

Vale dizer que até mesmo as decisões utilizadas para fundamentar o alargamento do conceito de prisão em flagrante (HC 112454 e HC 101095), em nenhum momento, abordaram qualquer aspecto relacionado à separação dos Poderes, uma vez que nenhum dos acórdãos envolveu a prisão de parlamentar. Sendo assim, estes precedentes não poderiam ser aplicados de forma automática sem abordar seus efeitos na formação independente do Poder Legislativo (além da limitação das garantidas parlamentares), bem como sua eventual conformidade com o princípio da separação dos Poderes.

Adicionalmente, sob o aspecto material, a decisão do STF também parece violar o conteúdo essencial da separação dos Poderes, pois, ao limitar as imunidades e garantias dos parlamentares, o Poder Judiciário interveio indevidamente na formação independente do Poder Legislativo.

Conforme apontamos no capítulo 4 (seção 4.4.a), a formação independente é um dos elementos que garantem a independência entre os Poderes, que, por sua vez, é uma das cláusula-parâmetro da separação dos Poderes (CB88, art. 2º). Ademais, a formação independente garante a capacidade do Poder Legislativo de se estabelecer sem interferência dos outros Poderes (ou seja, sem depender da confiança ou vontade dos demais Poderes), o que ocorre a partir das eleições dos deputados federais e senadores da República. A independência de formação do Poder Legislativo, contudo, não é absoluta, uma vez que a própria Constituição atribuiu a responsabilidade pela promoção das eleições à Justiça Eleitoral, que faz parte do Poder Judiciário.

Uma vez que não há qualquer questionamento de natureza eleitoral, a investidura e a permanência dos titulares do Poder Legislativo (deputados federais e senadores) torna-se um assunto de competência exclusiva deste Poder. Ou seja, exceto por procedimentos exclusivamente eleitorais, o Poder Judiciário pode apenas controlar a legalidade dos atos do Legislativo<sup>532</sup>, mas não tem qualquer competência processual para mudar a composição do Congresso, nem pela nomeação de parlamentares, nem a cassação de mandatos e nem interferências de qualquer outra natureza.

Neste sentido, a Constituição instituiu uma lista taxativa das seis hipóteses de perda do mandato parlamentar (CB88, art. 55). Destas hipóteses, em duas delas a perda do mandato é

---

<sup>532</sup> Estabelecer a linha que divide a análise da legalidade ou do conteúdo dos atos é um tema espinhoso e complexo, especialmente nas hipóteses em que o Poder Legislativo pratica o ato que altera sua formação (por exemplo, na cassação do mandato de parlamentar por falta de decoro parlamentar, poderia o Judiciário interromper um processo abusivo e fora dos casos definidos no regimento interno?). Por outro lado, parece muito evidente que não pode ocorrer interferência do Judiciário na situação oposta (por exemplo, não caberia análise do Poder Judiciário em uma situação na qual uma das casas do Congresso, por maioria de votos, decidisse não cassar o mandato, ainda que houvesse justificativa clara para a cassação).

meramente declarada pela mesa da respectiva casa (entre elas, quando a perda for decretada pela Justiça Eleitoral, nas hipóteses constitucionais), enquanto nas demais a perda depende de decisão pela maioria absoluta dos pares.

Ocorre que, ao decretar a prisão de um parlamentar, o Poder Judiciário certamente está interferindo no exercício do mandato do aprisionado, uma vez que este ficará impossibilitado de comparecer às suas atividades (sessões deliberativas, comissões ou funções na mesa da casa parlamentar, entre outras). Além disso, a depender do período de recolhimento ao estabelecimento prisional, a quantidade de ausências às sessões ordinárias da casa a que pertence pode implicar na decretação de perda de mandato por parte da respectiva mesa. Exatamente neste sentido, foi estabelecida a imunidade formal do artigo 53 da Constituição, que reduziu as hipóteses de prisão à flagrante de crime inafiançável.

Vale também lembrar que os crimes inafiançáveis são aqueles assim previstos na Constituição Federal de 1988, ou seja, racismo (CB88, art. 5º, XLII), tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos (CB88, art. 5º, XLIII), a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CB88, art. 5º, XLIV). Desta feita, somente estes tipos específicos de crimes poderiam ensejar a prisão em flagrante de um parlamentar.

Não se poderia, de maneira alguma, confundir o conceito de crime inafiançável (enquanto tipo) com as hipóteses em que não se concede fiança a crime afiançável. Caso contrário, todos os crimes seriam inafiançáveis nas hipóteses em que o Código de Processo Penal não previsse fiança. Neste caso, haveria uma inversão do postulado da Supremacia da Constituição<sup>533</sup>, que estaria sendo interpretada (e alterada) a partir das leis, quando o postulado determina o contrário: que as leis sejam interpretadas conforme a Constituição. Ora, se a lei eliminasse todas as hipóteses de fiança, então os parlamentares poderiam ser presos por qualquer crime? Neste caso, também haveria uma redundância no art. 53, §2º, da Constituição Federal de 1988, pois todos os crimes seriam inafiançáveis. Enfim, segundo o postulado da máxima efetividade<sup>534</sup>, a Constituição não contém palavras inúteis, de modo que é imperiosa a distinção entre crimes inafiançáveis e os afiançáveis.

Em suma, na decisão da AC 4039, o Supremo Tribunal Federal alargou suas competências, interferindo diretamente na formação independente do Senado Federal, ao

---

<sup>533</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 172.

<sup>534</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 176.

impossibilitar o exercício do mandato parlamentar do senador Delcídio do Amaral (que na ocasião, ainda ocupava a posição de líder do governo na casa). Além disso, por se tratar de um elemento essencial do princípio da separação dos Poderes, o STF obrigatoriamente deveria ter abordado este tema na fundamentação de sua decisão, apresentando as justificativas com fundamentos constitucionais (e não utilizando sua jurisprudência apenas em matéria penal).

## **6.2. Suspensão da nomeação do Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil (MS 34070 e MS 34071)**

Em 18 de março de 2016, o ministro Gilmar Mendes deferiu liminar nos autos do Mandado de Segurança nº 34.070/DF (MS 34070)<sup>535</sup>, julgado em conjunto com o Mandado de Segurança nº 34.071/DF (MS 34071)<sup>536</sup> para suspender a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro chefe da Casa Civil. A medida cautelar não foi apreciada pelo plenário do STF, pois o relator extinguiu os mandados de segurança considerando ter ocorrido perda de objeto em decorrência da exoneração de Lula, em 12 de maio de 2016.

### **6.2.1. Histórico**

Em 2 de dezembro de 2015, o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, aceitou a denúncia por crime de responsabilidade (pedido de *impeachment*) da presidenta da república, Dilma Rousseff. Diante das dificuldades do governo em recompor sua base política no Congresso Nacional e impedir a abertura deste processo, a presidenta nomeou Lula como seu ministro chefe da Casa Civil em 16 de março de 2016.

Ocorre que na ocasião, o ex-presidente era investigado pela Operação Lava Jato, tendo alguns dias antes sido alvo de uma condução coercitiva para prestar depoimento (em 4 de março de 2016). O Ministério Público de São Paulo também havia apresentado denúncia por supostos crimes de falsidade ideológica e lavagem de dinheiro na aquisição de um triplex, por parte do ex-presidente, em Guarujá (SP), em 9 de março de 2016, que foram direcionados para a 13ª Vara Federal de Curitiba, de titularidade do então juiz Sérgio Moro (em 14 de março de 2016).

---

<sup>535</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF** (MS 34070). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016.

<sup>536</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.071/DF** (MS 34071). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016.

A partir de então, passou-se a especular sobre a possibilidade iminente da prisão de Lula, o que só viria a ocorrer dois anos depois, em 7 de abril de 2018.

Ainda que a denúncia sequer tivesse sido aceita na data de nomeação de Lula como ministro, partidos de oposição ao governo (PSDB e PPS, atual Cidadania) acusaram a presidenta Dilma de desvio de função e violação do princípio da moralidade. Segundo eles, a nomeação teria objetivo simulado de conferir prerrogativa de foro à Lula, impedindo o curso das investigações da Operação Lava Jato<sup>537</sup>.

Na mesma data da nomeação (em 16 de março de 2016), o juiz Sérgio Moro levantou o sigilo de diversas gravações interceptadas em telefones utilizados por Lula. A mais famosa delas registra o diálogo entre Lula e a presidenta Dilma (em 16 de março de 2016, às 13h32) que revela que o termo de posse teria sido assinado antecipadamente à cerimônia (marcada para o dia seguinte, na manhã de 17 de março de 2016).

Em 18 de março de 2016, o ministro Gilmar Mendes deferiu liminar suspendendo a nomeação de Lula<sup>538</sup>. Em 11 de maio de 2016 o Senado Federal aprovou a abertura do processo de *impeachment* e, com isso, Dilma foi afastada do cargo por 180 dias, sendo substituída pelo vice-presidente Michel Temer (que assumiria definitivamente em 31 de agosto de 2016). Como seu último ato antes do afastamento, a presidenta Dilma exonerou todo seu ministério, inclusive Lula. Devido à exoneração, o STF entendeu que os mandados de segurança sobre a posse de Lula teriam perdido o objeto e os extinguiu sem julgamento do mérito.

Posteriormente, Lula foi condenado e preso, ficando por 580 dias na prisão, entre 7 de abril de 2018 e 8 de novembro de 2019. Apesar disso, em 8 de março de 2021, o STF anulou todas as condenações de Lula. A fundamentação foi por considerar que a Lava Jato de Curitiba atuava fora de sua jurisdição, mas a decisão do STF também ocorreu no contexto das revelações de conversas inapropriadas entre o juiz Sérgio Moro e os procuradores envolvidos na perseguição. Até mesmo o Comitê de Direitos Humanos da ONU veio a reconhecer que houve parcialidade do juiz no julgamento de Lula e violação de seus direitos políticos por ter sido impedido de disputar as eleições de 2018 (na qual liderava em todos os cenários). O beneficiário direto da condenação de Lula foi o candidato Jair Bolsonaro, que, eleito presidente em 2018, nomeou Sérgio Moro como seu ministro da Justiça.

#### 6.2.2. Decisão e fundamentos

---

<sup>537</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverde Barreto. **Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 258-261.

<sup>538</sup> OLIVEIRA, Mariana. Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. **G1**. Brasília, 18 mar. 2016.

Na medida cautelar dos mandados de segurança (MS 34070 e MS 34071), o relator, em síntese, decidiu que:

- a) É possível a impetração de mandado de segurança coletivo, por partido político com representação no Congresso Nacional, para tutela de direitos difusos, mudando o entendimento anterior do relator, que até então defendia uma posição bem mais restritiva.<sup>539</sup>
- b) Já havia jurisprudência do STF “no sentido de que a renúncia a cargos públicos que conferem prerrogativa de foro, com o velado objetivo de escapar ao julgamento em iminência, configura desvio de finalidade”, ou seja, da situação contrária ao caso em tela.<sup>540</sup>
- c) “Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, I), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF)”.<sup>541</sup>
- d) O empossamento de Lula com a finalidade de deslocar o foro para o STF (tendo em vista a existência de investigações em andamento) constituiria desvio de finalidade, pois, ainda que as investigações pudessem ser retomadas a partir do STF, haveria “atraso e desassossego”.<sup>542</sup>
- e) Gravações telefônicas comprovariam a intenção escusa, por parte da presidenta Dilma, de nomear Lula, sendo que a licitude de tais intenções estaria fundamentada na “confissão sobre a existência e conteúdo da conversa”<sup>543</sup>, conforme nota oficial publicada pela Presidência da República (cuja explicação seria incompatível com o teor da gravação e com a legislação aplicável à nomeação de ministro.

---

<sup>539</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF** (MS 34070). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016, p. 6.

<sup>540</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF** (MS 34070). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016, p. 14.

<sup>541</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF** (MS 34070). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016, p. 18.

<sup>542</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF** (MS 34070). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016, p. 20.

<sup>543</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF** (MS 34070). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016, p. 21.

- f) Assim, o relator deferiu a medida liminar, suspendendo a posse de Lula para ministro, mantendo seu foro na primeira instância.

### 6.2.3. Análise

Ainda que bastante polêmica sob o aspecto político, a decisão dos MS 34070 e MS 34071 possui muito mais substância jurídica em comparação com o caso anterior, envolvendo o senador Delcídio Amaral. O tema engloba o princípio da separação dos Poderes em duas dimensões. Por um lado, trata da interferência do Poder Judiciário em competência privativa da presidenta da República (impedida de nomear seus ministros). Por outro, caso acatada a tese do desvio de finalidade, a nomeação em si implicaria em violação da separação dos Poderes (praticado pelo Poder Executivo), pois atentaria contra o livre exercício do Poder Judiciário (pois a mudança de foro estaria impedindo o cumprimento de decisões judiciais).

Desta vez, o elemento central não é a formação independente de um dos Poderes. A decisão do STF não interfere diretamente na posse do titular do Poder Executivo (que seria apenas o presidente da República), mas na escolha de um de seus auxiliares. Sendo assim, o elemento em discussão é a auto-organização e estruturação interna básica independente, mais especificamente, a competência de um Poder para nomear os próprios servidores sem interferência dos demais Poderes.

Ainda que a decisão não tenha explorado o tema, a jurisprudência do STF é farta de exemplos nos quais os atos de competência privativa da presidência da República (CB1988, art. 84) são objeto de controle por parte do Poder Judiciário. Reconhece-se que tais atos, denominados por alguns como atos de governo, são de ampla discricionariedade por parte do presidente, mas podem ser objeto de controle quanto a sua constitucionalidade (HC 96431)<sup>544</sup>. Por exemplo, não resta dúvidas que, no caso da nomeação de um ministro, o ato de governo pode ser impugnado caso o escolhido não cumpra os requisitos formais previstos na própria Constituição (CB1988, art. 87), que exige a nacionalidade brasileira, idade a partir de 21 anos e pleno exercício dos direitos políticos. Deste modo, reconhece-se a competência do STF para julgar a validade da nomeação. Quanto ao conteúdo, a decisão dos MS 34070 e MS 34071 fundamentou-se no princípio da moralidade, que rege todos os atos da administração pública, apontando que um ato com desvio de finalidade seria nulo.

---

<sup>544</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). *Habeas Corpus* nº 96.431/RJ (HC 96431). Acórdão. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 2009, 14/04/2009.

Portanto, a fundamentação jurídica parece coerente, restando apenas avaliar se o caso concreto se enquadra em tal possibilidade. No caso de Gilmar Mendes, a conclusão foi baseada no entendimento de que havia efetivamente investigações contra Lula (fato incontroverso), de que a mudança de foro poderia prejudicar tais investigações (fato controverso) e de que as gravações comprovariam o desvio de finalidade (fato controverso).

A análise das conversas interceptadas envolve alto teor de politização (não apenas pelo conteúdo, mas pela legalidade em que foram obtidas e divulgadas), sendo bastante difícil estabelecer uma análise objetiva quanto as reais intenções da presidenta Dilma ao nomear Lula. Ainda que este seja o elemento mais forte de qualquer avaliação que se faça com relação à decisão de suspender a posse de Lula, vamos desconsiderar este elemento nesta tese.

Restaria então avaliar se a mudança de foro poderia efetivamente prejudicar as investigações. Na decisão, o relator utiliza como referência o caso Natan Donadon (AP 396), o deputado federal que renunciou ao mandato com o suposto objetivo de deslocar o foro do STF para a primeira instância, visando a prescrição. No caso de Lula, ocorreria exatamente o contrário, pois o foro seria deslocado da primeira instância para o STF. Outra diferença substancial é o fato de que Natan Donadon renunciou no dia anterior ao julgamento da ação penal perante o STF (quando toda a apuração e investigação já tinha sido concluída, todo o processo já havia sido instruído, inclusive com a apresentação da defesa, restando apenas a sentença), enquanto no caso de Lula, este havia acabado de ser denunciado (ou seja, na etapa inicial do processo). Outra informação importante, é o fato de que o processo contra Lula sequer estava na 13ª Vara Criminal de Curitiba (em tese, considerada menos leniente que o STF), pois a denúncia havia ocorrido perante a 4ª Vara Criminal de São Paulo, que declinou da competência em favor da 13ª Vara Criminal de Curitiba (ou seja, já estava em curso um descolamento de competência territorial do foro).

Em suma, trata-se de um caso em que não há evidente violação do núcleo essencial da separação dos Poderes, mas que poderia comportar uma posição mais deferente por parte do STF, especialmente considerando o clima político da época (inclusive, há quem entenda que a decisão de impedir a posse de Lula foi motivada especialmente por tal clima político e pelo fato de Lula ter dito que a Suprema Corte estava totalmente acovardada).

Uma decisão mais deferente reconheceria que o processo, recém denunciado, poderia tramitar normalmente no STF e que tal deslocamento não configuraria em graves prejuízos para as investigações (tanto pelo fato de que as provas anteriores já haviam sido colhidas, quanto pelo fato de que já havia uma discussão sobre a competência territorial do foro), sendo que também não havia qualquer situação de urgência que seria inviabilizada por eventual atraso

(tanto que não houve decretação de prisão naquele momento e não havia risco de prescrição). Outra possibilidade seria permitir a posse, mas manter o foro do nomeado na primeira instância para o caso no qual havia sido denunciado (já não seria a primeira vez que o STF tomaria uma decisão excêntrica com relação à mudança de prerrogativa de foro de autoridades e nem a última, conforme veremos nas seções 6.5 e 6.8).

### **6.3. Afastamento do deputado federal Eduardo Cunha (AC 4070)**

Em 5 de maio de 2016, o ministro Teori Zavascki decidiu, no âmbito da Ação Cautelar nº 4.070/DF (AC 4070)<sup>545</sup>, pelo afastamento de Eduardo Cunha do cargo de deputado federal e, conseqüentemente, da função de presidente da Câmara dos Deputados. A decisão foi referendada por unanimidade pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, sob fundamento principal “da presença de múltiplos elementos de riscos para a efetividade da jurisdição criminal e para a dignidade da própria casa legislativa”<sup>546</sup>. Segundo a Procuradoria-Geral da República, Cunha estaria “utilizando do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Câmara dos Deputados em interesse próprio e ilícito, qual seja, evitar que as investigações contra si tenham curso e cheguem a bom termo, bem como reiterar as práticas delitivas, com o intuito de obter vantagens indevidas”.

#### **6.3.1. Histórico**

Em 1º de fevereiro de 2015, o deputado federal Eduardo Cunha foi eleito presidente da Câmara dos Deputados contra as intenções do governo de Dilma Rousseff (que apoiava o nome de Arlindo Chinaglia). Ainda que oficialmente compusesse a base governista, Eduardo Cunha assumiu postura independente e, em muitas ocasiões, atuou contra os interesses do Governo Federal.

Ocorre que o presidente da Câmara foi acusado de corrupção no âmbito da Operação Lava Jato e, em 20 de agosto de 2015, o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, o denunciou perante o STF. Tais acusações motivaram, em 15 de outubro de 2015, por parte do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e do partido Rede Sustentabilidade (REDE) (que não

---

<sup>545</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016.

<sup>546</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Referendo. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 05/05/2016.

compunham a base do governo Dilma), o pedido de cassação do mandato de Eduardo Cunha perante o Conselho de Ética da Câmara dos Deputados.

Durante todo o período, Eduardo Cunha chantageou o governo Dilma, ameaçando abrir processos de *impeachment*, caso o governo federal não interferisse nas investigações ou o Partido dos Trabalhadores (PT) não impedisse a cassação de seu mandato de deputado federal. Eis que, em 2 de dezembro de 2015, a bancada do PT na Câmara dos Deputados decidiu votar contra o deputado Cunha (retirando o apoio no Conselho de Ética). O presidente da Câmara reagiu e, horas depois, aceitou um dos pedidos de *impeachment* apresentados contra a presidente da República. Em 16 de dezembro de 2015, o procurador-geral da República apresentou ao STF um pedido de afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados. Trata-se da AC 4.070, cujo relator era o ministro Teori Zavascki.

Em 17 de abril de 2016, sob a presidência de Eduardo Cunha, a Câmara dos Deputados votou pela admissibilidade do processo de crime de responsabilidade contra a presidenta Dilma Rousseff. Foram 367 votos favoráveis, 137 contrários, sete abstenções e duas ausências.

Em 3 de maio de 2016, o partido REDE ingressou com a ADPF 402 (que será analisada com mais detalhes na seção 6.4) com a tese de que “a pendência de ação penal já recebida pelo STF é incompatível com o exercício dos cargos em cujas atribuições figure a substituição do(a) Presidente da República”, pleiteando a concessão de medida liminar para determinar o afastamento imediato de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados.

A ADPF 402 foi distribuída ao ministro Marco Aurélio que, segundo especulações da época, indicava intenção de conceder a liminar, afastando Eduardo Cunha da função de presidente da Câmara. Em 5 de maio de 2016, Teori Zavascki antecipou-se a Marco Aurélio<sup>547</sup> e, no âmbito da AC 4070, concedeu a liminar de afastamento de Eduardo Cunha do cargo de deputado federal e da função de presidente da Câmara dos Deputados. Em 12 de setembro de 2016, Eduardo Cunha seria cassado pelos deputados federais, sendo 450 votos favoráveis à cassação, 10 contrários e 9 abstenções<sup>548</sup>. Foi o mais longo processo de perda de mandato da história da Câmara dos Deputados. Eduardo Cunha foi preso em 19 de outubro de 2016 (além de outros mandados de prisão expedidos quando já estava preso). Foi condenado duas vezes, sendo que uma das condenações foi anulada.

---

<sup>547</sup> BERGAMO, Mônica. Teori ficou enfurecido com decisão de Lewandowski e decidiu dar liminar. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 05 mai. 2016.

<sup>548</sup> CALGARO, Fernanda; RAMALHO, Renan. GARCIA, Gustavo. Câmara cassa mandato de Eduardo Cunha por 450 votos a 10. **G1**. Brasília, 12 set. 2016.

### 6.3.2. Decisão e fundamentos

Na AC 4070, o STF determinou “a suspensão, pelo requerido, Eduardo Cosentino da Cunha, do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados”, com base nos seguintes fundamentos:

- a) No caso de altas autoridades, a medida cautelar de suspensão da função pública (CPP, art. 318, VI) possui duas finalidades: “preservação da utilidade do processo (pela neutralização de uma posição de poder que possa tornar o trabalho de persecução mais acidentado) e a preservação da finalidade pública do cargo (pela eliminação da possibilidade de captura de suas competências em favor de conveniências particulares sob suspeita)”<sup>549</sup>;
- b) Ainda que o STF reconheça que a competência da respectiva casa legislativa para decidir a respeito da perda do mandato político<sup>550</sup>, com relação a ações penais em curso, a competência da casa legislativa se restringe a duas hipóteses:
  - a) Para resolver sobre a prisão de seus membros (CB1988, art. 53, § 2º); e b) Para sustar o andamento de ação penal que porventura tenha sido recebida contra seus membros por crime ocorrido após a diplomação, conforme CB1988, art. 53, § 3º<sup>551</sup>. Assim, “fora dessas hipóteses, as investigações e processos criminais deflagrados contra parlamentares haverão de transcorrer ordinariamente, sem qualquer interferência do Poder Legislativo, inclusive quanto à execução das demais medidas cautelares previstas”<sup>552</sup>;
- c) O STF já possui jurisprudência sobre a possibilidade de controle judicial das circunstâncias de exercício do mandato (MS 24.458)<sup>553</sup>;; sendo que “o controle jurisdicional dos abusos imputados ao poder político – porque traduz reafirmação da autoridade da constituição da República - não transgride o princípio da separação de Poderes”<sup>554</sup>;

<sup>549</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 13.

<sup>550</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 14.

<sup>551</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 15.

<sup>552</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 15.

<sup>553</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 16.

<sup>554</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 19.

- d) O STF também possui jurisprudência sobre a aplicação de medidas cautelares contra deputados, como no HC 89417<sup>555</sup>, com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme CB1988, art. 5º, XXXV<sup>556</sup>;
- e) A fiscalização recíproca entre os Poderes é a noção básica do sistema de freios e contrapesos e de que existem situações em que as garantias dos integrantes dos demais Poderes também são afastadas: magistrados podem ser afastados pelos tribunais que os julgam, e o presidente da República é afastado quando recebida denúncia de infração criminal comum<sup>557</sup>;
- f) Se é legítimo o controle judicial do mandato parlamentar, também o é o controle da função executiva de presidente da casa legislativa<sup>558</sup>;
- g) Eduardo Cunha é réu perante o STF<sup>559</sup>, respondendo a cinco inquéritos<sup>560</sup>, nos quais há indícios suficientes de autoria e materialidade<sup>561</sup>. Há evidências de que Cunha utiliza sua posição para prejudicar investigações<sup>562</sup>, ou seja, sua atuação parlamentar possui finalidades ilícitas, quer dizer, é exercida com “aparente desvio de finalidade”<sup>563</sup>, havendo risco de reiteração dos crimes, bem como “tentativa de ocultar possíveis crimes e a interferência nas investigações”<sup>564</sup>, inclusive na Comissão de Ética<sup>565</sup>;
- h) A posição de Eduardo Cunha na presidência da Câmara dos Deputados compromete a separação dos Poderes<sup>566</sup>, especialmente porque, com a aceitação

<sup>555</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 22.

<sup>556</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 21.

<sup>557</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 25.

<sup>558</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 26.

<sup>559</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 30.

<sup>560</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 27.

<sup>561</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 28.

<sup>562</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 30.

<sup>563</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 34.

<sup>564</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 49.

<sup>565</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 56.

<sup>566</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 64.

do *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff pelo Senado Federal, Eduardo Cunha torna-se o primeiro na linha sucessória<sup>567</sup>, sendo inaceitável que o presidente da Câmara dos Deputados figure como réu em processo penal<sup>568</sup>; e

- i) Os “Poderes são politicamente livres para se administrarem, para se policiarem e se governarem, mas não para se abandonarem ao descaso para com a Constituição” e “os Poderes da República são independentes entre si, mas jamais poderão ser independentes da Constituição”<sup>569</sup>; e, a permanência de Eduardo Cunha no exercício de seu mandato parlamentar e da presidência da Câmara dos Deputados representa risco para as investigações sediadas no STF e prejudica a dignidade da própria Câmara<sup>570</sup>, devendo, por isso ser afastado de ambos, “mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional” a este respeito<sup>571</sup>.

### 6.3.3. Análise

A decisão da AC 4070 é ainda mais bem fundamentada do que as anteriores e ao menos enfrenta o tema à luz da separação dos Poderes (mas de forma bastante equivocada, como veremos em seguida)<sup>572</sup>. Além disso, se por um lado existe um conjunto probatório muito maior em relação à Cunha do que aos acusados nos casos anteriores, as conclusões do STF neste caso são muito mais graves enquanto violação do princípio da separação dos Poderes. O caso atinge dois elementos do princípio da separação dos Poderes: a formação independente do Poder Legislativo (uma vez que ocorre o afastamento de um de seus integrantes por decisão de outro Poder); e auto-organização e estruturação interna básica independente (uma vez que o

<sup>567</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 66.

<sup>568</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 67.

<sup>569</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 71.

<sup>570</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 71.

<sup>571</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 72.

<sup>572</sup> Entre outras coisas, a decisão abusa de frases retóricas vazias de conteúdo concreto, tais como “Poderes são politicamente livres para se administrarem, para se policiarem e se governarem, mas não para se abandonarem ao descaso para com a Constituição” ou “os poderes da República são independentes entre si, mas jamais poderão ser independentes da Constituição”, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 71. São afirmações tautológicas que em nada contribuem para fundamentar a decisão.

afastamento do presidente da Câmara dos Deputados desta função é uma interferência na competência da Câmara para regulamentar sua própria estrutura).

#### 6.3.3.1. Afastamento do mandato parlamentar

Com relação à formação independente do Poder Legislativo, já abordamos o tema na seção 6.1.3. Trata-se da capacidade do Poder Legislativo de se estabelecer sem interferência dos outros Poderes (e sem depender da confiança ou vontade dos demais Poderes). A formação independente do Poder Legislativo não é absoluta (a Justiça Eleitoral possui papel central na investidura dos parlamentares), mas a permanência dos deputados e senadores em seus mandatos não é assunto de competência do Poder Judiciário (exceto questionamentos de natureza eleitoral). A Constituição instituiu uma lista taxativa das seis hipóteses de perda do mandato parlamentar (CB88, art. 55), todas elas de competência da respectiva casa legislativa a qual pertence o titular do mandato. Em suma, o Poder Judiciário pode julgar a legalidade dos atos do Legislativo, mas não para mudar a composição do Congresso Nacional (nem pela nomeação de parlamentares, nem pela cassação de mandatos e nem pelas interferências de qualquer outra natureza, tais como a suspensão ou afastamento).

No caso de Delcídio do Amaral, o STF interferiu indiretamente na formação do Senado Federal quando decretou a prisão do senador. Já no caso de Eduardo Cunha, o STF infringiu diretamente o princípio da separação dos Poderes, outorgando-se competência que a Constituição não lhe atribuiu. A ausência de previsão constitucional para a suspensão do exercício do mandato de deputado federal é reconhecida inclusive pelo próprio relator da AC 4070, conforme:

**Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato,** ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas<sup>573</sup>.  
[Grifo nosso]

Vale também ressaltar que a Constituição sequer prevê a suspensão ou perda temporária dos mandatos parlamentares por decisão de seus pares, que dirá por outros Poderes. Apesar disso, tanto o Regimento Interno do Senado quanto o da Câmara dos Deputados possuem dispositivos que preveem a suspensão ou perda temporária de mandatos parlamentares

<sup>573</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 72-73.

(previsão de constitucionalidade altamente duvidosa), sendo que em 2021 o Conselho de Ética da Câmara aprovou a aplicação desta medida para afastar temporariamente o deputado federal Daniel Silveira de seu mandato (a medida não chegou a ser votada pelo plenário e não foi aplicada).

O relator da AC 4070 enfrenta este tema (suspensão do mandato parlamentar por decisão do Poder Judiciário) com fundamento no sistema de freios e contrapesos<sup>574</sup>. Argumenta ele que os membros da magistratura também possuem garantias constitucionais e que podem ser suspensos pelo tribunal competente para julgá-los, sendo até mesmo o presidente da República passível de suspensão de suas funções caso seja recebida denúncia em infração penal contra ele<sup>575</sup>.

Estes exemplos não são adequadamente comparáveis. A suspensão de magistrados pelo respectivo tribunal é uma relação interna do Poder Judiciário, de modo que se processa fora do âmbito da separação dos Poderes. Por sua vez, a suspensão do presidente da República em caso de denúncia ou queixa-crime de infração penal pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se de uma exceção expressamente prevista na Constituição Federal (CB1988, art. 86, §1º, I) e que requer, inclusive, a prévia admissão da acusação pela Câmara dos Deputados (por dois terços de seus integrantes), ou seja, não se trata de uma intervenção exclusivamente pelo Poder Judiciário.

Utilizando como exemplo esta última situação (o afastamento do presidente da República em caso de denúncia ou queixa-crime de infração penal), naturalmente é completamente inconcebível a aplicação da medida cautelar do Código Processo Penal (CPP, art. 319, VI, sobre a suspensão do exercício de função pública) contra o presidente da República, independentemente da gravidade dos fatos. Tal afastamento somente seria cabível nas hipóteses expressamente estabelecidas na Constituição (CB1988, art. 86, §1º), em respeito ao princípio da separação dos Poderes. Da mesma forma e pelos mesmos motivos, também é inaplicável tal medida cautelar contra os parlamentares (separação dos Poderes e ausência de previsão constitucional)<sup>576</sup>.

---

<sup>574</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 25.

<sup>575</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 25.

<sup>576</sup> Vale inclusive dizer que na Lei nº 1.079/1950, no art. 57, “a”, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, consta a possibilidade de suspensão do exercício das funções do ministro do STF que for denunciado perante o Senado Federal (se recebida a denúncia). Esta situação nunca foi aplicada na prática, mas certamente seria objeto de um interessante debate no plenário do STF quanto à sua constitucionalidade, uma vez que não há previsão de tal afastamento na Constituição Federal de 1988 (assim como não há no caso dos parlamentares).

O tema específico sobre a aplicação de medidas cautelares a parlamentares será debatido com maior profundidade na seção 6.7, uma vez que o STF o abordou especificamente em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF. Em todo caso, antecipamos nosso entendimento quanto ao afastamento de parlamentares de seu mandato eletivo.

Em primeiro lugar, devido ao postulado da Supremacia da Constituição<sup>577</sup>, as leis infraconstitucionais são interpretadas a partir da Constituição e não o contrário. Sendo assim, é necessária uma interpretação bastante restritiva com relação a aplicação de medidas cautelares contra parlamentares, uma vez que tais medidas foram introduzidas no sistema jurídico muitos anos após a promulgação da Carta de 1988. No momento em que a Constituição Federal foi aprovada, a única medida provisória existente em matéria penal era a prisão provisória, de modo que as prerrogativas constitucionais tratam apenas sobre prisão (garantindo a inviolabilidade material dos parlamentares, o foro por prerrogativa de função, a vedação de prisão, exceto por crime inafiançável em flagrante, a necessidade de que a casa legislativa decida sobre a prisão e sobre a continuidade do processo criminal, entre outros). Em 1989, a Lei 7.960/1989 estabeleceu mais uma modalidade de prisão cautelar (prisão temporária), mas cuja hipótese enquadra-se perfeitamente nas prerrogativas do artigo 53 da Constituição.

Ocorre que em 2011, a Lei nº 12.403/2011 inovou e trouxe outros meios alternativos à prisão preventiva<sup>578</sup>, entre eles, a possibilidade de suspensão do exercício de função pública (CPP, art. 319, VI). Uma vez que se trata de medida infralegal e posterior à promulgação da Constituição, apenas duas possibilidades existem quanto à sua aplicação a parlamentares: ou que não são aplicáveis (se a garantia parlamentar tratou à época apenas da hipótese de prisão cautelar, então as demais medidas não são aplicáveis, pois o legislador ordinário não poderia ampliar as formas de limitação do mandato sem a alteração constitucional); ou são aplicáveis no mesmo regime das prisões cautelares (ou seja, ampliando-se a interpretação sobre o sentido do artigo 53, §3º, da Constituição, mas mantendo-se a necessidade de deliberação pela casa legislativa).

Sob o postulado da Supremacia da Constituição, a interpretação adotada pelo STF na AC 4070 (aplicação da medida cautelar, sem necessidade de deliberação pela casa legislativa)<sup>579</sup> é completamente inadequada e permitiria que outras inovações

---

<sup>577</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p.172.

<sup>578</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 12.

<sup>579</sup> “Fora dessas hipóteses, as investigações e processos criminais deflagrados contra parlamentares haverão de transcorrer ordinariamente, sem qualquer interferência do Poder Legislativo, inclusive quanto à execução das

infraconstitucionais fragilizassem o exercício do mandato parlamentar, com graves ofensas à separação dos Poderes (caso tais medidas fossem atribuídas aos demais Poderes).

#### 6.3.3.2. Afastamento da função de presidente da Câmara dos Deputados

A decisão na AC 4070 não se limitou apenas ao afastamento do mandato parlamentar de Eduardo Cunha, mas também foi motivada pelo fato deste ocupar a presidência da Câmara dos Deputados. Neste caso, ainda que o tema também seja relacionado à separação dos Poderes, trata-se de outro elemento: a auto-organização e estruturação interna básica independente, mediante a regulamentação da própria estrutura.

A auto-organização e estruturação interna básica independente (abordada na seção 4.4.3), entre outras coisas<sup>580</sup>, é a capacidade de um Poder regulamentar a própria estrutura sem interferência dos demais Poderes. Como exemplos desta competência no Poder Legislativo, podemos citar a capacidade de elaboração dos próprios regimentos de cada uma das casas legislativas ou a eleição de seus órgãos diretivos internos, assim como suas respectivas mesas.

Na decisão da AC 4070, este tema foi abordado como consequência do afastamento do mandato, mas também como argumento fático para justificar o afastamento do mandato. Segundo o relator, “se a investidura por sufrágio popular não é bastante para tornar o exercício de mandato eletivo infenso a toda e qualquer forma de controle judicial, tanto menos o será a diplomação obtida por eleição interna, para o exercício de funções executivas”<sup>581</sup>.

Em suma, no entendimento do ministro Teori Zavascki, uma vez que é cabível a medida cautelar de afastamento do mandato parlamentar, então também seria cabível a medida cautelar de afastamento da função de presidente da Câmara. Conforme já exposto na seção 6.3.3.1, em nosso entendimento o mandato parlamentar não poderia ter sido afastado por medida cautelar decretada pelo STF.

Certamente, a aplicação de medida cautelar de afastamento da função de presidente da Câmara é tema esbarra na separação dos Poderes e, portanto, qualquer medida do tipo somente poderia ser concebida de maneira restrita e comedida. Em posição deferente ao Poder

---

demais medidas cautelares”, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 15.

<sup>580</sup> Por exemplo, a competência para nomear os próprios servidores sem interferência dos demais Poderes também compõe este elemento da separação dos Poderes.

<sup>581</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 26.

Legislativo, o STF somente poderia cogitar medida tão grave quando não houvesse qualquer outra medida possível.

Existe já consolidado o entendimento de que é possível o controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário quanto ao controle de legalidade e constitucionalidade, sendo que os chamados atos *interna corporis* não estão imunes a tais controles<sup>582</sup>. Diante disso, uma posição mais deferente seria a intervenção do STF contra os atos considerados ilegais praticados por Eduardo Cunha, mas preservando-o na presidência da Câmara. Curiosamente, o STF não impediu os atos de Eduardo Cunha, especialmente os praticados em prol do *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff<sup>583</sup>, mas o afastou *a posteriori* da presidência da Câmara, de modo que os bens protegidos ao invés de serem preservados, foram utilizados como fundamento da medida de proteção (uma inversão lógica das causas e consequências).

Um ponto contrário à permanência de Eduardo Cunha na presidência da Câmara seria a necessidade de autorização da mesa diretora da Câmara para a prática de diligências na casa. Assim, qualquer investigação contra ele seria prejudicada caso não houvesse seu afastamento da presidência. A decisão na AC 4070 apresenta, como exemplos, as diligências do setor de informática da Câmara dos Deputados para identificar “elementos de prova tendentes a comprovar a participação do Deputado Federal Eduardo Cunha em suposto esquema de obtenção de vantagens indevidas”<sup>584</sup>. Apesar disso, logo em seguida, a mesma decisão informa que “a prévia autorização do Parlamento [não é] um pressuposto de validade do ato investigatório, porque ausente previsão constitucional”<sup>585</sup>. Ora, se as medidas investigativas podem ser realizadas sem autorização da mesa diretora da Câmara dos Deputados, resta sem sentido o argumento de que este prejudicaria as investigações.

Um outro argumento para o afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados é o fato de que este ocuparia uma posição na linha sucessória presidencial, o que seria incompatível com sua posição de réu. Este tema é objeto da ADPF 402 (analisada com mais profundidade na seção 6.4), e desde já antecipamos algumas considerações. Em primeiro lugar, o próprio relator novamente reconhece que não há previsão constitucional para

<sup>582</sup> SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 185/186.

<sup>583</sup> Vale lembrar que já tramitava no STF a ADPF 378, proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) em 03/12/2015, cujo objeto central era analisar a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988. Na referida ADPF 378 teria sido plenamente possível analisar a suspeição de Eduardo Cunha e o desvio de finalidade em seus atos (cf. LIMA, Martonio Mont’Alverde Barreto. **Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 231).

<sup>584</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 64.

<sup>585</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 64.

o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados pelo fato de se tornar réu perante o STF: “aliás, é de se lamentar que o texto constitucional não tenha universalizado expressamente esta regra de suspensão funcional imediata para os casos de instauração de processo penal contra os ocupantes de cargos de liderança máxima em outros poderes”<sup>586</sup>. Entretanto, não havendo previsão constitucional, em homenagem à separação dos Poderes nenhuma decisão poderia ser dada neste sentido (do afastamento) com este fundamento (réu na linha sucessória).

Em segundo lugar, duas decisões do próprio STF demonstrariam novamente que outras medidas seriam possíveis ao caso, sem interferir indevidamente na auto-organização do Poder Legislativo. Uma destas decisões foi o Inquérito nº 3.983/DF (Inq. 3983)<sup>587</sup>, no qual o Supremo Tribunal Federal considerou que a imunidade penal temporária do Presidente da República não seria aplicável aos presidentes da Câmara<sup>588</sup> (o réu deste inquérito era o próprio Eduardo Cunha). A segunda decisão foi a ADPF 402, que por fim decidiu preservar o senador Renan Calheiros na presidência do Senado Federal, mas impedindo que este assumisse a presidência da República. Não estamos, de maneira alguma, concordando com os entendimentos no Inq. 3983 e na ADPF 402, mas apenas ilustrando como a própria Suprema Corte poderia ter decidido o caso de Eduardo Cunha com medidas mais deferentes à separação dos Poderes.

Por fim, o tempo das decisões na AC 4070 é bastante revelador. A ação foi proposta inicialmente motivada para impedir os atos praticados por Eduardo Cunha no processo de *impeachment* de Dilma Rousseff. O STF não impediu qualquer destes atos e omitiu-se<sup>589</sup> de julgar o afastamento de Cunha antes da abertura do processo pelo Senado Federal (o que causou o afastamento da presidenta eleita). Enfim, o próprio afastamento da presidenta Dilma torna-se então argumento da decisão de afastamento:

[...] dois episódios recentes, que agudizaram os riscos que a figura do investigado impõe para a credibilidade das principais instituições políticas do País.

<sup>586</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2016, 05/12/2016, p. 69.

<sup>587</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Acórdão. **Inquérito nº 3.983/DF** (Inq. 3983). Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 03/03/2016.

<sup>588</sup> “Onde ficou assentado que a ele – embora terceiro na linha de substituição da Presidência da República –, é inaplicável a imunidade penal temporária conferida pela Carta Magna ao Presidente da República”, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Acórdão. **Inquérito nº 3.983/DF** (Inq. 3983). Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 03/03/2016, p. 69.

<sup>589</sup> O relator argumenta que “o pedido foi formulado em dezembro de 2015, às vésperas do recesso do Judiciário e das férias forenses, de modo que o seu processamento somente pode ocorrer, de modo efetivo, a partir de fevereiro do corrente ano, quando se oportunizou ao requerido o exercício da defesa e do contraditório, na forma recomendada pela Constituição Federal. Ademais, uma sucessiva ocorrência de fatos supervenientes – registrados ao longo da presente decisão – determinou que apenas em data recente o pedido veio a ostentar as adequadas condições para ser apreciado, o que a seguir se faz”, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016, p. 11.

O primeiro dos fatos a destacar corresponde à instauração, pelo Senado Federal, de processo de impeachment contra a Presidente da República<sup>590</sup>.

Resumindo, restará sempre sobre o STF a sombra de que a decisão de que Eduardo Cunha foi preservado na presidência da Câmara dos Deputados teve como objetivo viabilizar o *impeachment*, uma vez que foi afastado assim que este o *impeachment* foi instaurado.

#### 6.4. Afastamento do senador Renan Calheiros (ADPF 402)

Em 5 de dezembro de 2016, o ministro Marco Aurélio determinou o afastamento do presidente do Senado, Renan Calheiros, por medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 402/DF (ADPF 402)<sup>591</sup> (que julgava a impossibilidade de réus ocuparem cargos cuja atribuições implicassem na eventual substituição do presidente da República). Alguns dias antes, Renan Calheiros havia se tornado réu no Inquérito nº 2.593/DF<sup>592</sup>, em tramitação no STF.

O Senado Federal recusou-se a cumprir a decisão. Em 7 de dezembro de 2016, o plenário do STF reuniu-se e modificou seu entendimento com relação à ADPF 402, permitindo que o senador Renan Calheiros permanecesse na presidência da casa, mas o impedindo de assumir a presidência da República.

##### 6.4.1. Histórico

Em 2007, o então presidente do Senado, Renan Calheiros, havia sido acusado pela mãe de sua filha de receber recursos indevidos de lobistas e empreiteiras<sup>593</sup>. As acusações causaram grande crise política no Senado Federal, com pedidos de cassação do mandato de Renan (não aprovadas) e a sua renúncia da função de presidente da casa. As denúncias foram incorporadas ao Inquérito nº 2593/DF, iniciado em 6 de agosto 2007. Renan Calheiros retornaria à

<sup>590</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 03/05/2016, p. 66.

<sup>591</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2016, 05/12/2016.

<sup>592</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Inquérito n 2.593/DF** (Inq. 2593). Acórdão. Relator: Edson Fachin. Brasília, 2016, 01/12/2016.

<sup>593</sup> OLIVEIRA, Maraiana. BARBIÉRI, Luiz Felipe. Segunda Turma do STF absolve Renan Calheiros da acusação de peculato em ação do caso Mônica Veloso **G1**. Brasília, 18 set. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/09/18/maioria-da-2a-turma-vota-pela-absolvicao-de-renan-calheiros-em-acao-do-caso-monica-veloso.ghtml>. Acesso em 23 abr. 2023.

presidência do Senado em 1º fevereiro de 2013, tendo ali permanecido até 1º de fevereiro de 2017.

Em 3 de novembro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da ADPF 402, relatada pelo ministro Marco Aurélio. Conforme já antecipamos na seção 6.3.1, a ADPF 402 foi proposta pelo partido REDE em 3 de maio de 2016 com a tese de que “a pendência de ação penal já recebida pelo STF é incompatível com o exercício dos cargos em cujas atribuições figure a substituição do(a) Presidente da República”. Na ocasião de sua propositura, o referido partido pleiteava concessão de medida liminar para determinar o afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados (este seria afastado em 5 de maio de 2016, na AC 4070, analisada na seção 6.3).

No julgamento da ADPF 402, formou-se uma maioria que acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, julgando procedente o pedido, assentando “o entendimento segundo o qual aqueles que figurem como réus em processo-crime no Supremo não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do Presidente da República”<sup>594</sup>. Cinco ministros já haviam votado (Marco Aurélio, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux) quando houve pedido de vistas pelo ministro Dias Toffoli, mas Celso de Mello antecipou o voto, formando-se a maioria absoluta de seis votos a zero (dos 11 votos possíveis do STF).

Eis que, em 1º de dezembro de 2016 (menos de um mês após a formação da maioria na ADPF 402), o plenário do STF recebeu a denúncia de crime de peculato contra o senador Renan Calheiros no Inq. 2593 (que, em 5 de outubro de 2016, havia sido incluído em pauta). Este passaria a ser réu na AP 1018<sup>595</sup> (reautuação do Inq. 2593). Em 5 de dezembro de 2016, a REDE apresentou, na ADPF 402, petição requerendo afastamento de Renan Calheiros da presidência do Senado, uma vez que respondia processo criminal perante o STF. Na mesma data o ministro Marco Aurélio acolhe o pedido e determina o afastamento do presidente do Senado (em paralelo, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, entraria com pedido semelhante de afastamento liminar de Renan Calheiros, que foi distribuído como AC 4293<sup>596</sup> e determinado ao ministro Edson Fachin).

---

<sup>594</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 8.

<sup>595</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Penal nº 1.018/DF** (AP 1018). Relator: Edson Fachin. Brasília, 2018, 18/09/2018.

<sup>596</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.293/DF** (AC 4293). Relator: Edson Fachin. Brasília, 2016.

Diferentemente da Câmara dos Deputados (no caso do afastamento de Eduardo Cunha), o Senado Federal resistiu à decisão do STF. Inicialmente, o próprio presidente do Senado, Renan Calheiros, recusou-se a receber a notificação de seu afastamento, apresentada pelo oficial de justiça em 5 de dezembro de 2016, pois só a receberia às 11 horas do dia seguinte. No dia 6 de dezembro de 2016 a mesa do Senado Federal divulgou nota informando que aguardaria a decisão do plenário do STF antes de promover qualquer alteração na sucessão presidencial do Senado. Na prática, o Senado recusou-se a cumprir a decisão liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio. Em 7 de dezembro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal se reuniu e confirmou parcialmente a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio na ADPF 402. O ministro Celso de Mello abriu divergência para confirmar o entendimento anterior (“segundo o qual aqueles que figurem como réus em processo-crime no Supremo não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do Presidente da República”), mas com exceção da parte da liminar que afastava o senador Renan Calheiros da presidência do Senado. Com isso, o STF modificou levemente seu entendimento (sem reconhecer que o fazia), no sentido de que ficou mantido o impedimento para réus assumirem a presidência da República, mas sem seu afastamento do cargo (presidência da Câmara, Senado ou STF). O voto de Celso de Mello foi acompanhado pela maioria (Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia Antunes Rocha; sendo derrotados, Marco Aurélio, Edson Fachin e Rosa Weber). O ministro Barroso declarou-se suspeito e Gilmar Mendes estava ausente). Na prática, o STF modificou o entendimento que havia formado em 3 de novembro de 2016.

Em 16 de dezembro de 2016, o ministro Edson Fachin recusou o pedido de afastamento pedido pelo Procurador-Geral da República, na AC 4293, com fundamentos na decisão de 7 de dezembro de 2022 da ADPF 402. Em 18 de setembro de 2018, a segunda turma do STF julgou improcedente a AP 1018, absolvendo Renan Calheiros das acusações.

#### 6.4.2. Decisão e fundamentos

Na decisão de 3 de novembro de 2016, o voto do ministro Marco Aurélio na ADPF 402 assentava a tese de que réus em processo-crime no STF não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do presidente da República (tais quais, os presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do próprio STF), com as seguintes fundamentações:

- a) O princípio republicano é um dos elementos centrais da ordem constitucional;

- b) O artigo 86 da Constituição Federal prevê o afastamento automático do presidente da República quando recebida denúncia contra ele em julgamento perante o STF (desde que previamente admitida a acusação por dois terços da Câmara dos Deputados);
- c) Conclui-se com isso “ser indevido quem se mostre réu em processo crime ocupar o relevante cargo de Presidente”<sup>597</sup>;
- d) Consequentemente, as presidências da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF não podem “estar ocupadas por pessoas que não tenham contra si a condição negativa de réu”<sup>598</sup>, pois estão na linha sucessória do presidente da República;
- e) A linha sucessória é norma cogente, não sendo possível alterar a ordem com a substituição do presidente, caso algum deles encontre-se em caso de impedimento; e
- f) Sendo assim, “os detentores dos cargos que viabilizam a substituição, unicamente eles – os titulares –, devem guardar, necessariamente, a possibilidade de virem a exercer o cargo de Presidente da República”<sup>599</sup>.

Por sua vez, na decisão da medida cautelar na ADPF 402, concedida pelo ministro Marco Aurélio em 5 de dezembro de 2016, na qual foi determinado o afastamento de Renan Calheiros da presidência do Senado Federal, os fundamentos foram os seguintes:

- a) Seis ministros concluíram pelo acolhimento do pleito da ADPF 402, “para assentar não poder réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Presidente da República”<sup>600</sup>;
- b) Com o acolhimento de denúncia contra o presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, este tornou-se réu perante o STF, o que seria incompatível com o entendimento formado pela maioria na ADPF 402;

<sup>597</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 19.

<sup>598</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 19.

<sup>599</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 19.

<sup>600</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 21.

- c) Diante da urgência, ainda que o processo não tenha sido concluído, é necessário deferir a liminar para eliminar o “risco de continuar, na linha de substituição do Presidente da República, réu, assim qualificado por decisão do Supremo”<sup>601</sup>.

A decisão da mesa do Senado Federal que, em 6 de dezembro de 2016, recusou-se ao cumprimento da liminar de Marco Aurélio do STF (mantendo o senador Renan Calheiros na presidência da casa), fundamentou-se basicamente em três pontos:

- a) O afastamento do presidente do Senado Federal implicaria em graves impactos ao funcionamento das atividades legislativas, o que seria injustificado considerando que a última sessão ocorreria em oito dias;
- b) A decisão liminar estaria violando os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (CB1988, art. 5º, LIV e LV), uma vez que o acórdão do Inq. 2593 sequer havia sido publicado e que a decisão do Senado Federal<sup>602</sup> não havia sido ainda confirmada pelo plenário do STF;
- c) Entre as prerrogativas do senador federal (fundamentados no princípio da independência e harmonia entre os Poderes) consta a de escolha de seus dirigentes (CB1988, art. 57, §4º), sustar processo criminal em face de senadores (CB1988, art. 53, §3º) e declarar a perda de mandato pela mesa (CB1988, art. 55, §3º, I, II e VI).

Por último, a decisão que referendou a medida cautelar na ADPF 402 – relatada pelo ministro Celso de Mello, em 7 de dezembro de 2016, que revogou a liminar que determinava o “afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas”<sup>603</sup>, incluindo o senador Renan Calheiros – apresentou outra fundamentação:

- a) Inicialmente Celso de Mello elucidou que o voto proferido anteriormente (na sessão de 3 de novembro de 2016) apoiou-se no sentido de que os substitutos eventuais do presidente da República (presidentes da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Supremo Tribunal Federal) ficariam tão somente impedidos de ocupar a presidência

<sup>601</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 22.

<sup>602</sup> A manifestação da mesa do Senado é clara sobre qual decisão se refere (se ao Inq. 2.593 ou à ADPF 402). Esta consideração é inserida imediatamente após o item que trata do Inq. 2.593, mas que havia sido confirmada pelo plenário do STF. Analisando o sentido da manifestação da mesa do Senado, nos parece mais provável que fizesse referência à liminar de Marco Aurélio da ADPF 402, que de fato ainda não havia sido confirmada pelo plenário do STF, conforme Lei nº 9.882/1999, art. 5º, “caput” e § 1º (citados expressamente).

<sup>603</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 3.

da República caso ostentassem a condição de réus perante o STF (após recebida a denúncia ou queixa-crime), mas que conservariam a titularidade dos cargos de direção nas respectivas casas.

- b) Em seguida, Celso de Mello manifestou divergência com o entendimento do relator de que os réus não poderiam ocupar a presidência de cargos cujas atribuições incluíssem a substituição do presidente da República, de modo que se trata de julgar parcialmente procedente o pedido de liminar formulado na ADPF 402.
- c) Isso decorre da compreensão do princípio da separação de Poderes, que são independentes, mas harmônicos entre si.
- d) “O regular exercício da função jurisdicional, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgrede o princípio da separação de poderes”<sup>604</sup>, sendo que a essência da separação dos Poderes está sujeita ao império da lei, de modo que nada justifica a recusa do Senado em cumprir decisão judicial, uma vez que a medida correta teria sido a apresentação de recurso ao Poder Judiciário.
- e) Todas as constituições (exceto a Carta de 1937) contemplaram o afastamento do presidente da República quando instaurado processo contra ele, medida necessária para preservar a respeitabilidade das instituições da República.
- f) A mesma fundamentação justificaria o afastamento preventivo do titular da presidência da República e a seus substitutos (“nada poderá justificar que meros substitutos eventuais desempenhem essa função quando a Constituição simplesmente nega ao próprio titular do mandato presidencial esta possibilidade”<sup>605</sup>, ficando interditados para exercer o ofício de presidente da República (mas não afastados das funções na Câmara, Senado e STF).
- g) O afastamento do presidente do Senado pode inibir ou interferir nos trabalhos do Senado, prejudicando suas atividades institucionais, havendo *periculum in mora* em sentido inverso (em que o mais grave é o afastamento e não a permanência).
- h) Medida tão gravosa, quanto o afastamento do presidente de uma das casas do Congresso Nacional, não poderia ter sido ordenada sem respeito ao direito de defesa, contraditório e devido processo legal.

---

<sup>604</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 78.

<sup>605</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 82.

### 6.4.3. Análise

O afastamento de Renan Calheiros (ADPF 402), em comparação com a decisão que afastou Eduardo Cunha (AC 4070), é uma violação menos gravosa ao princípio da separação dos Poderes, uma vez que afastou Calheiros da presidência do Senado Federal, mas preservou-lhe o mandato parlamentar. Por outro lado, a decisão contra Renan Calheiros é mais grave quanto à motivação, já que o fundamento deste afastamento (Inq. 2.593) não guarda qualquer relação com o exercício da presidência do Senado por ele (diferente de Eduardo Cunha, cujos atos como presidente da Câmara eram exatamente os que motivavam a necessidade da cautelar).

O ponto central da ADPF 402 já foi parcialmente objeto de análise quando do afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados (na seção 6.3.3.2), inclusive porque, originalmente, esta ação visava os atos de Eduardo Cunha e não os de Renan Calheiros (este assumiria posição de destaque no caso por fatos supervenientes). Conforme já apontamos naquela ocasião, não há previsão constitucional expressa determinando o afastamento dos presidentes da Câmara, Senado ou STF (substitutos eventuais do presidente da República) caso se tornem réus perante o STF (o que foi reconhecido pelo próprio ministro Teori Zavaski, mas não enfrentado por qualquer dos outros ministros).

Ao decidir neste sentido, o STF atingiu diretamente a chamada “correção funcional”<sup>606</sup>, conceito pelo qual o intérprete constitucional não pode modificar a distribuição de competências das funções do Estado. Não se nega que o STF possa controlar os atos do Senado Federal que estejam em conflito com a lei e a Constituição, desde que estritamente dentro de tais parâmetros. Ao interferir na composição da mesa do Senado Federal (ou da Câmara dos Deputados), o STF atinge em cheio a separação dos Poderes, podendo até mesmo causar a paralisia dos trabalhos legislativos. Isso, por si só, já demandaria extrema cautela por parte do STF, afinal, quanto mais grave o efeito adverso da medida, mais forte deveria ser sua fundamentação, o que não ocorreu na decisão liminar, que tratou o tema como mera aplicação automática de uma regra (aplicação tudo ou nada). Se no texto constitucional não existe tal regra expressa, o STF nunca poderia fazer tal interpretação, tratando o tema como aplicação subsuntiva de uma regra (deveria, ao contrário, tratar o tema na esfera principiológica, ponderando todas as implicações).

---

<sup>606</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

Além disso, a máxima da proporcionalmente, exige a avaliação da necessidade da medida. De maneira bastante resumida, a medida não será considerada proporcional sempre que houver outra medida que atinja o mesmo objetivo (com a mesma eficiência), mas que implique em menor restrição ao princípio colidido. No caso da ADPF 402, o próprio STF identificaria outra possível medida com efeitos menos gravosos à separação dos Poderes, que seria o impedimento para que Renan Calheiros assumisse a presidência da República, mas sem afastamento da presidência do Senado. Tal medida atende plenamente ao objetivo almejado e é menos gravosa à separação dos Poderes (ainda que, discordemos também desta medida), o que confirma que a medida de afastamento absoluto do presidente do Senado é desproporcional e, com isso, é inconstitucional.

Por fim, outro ponto que merece ser explorado é o fundamento da regra constitucional (esta sim uma regra expressa na Lei Magna) que implica no afastamento do titular da presidência da República caso tenha contra si aceita denúncia ou queixa-crime de infração penal ou crime de responsabilidade.

Na ampla maioria das manifestações, os ministros do STF identificaram que o bem protegido por esta regra seria a “honorabilidade do Estado”<sup>607</sup>, a “moralidade pública”<sup>608</sup>, a “higidez da linha sucessória do presidente da República”<sup>609</sup> ou a “dignidade do cargo”<sup>610</sup>. Discordamos frontalmente deste entendimento e identificamos que o bem protegido pela regra – que determina a suspensão do presidente da República de suas funções, enquanto responde por processos criminais no STF ou de responsabilidade no Senado (afastamento temporário por 180 dias) – é o princípio da separação dos Poderes.

Tal medida visa evitar que o titular do Poder Executivo fique à mercê de interesses dos demais Poderes (do Judiciário, no caso de processos criminais, e do Legislativo, no caso de crimes de responsabilidade) e passe a governar sem independência, mas com vistas de impedir sua condenação (o que infelizmente foi a conduta de presidentes enfraquecidos e que, sob mero risco da abertura de processos de *impeachment*, passaram a governar de maneira pouco

---

<sup>607</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 42.

<sup>608</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 49.

<sup>609</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 49.

<sup>610</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 49 e 81.

republicana, buscando manter o apoio do Congresso Nacional, como foi o caso de Michel Temer e de Jair Bolsonaro)<sup>611</sup>. De fato, é possível identificar que a regra também guarda evidente relação com a “honorabilidade do Estado”, a “moralidade pública”, “higidez da linha sucessória do presidente da República” e a “dignidade do cargo”, mas que tais princípios não possuem posição estruturante na Constituição, diferente da separação dos Poderes (ou seja, nunca poderiam ter injustificada supremacia sobre esta). Este entendimento também é reforçado pelo fato de que o afastamento do presidente da República não é automático como insistem os ministros do STF, mas depende de prévia autorização da Câmara dos Deputados mediante dois terços dos votos (CB1988, art. 86, *caput*), o que implica em evidente juízo político-jurídico da situação.

Nada disso, contudo, justifica a decisão da mesa do Senado Federal que se recusou a dar cumprimento da medida liminar do STF. A medida liminar, por mais equivocada que seja, deveria ter sido enfrentada por dentro do sistema jurídico, mediante o competente recurso. Inclusive, um dos principais fundamentos da decisão da mesa poderia reformular todo o sistema judicial. De fato, o descumprimento dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como a ausência da publicação de decisão relacionada e a falta de confirmação de liminar pelo plenário do órgão prolator, podem ser fundamentos para invalidar uma medida liminar, mas a decisão caberia ao competente órgão do Poder Judiciário e nunca ao destinatário da medida (da mesma forma que os cidadãos comuns também não podem recusar-se a cumprir as centenas de liminares decididas diariamente em todo o Brasil quando ausentes tais elementos).

O que o Senado Federal poderia fazer (diferente dos cidadãos comuns) é sustar o inquérito contra o senador Renan Calheiros (CB1988, art. 53, §3º), o que esvaziaria o elemento que justificaria seu afastamento da presidência da casa. Mas, ainda assim, deveria cumprir a liminar do ministro Marco Aurélio e apresentar recurso contra ela.

Se a posição inicial do STF (pelo afastamento do presidente do Senado) e a da mesa do Senado Federal são dignas de questionamento, o mesmo ocorre com a repentina mudança de posição do Supremo Tribunal Federal, claramente motivada por razões políticas e não jurídicas. O voto original do ministro Marco Aurélio na ADPF 402 foi bastante claro, sucinto, sem deixar margem para qualquer outra interpretação.

---

<sup>611</sup> Há quem diga que a enfraquecida Dilma Rousseff somente sofreu o *impeachment* exatamente porque recusou-se a agir de maneira pouco republicana e atender interesses escusos de parlamentares (a começar pelo então presidente da Câmara, Eduardo Cunha) ou mesmo de ministros do STF.

Assim, quando os demais ministros acompanharam o voto do referido ministro em 3 de novembro de 2016 e não levantaram ressalvas ao dispositivo apresentado por ele (e adequado ao pedido dos autores da ação), estavam aderindo à equivocada tese que implicaria no afastamento dos réus das posições de presidente das casas legislativas e do STF. As posteriores ressalvas apresentadas em 7 de dezembro de 2016 pelo ministro Celso de Mello e acompanhadas por cinco outros ministros não haviam sido colocadas em plenário no dia 3 de dezembro de 2016. Em síntese, Celso de Mello, Teori Zavascki e Luiz Fux, na verdade, mudaram de posição, enquanto Marco Aurélio, Luiz Edson Fachin e Rosa Weber mantiveram-se coerentes com a posição original (os demais ainda não haviam votado). A rigor, não existe impedimento para que os ministros do STF mudem de opinião enquanto o julgamento não tiver sido concluído, mas deveriam fazê-lo de forma expressa e com fundamentação jurídica (e não política, como foi o caso).

Para concluir, aproveitamos para trazer alguns importantes elementos que enfraquecem a tese do afastamento (estes pontos inclusive foram apresentados em 7 de dezembro de 2016 pelo ministro Dias Toffoli<sup>612</sup>). Em primeiro lugar, o artigo 86, parágrafo 2º da Constituição, não prevê a perda do cargo de presidente da República em caso de ação penal em curso, mas tão somente seu afastamento temporário pelo prazo de 180 dias, ou seja, permitindo expressamente que um réu ocupe a presidência da República se seu julgamento não terminar dentro deste prazo.

Em segundo lugar, o artigo 86, parágrafo 4º da Constituição estabelece que, durante o exercício de seu mandato, o presidente da República não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, seu afastamento cautelar ocorre apenas em caso de processos penais em decorrência de atos praticados no exercício do mandato (o que não seria o caso de Renan Calheiros, cujos fatos de que era acusado teriam ocorrido em mandato anterior).

Em terceiro lugar, possuir a condição de réu não é condição de inelegibilidade para a presidência da República (CB1988, art. 14, §3º), sendo que a Lei Complementar nº 64/1990 (mesmo com o endurecimento promovido pela Lei Complementar nº 135/2010, também conhecida como Lei da Ficha Limpa) somente considera inelegível aquele que tiver sido condenado por decisão colegiada ou transitada em julgado, de modo que um réu em ação penal pode ser candidato e eleito para a presidência da República.

---

<sup>612</sup> Em seu voto, o ministro Dias Toffoli ainda problematizou o tema perguntando “o que se deve fazer no caso de ação penal em curso contra o vice-presidente da República? Perderá o mandato, já que o vice tem como função precípua exatamente substituir o Presidente da República” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016, p. 60). Ou ainda, seria exigida dos aspirantes à presidência da Câmara a idade mínima de 35 anos (idade mínima exigível do presidente da República), ainda que sejam elegíveis com 21 anos para o cargo de deputado federal?

Em suma, o STF criou um requisito adicional para o exercício de função de presidente do Senado Federal (ou da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal) que não possui previsão expressa na Constituição, na legislação e nem no regimento interno da casa, sendo que a substituição do presidente da República não é sequer a mais relevante das funções exercidas pelos ocupantes de tais cargos.

Concluindo, em nossa opinião, as duas posições na ADPF 402 estão equivocadas e estão em conflito com o princípio da separação dos Poderes. A posição mais radical (representada pela medida liminar de Marco Aurélio, que afastaria réus das funções de presidente da Câmara, Senado ou STF) é mais agressiva e claramente viola o núcleo essencial da separação dos Poderes. A posição menos radical (representada pelo voto vencedor do ministro Celso de Mello, que mantém os réus das funções de presidente da Câmara, Senado ou STF, mas os impede de ocupar a presidência da República) também nos parece equivocada, mas reconhecemos que busca ser mais deferente ao Poder Legislativo (ainda que o faça por razões políticas e não jurídicas).

#### **6.5. Não-suspensão da nomeação de Moreira Franco como Ministro Chefe da Secretaria-Geral da Presidência (MS 34609 e MS 34615)**

Em 14 de fevereiro de 2017, o ministro Celso de Mello indeferiu pedidos de medida liminar nos Mandados de Segurança nº 34.609/DF (MS 34609)<sup>613</sup> e 34.615/DF (MS 34615)<sup>614</sup>. Ambos os *mandamus* (impetrados respectivamente pela REDE e pelo PSOL) objetivavam impedir a nomeação de Wellington Moreira Franco no cargo de ministro chefe da Secretaria-Geral da presidência da República. Em abril de 2020, os dois mandados de segurança foram considerados prejudicados pelo relator e arquivados, sem que tenha havido apreciação por órgão colegiado (não houve recurso).

##### **6.5.1. Histórico**

Em 30 de janeiro de 2017, ainda no âmbito da Operação Lava Jato, foi homologada pela ministra Cármen Lúcia a delação premiada da Odebrecht. A rigor, foram homologadas 77

---

<sup>613</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017.

<sup>614</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.615/DF** (MS 34615). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017

delações realizadas por diversos executivos e ex-executivos da construtora. Um dos documentos trazia graves acusações contra Moreira Franco.

Em 2 de fevereiro de 2017, o presidente Michel Temer editou a medida provisória nº 768/2017 que criava a Secretaria-Geral da Presidência da República e o Ministério dos Direitos Humanos, além de alterar a organização da Presidência da República e dos ministérios. No dia seguinte, Moreira Franco foi indicado como novo ministro da recém-criada Secretaria-Geral. Diversas ações foram ajuizadas para impedir a posse<sup>615</sup>, com fundamentos semelhantes aos do Mandado de Segurança nº 34.070/DF (que impediu a posse de Lula em 2015, conforme seção 6.2). Além disso, a REDE e o PSOL também impetraram mandados de segurança no STF<sup>616</sup>. Conforme antecipado, o STF não concedeu as liminares para suspender a posse e Moreira Franco assumiu o ministério (com prerrogativa de foro), onde permaneceu até 6 de abril de 2018, quando foi transferido para o Ministério das Minas e Energias (onde permaneceu até 31 de dezembro de 2018, quando se encerrou o governo Temer).

Em 21 de março de 2019, Moreira Franco e Michel Temer (entre outros) foram presos por decisão do juiz Marcelo Bretas, da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Seriam soltos em 25 de março do mesmo ano.

#### 6.5.2. Decisão e fundamentos

Nas decisões sobre as medidas cautelares no MS 34609 e no MS 34615, o STF indeferiu a liminar, que visava impedir a posse de Moreira Franco como ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República, com base nos seguintes fundamentos:

- a) É questionável a legitimidade ativa de partido político para a impetração de mandado de segurança coletivo destinado à defesa de direitos ou de interesses difusos (Súmula nº 365/STF, (RE 196.184/AM, MS 34.196/DF, MS 33.738/DF, RE 566.928/RJ, MS 22.764-QO/DF e RE 196.184/AM)<sup>617</sup>;

<sup>615</sup> AMADO, Guilherme. Juiz suspende por liminar nomeação de Moreira Franco para ministro. **Blog do Lauro Jardim**. Rio de Janeiro, 08 fev. 2017. GARCIA, Janaína. Juíza dá liminar contra posse de Moreira Franco e ironiza Temer: "mestre". **Uol**. São Paulo, 09 fev. 2017.

<sup>616</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverde Barreto. **Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 273-275.

<sup>617</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 9-12.

- b) A mera nomeação de alguém para o cargo de ministro não configura, por si, desvio de finalidade<sup>618</sup>, sendo que esta não se presume, sendo necessária prova inequívoca<sup>619</sup>, “não lhes sendo oponíveis, por insuficientes, meras alegações ou juízos conjecturais”<sup>620</sup>,
- c) A prerrogativa de foro é “consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado”<sup>621</sup> e não implica em “obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal”<sup>622</sup>, tendo em vista que esta condição não implica em qualquer tipo de imunidade e seu titular permanecerá sujeito aos atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal; e
- d) A necessidade de prévia autorização da Câmara dos Deputados para instauração de processo contra ministro de Estado não se aplica às infrações penais comuns (QCr 427/DF, Rel. Min. Moreira Alves) ou de crimes de responsabilidade (Pet. 1.656/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa), desde que não guardem conexão com crimes praticados pelo presidente da República<sup>623</sup>.

### 6.5.3. Análise

A decisão no MS 34609 e no MS 34615 chama a atenção por ir em sentido diametralmente oposto ao do MS 34070 (que impediu a posse de Lula). O primeiro fato que salta aos olhos é a farta jurisprudência apresentada sobre a ilegitimidade de partido político para impetrar mandado de segurança coletivo em matéria de direitos ou interesses difusos. Independentemente de divergências doutrinárias entre os ministros do STF, se existe tal entendimento tão consolidado, o MS 34070 nunca poderia ter prosperado.

O segundo fato de destaque é a defesa enfática da jurisdição do STF, que, segundo o relator do MS 34609 e do MS 34615, não configuraria em qualquer benefício ao indivíduo

<sup>618</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 17.

<sup>619</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 13.

<sup>620</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 14.

<sup>621</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 17.

<sup>622</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 17.

<sup>623</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 20.

nomeado ministro de Estado, o que fragilizaria bastante qualquer argumentação de “desvio de finalidade” neste sentido. Poder-se-ia até explorar a diferença quanto aos elementos probatórios (gravações telefônicas, no caso de Lula, e meras alegações no caso de Moreira Franco), mas a fundamentação dos casos é tão oposta que dificilmente este seria um elemento definidor.

Apesar disso, a decisão pouco debate a separação dos Poderes e cita apenas duas referências, na manifestação do presidente da República (que utiliza a separação como argumento em defesa da posse de Moreira Franco) e no MS 34196 (utilizada pelo ministro Barroso como argumento contrário à legitimidade de partido político para impetrar mandado de segurança coletivo em matéria de direitos ou interesses difusos). Fato é que, em menos de um ano, o STF prolatou duas decisões em sentidos completamente opostos, ainda que os casos guardassem enormes semelhanças. O tema seria retomado novamente um ano depois, quando o STF novamente atuaria para impedir a posse de uma ministra (Cristiane Brasil, como veremos na seção 6.9).

## **6.6. Afastamento do senador Aécio Neves (AC 4329)**

Em 18 de maio de 2017, o senador Aécio Neves foi afastado do exercício de seu mandato parlamentar por decisão liminar do ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal, além da aplicação de outras medidas restritivas. As medidas foram proferidas na Ação Cautelar nº 4.329/DF (AC 4329)<sup>624</sup>.

### **6.6.1. Histórico**

Em abril de 2017, os empresários Joesley e Wesley Batista (donos da JBS) realizaram acordo de delação premiada no âmbito da operação Lava Jato. Como parte da colaboração, os irmãos realizaram diversas gravações, inclusive de pedido de propina por parte de Aécio Neves (dois milhões de reais) e até mesmo do presidente da República, Michel Temer. Com base nestas informações foi possível a filmagem, pela Polícia Federal, de Rocha Loures recebendo uma mala contendo uma grande quantia em dinheiro (500 mil reais).

Em 18 de maio de 2017, o ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar afastando o senador Aécio Neves e o deputado federal Rocha Loures

---

<sup>624</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática. Relator: Edson Fachin. Brasília, 2017, 18/05/2017.

(AC 4329) do exercício dos respectivos mandatos parlamentares, entre outras medidas restritivas (sem a decretação de prisão de ambos)<sup>625</sup>.

Em 1º de junho de 2017, o ex-ministro da Justiça, Osmar Serraglio, reassumiu o mandato como deputado federal, de modo que Rocha Loures voltou a ser suplente<sup>626</sup>. Com isso, em 3 de junho de 2017 o ex-deputado foi preso preventivamente por determinação do ministro Fachin. Em 30 de junho de 2017, a prisão foi revogada, mantidas diversas medidas cautelares alternativas.

A relatoria do inquérito contra o senador foi atribuída ao ministro Marco Aurélio<sup>627</sup>, que em 30 de junho de 2017 revogou a liminar e autorizou a retomada do mandato parlamentar por Aécio Neves<sup>628</sup>.

Em 26 de setembro de 2017, a primeira turma do STF decidiu novamente pelo afastamento de Aécio Neves do mandato de senador, conforme voto divergente do ministro Roberto Barroso (acompanhado por Luiz Fux e Rosa Weber, sendo vencidos Marco Aurélio e Alexandre de Moraes).

Em 26 de outubro de 2017, o plenário do Senado Federal derrubou a decisão do STF, permitindo o retorno de Aécio Neves ao mandato de senador<sup>629</sup>. Em 10 de março de 2022, Aécio Neves (atualmente deputado federal) foi absolvido desta acusação pela Justiça Federal de São Paulo (o Ministério Público Federal apresentou recurso contra a decisão).

#### 6.6.2. Decisão e fundamentos

Infelizmente, a decisão liminar de Edson Fachin que afastou inicialmente o senador Aécio Neves em 18 de maio de 2017 está em segredo de justiça e não foi possível localizá-la para avaliar diretamente seus fundamentos. A partir de referências das outras decisões, identificamos que:

- a) Havia indícios da prática de crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro, constituição e participação em organização criminosa e obstrução à investigação de organização criminosa;

<sup>625</sup> BOMFIM, Camila. Fachin manda afastar Aécio das funções de senador. **G1**. Brasília 18 mai. 2017.

<sup>626</sup> CARAM, Bernardo. Osmar Serraglio reassume mandato de deputado federal. **G1**. Brasília, 01 jun. 2017.

<sup>627</sup> BARBOSA, Bernardo. AMORIM, Felipe. Marco Aurélio Mello será relator de processo contra Aécio no STF. **Uol**. Brasília, 31 mai. 2017.

<sup>628</sup> RAMALHO, Renan. Ministro do STF libera retorno de Aécio ao Senado e nega pedido de prisão. **G1**. Brasília, 30 jun. 2017.

<sup>629</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverde Barreto. **Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 252.

- b) Aplicou-se medida cautelar diversa de prisão ao senador Aécio Neves, com fundamento nos artigos 319 e 320 do CPP (suspensão do exercício de funções parlamentares ou qualquer outra função política, proibição de contatar outro investigado ou réu no processo e proibição de ausentar-se do país, com entrega dos passaportes);
- c) A decisão seria necessária para garantir a ordem pública e a instrução processual, devido ao risco de o senador interferir em decisões dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como reiterar as práticas criminosas;
- d) A possibilidade do afastamento do parlamentar encontraria jurisprudência na AC 4070 (afastamento do deputado Eduardo Cunha); e
- e) Caberia ao pleno do STF “decidir sobre eventual interpretação não literal da regra descrita no artigo 53, §2º da Constituição Federal” (possibilidade de o Senado sustar o andamento da ação).

A decisão de Marco Aurélio, que em 30 de junho de 2017 reconsiderou a decisão, possibilitando que Fachin devolvesse o mandato ao senador, apresentou os seguintes fundamentos:

- a) “O princípio da separação dos poderes encerra a impossibilidade absoluta de limitação de um Poder da República por outro, no que independentes e harmônicos entre si”<sup>630</sup>;
- b) O afastamento liminar de parlamentar seria incabível, causaria dano irreparável à representação democrática e, portanto, inconstitucional<sup>631</sup>;
- c) Adicionalmente, os crimes dos quais o senador era acusado não são inafiançáveis (citando a lista taxativa do art. 5º, XLIII e XLIV da CB1988), não houve flagrante<sup>632</sup>;
- d) O artigo 319 do Código de Processo Penal não prevê expressamente a suspensão de mandato eletivo<sup>633</sup>;
- e) É necessária a autocontenção judicial e a deferência ao Senado, respeitando a inafastabilidade do mandato judicial, pois “o Judiciário não pode substituir-se ao Legislativo”<sup>634</sup>; e

<sup>630</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 9.

<sup>631</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 10.

<sup>632</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 10.

<sup>633</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 11.

<sup>634</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 13.

- f) Não haveria processo-crime contra o senador<sup>635</sup> e nem mesmo o recebimento desta denúncia implicaria em tal afastamento<sup>636</sup>.

A decisão da Primeira Turma do STF que decidiu manter o afastamento do Senador foi fundamentada por Roberto Barroso (relator para o Acórdão), nos seguintes termos:

- a) Haveria substanciais indícios de materialidade de autoria dos crimes, com habitualidade das práticas, tentativas de interferir nas investigações, lavagem de dinheiro e promessa de recompensa ao senador;
- b) Haveria necessidade da imposição das medidas cautelares, uma vez que o cargo do senador estaria sendo utilizado para as práticas delitivas (com habitualidade das práticas) e gravidade das condutas<sup>637</sup>;
- c) Ainda que presentes os requisitos para decretação de prisão preventiva, há dúvidas quanto à aplicabilidade do art. 53, § 2º da CB1988 (que limita a prisão de parlamentares no exercício do mandato),<sup>638</sup>
- d) O afastamento cautelar de função pública seria medida proporcional e razoável (para que o mandato não servisse de escudo para prática de crime), sendo que o relator não se convence do “argumento de que o afastamento de um parlamentar configura atentado à harmonia dos Poderes da República, constitucionalmente imposta (art. 2º da CB1988)”<sup>639</sup>.

### 6.6.3. Análise

A inconstância das decisões do STF no caso do senador Aécio Neves, na verdade, representa a oscilação entre duas posições.

De um lado, o ministro Edson Fachin (autor da primeira decisão que afastou o senador de seu mandato parlamentar), acompanhado por Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux (na decisão da Primeira Turma), que, com base nos precedentes da AC 4070 (afastamento do deputado Eduardo Cunha) e da AC 4039 (prisão do senador Delcídio Amaral), entendem que

<sup>635</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 13.

<sup>636</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 14.

<sup>637</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 45.

<sup>638</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 47.

<sup>639</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017, p. 47.

medidas cautelares em matéria penal são aplicáveis a parlamentares, inclusive a medida prevista no artigo 319, VI, do Código de Processo Penal (suspensão do exercício de função pública).

Do outro lado, o ministro Marco Aurélio (autor da decisão que devolveu o mandato ao senador) e Alexandre de Moraes (também voto vencido na decisão da Primeira Turma), que defenderam posição mais deferente à separação dos Poderes, entendendo que o artigo 319, VI, do CPP, não seria aplicável aos mandatos parlamentares.

A postura de Marco Aurélio é, no mínimo, complexa, uma vez que ele participou do referendo da AC 4070 (em 05/05/2016), na qual o deputado Eduardo Cunha foi afastado de seu mandato parlamentar e, consequentemente, da presidência da Câmara dos Deputados. Tal decisão foi referendada pela unanimidade do tribunal pleno, ou seja, contou com o voto afirmativo de Marco Aurélio (não é o caso de Alexandre de Moraes, que somente ingressaria na corte a partir de 22 de março de 2017).

Além disso, parte da motivação da decisão na AC 4070 se originava da ADPF 402, na qual se decidiria sobre a possibilidade de réus ocuparem a presidência da Câmara, Senado ou STF. Ocorre que o relator da ADPF 402 era exatamente Marco Aurélio, que na ocasião não demonstrou qualquer deferência ao princípio da separação dos Poderes (e ficou vencido quando o restante da corte buscou uma alternativa menos afrontosa ao Senado Federal. Fazendo justiça ao ministro Marco Aurélio, é importante esclarecer que, na medida cautelar, afastou Renan Calheiros tão somente do cargo de presidente do Senado, mas “não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano”, o que é uma diferença importante.

Em suma, o fato é que a inconsistência da posição do ministro Marco Aurélio foi duramente criticada, inclusive porque fez inusitados elogios à carreira política do senador Aécio Neves quando lhe devolveu o mandato<sup>640</sup>.

Do outro lado, o voto do ministro Roberto Barroso praticamente não abordou o tema separação dos Poderes (apenas destacou que não lhe “convence o argumento de que o afastamento de um parlamentar configura atentado à harmonia dos Poderes da República, constitucionalmente imposta (art. 2º da CB1988)”<sup>641</sup>. Por sua vez, Rosa Weber e Luiz Fux sustentaram seus votos essencialmente com base na jurisprudência das AC 4039 e AC 4070 (que analisamos previamente nas seções 6.1.3 e 6.3.3 respectivamente).

---

<sup>640</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, p. 13;

<sup>641</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Acórdão no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 2017, 26/09/2017, p. 47.

Todo o bloco vencedor frisou que prerrogativas institucionais não se confundem com privilégios pessoais<sup>642</sup>. Em particular, Fux ainda acrescenta que as imunidades parlamentares devem ser interpretadas estritamente (ou seja, apenas bloqueiam ordens de prisão e não medidas cautelares)<sup>643</sup>.

Oras, a prerrogativa institucional da imunidade parlamentar incide individualmente sobre cada ocupante do mandato parlamentar e assim foi atribuída pela Constituição para preservar a instituição do Congresso Nacional. Se se permite o afastamento da imunidade em prol do interesse público<sup>644</sup> ou do princípio republicano<sup>645</sup>, então está se criando (a partir de tais princípios) uma exceção à regra. Ocorre que tanto a regra da imunidade parlamentar quanto os princípios citados possuem mesma hierarquia, de modo que, como já tratamos anteriormente (seção 2.1), se houver prevalência de um sobre o outro, seria da regra sobre o princípio (sendo inadmissível que o princípio estabeleça uma exceção inexistente na regra). Além disso, o argumento retórico de que se afasta um privilégio, permite que a regra da imunidade parlamentar seja afastada, o que prejudica a prerrogativa institucional em si, pois ao afastar parlamentares, o Poder Judiciário passa a ter controle sobre a composição das casas legislativas.

Também é bastante questionável o argumento do ministro Fux sobre a “interpretação estrita” das imunidades parlamentares, propondo uma interpretação literal do art. 53, §2º, CB1988. É questionável, pois o STF é pródigo em estabelecer interpretações ampliativas dos artigos da Constituição (inclusive distorcendo a literalidade de muitos dispositivos), sendo curioso que proponha a interpretação literal do art. 53, §2º, CB1988, exatamente quando está ampliando suas próprias prerrogativas (no mínimo, alguma regra hermenêutica seria necessária para justificar tal diferença de tratamento na análise). A interpretação literal do art. 53, §2º, CB1988, também é controversa, uma vez que a existência de medidas cautelares diferentes da prisão é uma inovação que surgiu mais de 20 anos após a promulgação da Constituição Federal, por meio da reformulação absoluta do artigo 319 do CPP (que originalmente previa a prisão administrativa). Oras, naturalmente que o art. 53, §2º, CB1988, não poderia fazer referência a

---

<sup>642</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Acórdão no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 2017, 26/09/2017, p. 47, 69 e 101.

<sup>643</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Acórdão no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 2017, 26/09/2017, p. 107.

<sup>644</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Acórdão no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 2017, 26/09/2017, p. 47.

<sup>645</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Acórdão no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 2017, 26/09/2017, p. 70.

medidas cautelares diversas da prisão uma vez que estas sequer existiam em 1988. Exigir a interpretação literal do art. 53, §2º, CB1988, ao mesmo tempo aceitar a aplicação de tais medidas cautelares aos parlamentares é como que interpretar a Constituição a partir do Código de Processo Penal, quando a hierarquia normativa prevê exatamente o contrário.

Por fim, vale destacar um fato interessante: os ministros tomaram o cuidado de afirmar que é bastante duvidosa a interpretação ampliativa do art. 53 §2º, CB1988, para estabelecer a prisão de parlamentares além dos casos de flagrante de crime inafiançável. Tal ressalva pode ser interpretado como uma crítica discreta da Primeira Turma à decisão da prisão do senador Delcídio do Amaral (da Segunda Turma).

### **6.7. Aplicabilidade de medidas cautelares a parlamentares (ADI 5526)**

Em 11/10/2017, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF (ADI 5526) <sup>646</sup>, assentando que:

- a) as prisões preventivas (CPP, art. 312) são inaplicáveis aos parlamentares federais desde a expedição do diploma (que somente podem ser presos em flagrante de crime inafiançável);
- b) o Poder Judiciário dispõe de competência para impor a parlamentares as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, inclusive o afastamento do mandato; e
- c) qualquer medida cautelar que impossibilite, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar deve ser encaminhada à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para que esta avalie a manutenção da medida, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição.

#### **6.7.1. Histórico**

Em 16 de maio de 2016, o Partido Progressistas, o Partido Social Cristão e o Solidariedade ingressaram no STF com ação direta de inconstitucionalidade, requerendo que o STF desse interpretação conforme à Constituição, no sentido de que a aplicação de medidas cautelares previstas nos artigos 312 (prisão preventiva) e 319 (medidas cautelares diversas da

---

<sup>646</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017.

prisão) do CPP a parlamentares devam ser submetidas à respectiva casa legislativa para que estas deliberem sobre sua aplicabilidade.

O presidente da República, por meio da advocacia-geral da União, manifestou-se em 08 de junho de 2016 defendendo a constitucionalidade das normas objeto da ADI.

Em petição de 09 de junho de 2016, o presidente do Congresso Nacional defendeu a inaplicabilidade de prisão preventiva a parlamentares federais e que as demais cautelares deveriam ser submetidas à apreciação da respectiva Casa Legislativa quando representarem afastamento das funções parlamentares.

Em 17 de junho de 2016, a presidência da Câmara dos Deputados manifestou-se no sentido da inaplicabilidade de prisão preventiva para os parlamentares federais e que a aplicabilidade de medidas cautelares sejam condicionadas ao envio, à Casa respectiva, para que resolva sobre ela.

A advocacia-geral da União manifestou-se pela improcedência da ação em 27 de junho de 2016, ou seja, reconhecendo a possibilidade de deferimento de medidas cautelares diversas de prisão sem necessidade de apreciação pela Casa Legislativa, mas pela impossibilidade da prisão preventiva de parlamentar.

Também em 27 de junho de 2016, o procurador-geral da República opinou pela improcedência da ADI, entendendo que as medidas cautelares diversas da prisão (incluindo a suspensão do mandato público) não dependem do crivo das Casas Legislativas. Em 2017, os presidentes da República, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados enviariam novas manifestações, defendendo a total inaplicabilidade das medidas cautelares aos parlamentares federais.

A ADI 5526 foi julgada pelo plenário em 11 de outubro de 2017. Com relação à aplicabilidade das medidas cautelares diferentes da prisão (CPP, art. 319), apenas o ministro Marco Aurélio manifestou-se contrário. Com relação a necessidade de remessa dos autos para que a Casa Legislativa a que pertence o parlamentar resolva sobre a permanência da medida cautelar, votaram favoravelmente os ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, sendo vencidos Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello.

#### 6.7.2. Decisão e fundamentos

O voto do ministro Edson Fachin (relator original), que sintetiza a posição derrotada, defendia essencialmente que:

- a) na AC 4070 o plenário do STF assentou, por unanimidade, a possibilidade de aplicação, à parlamentar, de medidas cautelares alternativas à prisão (CPP, art. 319), com o afastamento da função parlamentar<sup>647</sup>;
- b) as imunidades e prerrogativas constitucionais não podem ser tidas por privilégios pessoais, sendo que o princípio republicano proíbe o tratamento discriminatórios e veda a instituição de privilégios odiosos<sup>648</sup>;
- c) a jurisprudência do STF assentou que qualquer limitação da responsabilização de agentes políticos (incluindo membros de Poder) “devem ser interpretadas nos estritos limites em que postas no Texto Constitucional, **não se permitindo alargamentos via interpretação extensiva**”<sup>649</sup>, <sup>650</sup>
- d) a jurisprudência do STF interpreta a imunidade material dos parlamentares federais “repelindo concepções literalistas que impliquem conceder ao parlamentar alguma espécie de privilégio injustificado”<sup>651</sup>;
- e) a jurisprudência do STF é no sentido de que não é possível a extensão de “cláusulas constitucionais exorbitantes do direito comum” para hipóteses não previstas expressamente na Constituição<sup>652</sup>;
- f) não haveria previsão constitucional para as casas legislativas sustarem medidas cautelares determinadas pelo Poder Judiciário<sup>653</sup>;
- g) a suspensão temporária do mandato decretada pelo Judiciário é medida significativamente diferente da perda do mandato (definitiva e irreversível)<sup>654</sup>;
- h) a imunidade do art. 55, §2º, CB1988, não se refere expressamente às medidas cautelares de outra natureza<sup>655</sup>;

<sup>647</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 16.

<sup>648</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 15.

<sup>649</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 21.

<sup>650</sup> O Ministro Gilmar Mendes questionou a existência de tal jurisprudência, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 65.

<sup>651</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 21.

<sup>652</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 24.

<sup>653</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 27.

<sup>654</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 27.

<sup>655</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 28.

- i) a inaplicabilidade de medidas cautelares diversas de prisão deixaria os parlamentares em situação jurídica inferior à dos demais cidadãos no que se refere às garantias individuais, pois tais cautelares podem ser aplicadas para evitar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (CPP, art. 310, II), mas isso seria incompatível com a possibilidade da Casa Legislativa revisar também tais medidas<sup>656</sup>; e
- j) a competência das Casas Legislativas para sustar andamento de processo penal incidiria somente a **ações** (com recebimento de denúncia)<sup>657</sup>, não abarcando a possibilidade de sustar medidas cautelares cujo objetivo é a tutela da ordem pública<sup>658</sup> na fase pré-processual investigativa<sup>659</sup>.

Por sua vez, o relator para o acórdão, o ministro Alexandre de Moraes, sintetizando a posição prevalente no STF, defendia que:

- a) as imunidades parlamentares são institutos de vital importância para o princípio da separação dos Poderes<sup>660</sup>, e refletem a necessidade histórica do fortalecimento dos parlamentos contra o arbítrio, constituindo garantias similares às que os membros dos demais Poderes também possuem<sup>661</sup>;
- b) da mesma forma que “as imunidades parlamentares não podem ser interpretadas extensivamente”, também “não podem ser reduzidas, ignoradas, desprezadas ou interpretadas a partir de meras normas ordinárias ou pela aplicação vaga, imprecisa e genérica de princípios”<sup>662</sup>;
- c) o termo comum e usual em relação às imunidades parlamentares refere-se à prisão desde a Constituição do Império, pois tratava-se da única hipótese de afastamento cautelar do parlamentar federal<sup>663</sup>;

<sup>656</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 31-33.

<sup>657</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 34.

<sup>658</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 35.

<sup>659</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 36.

<sup>660</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 49.

<sup>661</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 42.

<sup>662</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 43.

<sup>663</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 48-49.

- d) diante disso, é inadmissível a prisão preventiva de parlamentares (CPP, art. 312), sendo que a criação, pela legislação de outras formas de medidas cautelares, prisões e afastamentos provisórios constituem apenas nova roupagem nominativa<sup>664</sup>;
- e) as imunidades parlamentares não podem ser restritas por meras leis ordinárias<sup>665</sup>;
- f) assim, a regra é que o parlamentar não pode sofrer qualquer afastamento cautelar, mas excepcionalmente pode ser preso em flagrante delito por crime inafiançável<sup>666</sup>;
- g) poderá o STF substituir a prisão em flagrante delito por crime inafiançável por medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319), mas que também dependerá da deliberação da respectiva Casa Legislativa<sup>667</sup>; e
- h) a suposta prática de crimes por parlamentares não autoriza a anulação das garantias e imunidades constitucionais<sup>668</sup>.

### 6.7.3. Análise

A decisão na ADI 5526 reflete uma disputa de posições sobre as imunidades parlamentares que se iniciara em 2015, com a prisão do senador Delcídio do Amaral (AC 4039), mas foi evoluindo com o afastamento do deputado Eduardo Cunha (AC 4070), o afastamento de Renan Calheiros da presidência do Senado Federal (AC 4293 e ADPF 402), até o afastamento do senador Aécio Neves (AC 4327).

Ao longo desta tese já analisamos individualmente a questão da prisão de parlamentar (seção 6.1.3), o afastamento cautelar do mandato parlamentar (seções 6.3.3.1 e 6.6.3) e o afastamento da função de presidente da Casa Legislativa (seções 6.3.3.2 e 6.4.3) e seus impactos com relação ao princípio da separação dos Poderes. Sendo assim, a seguir faremos a classificação das diferentes posições assumidas pelos ministros com relação à aplicação de medidas cautelares aos parlamentares. Tais posições foram se modificando conforme os casos

<sup>664</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 58.

<sup>665</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 60.

<sup>666</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 61-62.

<sup>667</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 61.

<sup>668</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 61.

(e se modificariam novamente no futuro), o que reflete falta de coerência individual, mas não prejudica sua classificação em abstrato.

Identificamos, a priori, três posições com relação à aplicação de medidas cautelares aos parlamentares:

- a) Impossibilidade de aplicação de medidas cautelares (CPP, arts. 312 e 319) em qualquer hipótese;
- b) Possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas de prisão (CPP, art. 319), **desde que** remetendo a decisão para apreciação da Casa Legislativa (CB1988, art. 53, §2º); e
- c) Possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas de prisão (CPP, art. 319), **sem** necessidade de remeter a decisão para apreciação da Casa Legislativa (CB1988, art. 53, §2º).

Todas as três posições, note-se, repudiam a possibilidade de prisão cautelar de parlamentar (CPP, 312). Passemos agora a analisar cada uma delas:

A primeira posição na ADI 5526, da não aplicação de medidas cautelares (CPP, arts. 312 e 319) em qualquer hipótese, foi a posição consensual no STF e na doutrina até 2015. Trata-se da posição deferente no mais alto grau às imunidades parlamentares. Não localizamos, antes da prisão do senador Delcídio Amaral, qualquer doutrina ou jurisprudência em sentido diverso (quanto à possibilidade de aplicabilidade de medidas cautelares à parlamentares federais). Na ADI 5526, esta posição foi assumida isoladamente pelo ministro Marco Aurélio<sup>669</sup>, o que foi incoerente com suas posições anteriores na AC 4070 (afastamento do deputado Eduardo Cunha), na AC 4293 e na ADPF 402 (afastamento de Renan Calheiros da presidência do Senado).

A segunda posição na ADI 5526 (vencedora) prevê que as cautelares diversas de prisão (CPP, art. 319) podem ser aplicadas a parlamentares, devendo obrigatoriamente ser remetidas à respectiva Casa Parlamentar, para que esta resolva sobre ela (a medida cautelar) nos termos do artigo 53, §2º, da Constituição Federal. Trata-se de posição “intermediária”, sendo menos deferente que a primeira (impossibilidade de aplicação de cautelares a parlamentares) e mais deferente que a terceira (possibilidade de aplicação de cautelares sem necessidade de remeter as medidas à decisão da casa legislativa). Ainda que “intermediária”, a segunda posição contém duas questões que são merecedoras de crítica.

<sup>669</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 199.

Inicialmente, todo o raciocínio formulado pelos ministros da segunda posição é de que as cautelares diversas de prisão (CPP, art. 319) são um substitutivo da prisão em flagrante por crime inafiançável, de modo que a impossibilidade de sua aplicabilidade nesta hipótese constituiria em prejuízo aos parlamentares e não um benefício. Apesar da clareza do raciocínio, a decisão final na ADI 5526 inclui também a possibilidade de aplicação autônoma de tais medidas em casos de “excepcional gravidade”<sup>670</sup>, o que representa evidente enfraquecimento das imunidades parlamentares.

Por fim, ainda que a segunda posição seja deferente ao prever que as medidas cautelares serão remetidas para que a respectiva Casa Legislativa resolva sobre ela (CB1988, art. 53, §2º), ainda assim não há como conciliar a possibilidade de suspensão do exercício do mandato parlamentar com o princípio da separação dos Poderes. Oras, ainda que a medida seja submetida à Câmara ou Senado, a composição da casa já teria sido alterada. Além disso, o beneficiário direto do afastamento (o suplente) teria participação na votação. Para mais, o Congresso Nacional, como Poder político por excelência, está sempre sob o olhar atento e as pressões exercidas pela opinião pública e pela imprensa, de modo que um afastamento cautelar de um parlamentar dificilmente seria avaliado em 24 horas com a devida imparcialidade por seus pares.

Em suma, a segunda posição da ADI 5526 é compatível com o princípio da separação dos Poderes apenas nas hipóteses que as medidas cautelares sejam substitutivas de prisão em flagrante, sendo sempre inconstitucional o afastamento cautelar do exercício do mandato parlamentar por tal via.

Já a terceira posição da ADI 5526 agride frontalmente o princípio da separação dos Poderes e usurpa diretamente a competência das Casas Legislativas para resolver sobre a aplicação das medidas cautelares. Tal posição foi defendida com base em suposta jurisprudência do STF de que as imunidades têm que ser interpretadas de maneira restritiva, mas sem indicar as decisões (o que foi questionado pelo ministro Gilmar Mendes).

Além disso, ora exigem que sejam repelidas as “concepções literalistas” das imunidades parlamentares<sup>671</sup>, ora sejam o afastamento de interpretações em hipóteses que não estejam expressamente previstas na Constituição<sup>672</sup> (ou seja, ambas são interpretações “literalistas”,

---

<sup>670</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 2.

<sup>671</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 21 e 22.

<sup>672</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 24.

ainda que em sentidos contrários). Os defensores desta posição ainda repudiam a interpretação extensiva da prerrogativa da Casa Legislativa em resolver sobre as medidas cautelares<sup>673</sup>, ao mesmo tempo que estão abertamente expandindo as prerrogativas do Poder Judiciário em aplicá-las, o que é totalmente incoerente (e que somente seria solucionado por uma interpretação “literalista” das prerrogativas). Por fim, ao mesmo tempo em que entendem ser impossível estender cláusulas constitucionais para hipóteses não expressamente previstas na Constituição<sup>674</sup>, na prática estão permitindo a aplicação, à parlamentares de medidas e/ou hipóteses não previstas na Constituição.

Apesar da contradição na argumentação, os defensores da terceira posição possuem ao menos o mérito de terem sido coerentes em suas posições nos demais casos relacionados (AC 4039, AC 4070, AC 4293 e ADPF 402 e AC 4327).

### **6.8. Alteração do regime da prerrogativa de foro dos parlamentares federais**

Em 03 de maio de 2018, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO)<sup>675</sup> alterou o regime de foro privilegiado. Até então, o regime de foro atingia todos os crimes contra os acusados, inclusive os praticados antes da investidura e sem relação com seu exercício. Com a nova tese, “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”<sup>676</sup>.

#### **6.8.1. Histórico**

A AP 937 QO foi proposta originalmente contra o deputado federal Marcos da Rocha Mendes, que teria praticado crime de captação ilícita de sufrágio quando era candidato a

<sup>673</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 27-28.

<sup>674</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017, p. 24.

<sup>675</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018.

<sup>676</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 2.

prefeito do município de Cabo Frio em 2008. O processo foi iniciado no Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ), uma vez que na ocasião o réu era prefeito, mas posteriormente foi deslocado para a primeira instância quando o mandato se encerrou. Em 2015, após apresentação das alegações finais na primeira instância, o réu foi diplomado deputado federal (como suplente), de modo que a competência foi deslocada para o STF. Em 2016, o réu Marcos da Rocha Mendes se afastou do mandato (o titular reassumiu), mas dias depois assumiu novamente, até assumir a cadeira em definitivo. Em 2017, após a instrução processual e inclusão do processo na pauta de julgamentos do STF, Marcos da Rocha Mendes renunciou ao mandato de deputado federal para assumir novamente a prefeitura de Cabo Frio (o que causaria novo deslocamento do foro).

Diante do deslocamento errante do foro aplicável ao réu Marcos da Rocha Mendes, o relator da AP 937 QO, ministro Roberto Barroso, propôs a questão de ordem para que houvesse manifestação do plenário do STF para “conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988” reformulando o sistema de foro por prerrogativa de função”<sup>677</sup>.

O tema foi levado à julgamento inicialmente em 31 de maio de 2017 e, após as sessões de 1º de junho de 2017, 31 de novembro de 2017, 02 de maio de 2018, em 03 de maio de 2018, o tribunal decidiu por maioria, nos termos do voto do relator Roberto Barroso, alterar o regime de foro. Foram vencidos em parte os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

#### 6.8.2. Decisão e fundamentos

A tese vencedora na AP 937 QO foi proposta pelo ministro Barroso nos seguintes termos:

- a) O sistema de foro por prerrogativa de função é disfuncional, por abranger “gente demais”, sendo necessária uma modificação legislativa<sup>678</sup>, pois o STF não é

---

<sup>677</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 4.

<sup>678</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 6.

vocacionado para julgamentos penais<sup>679</sup> e não desempenha adequadamente tais funções<sup>680</sup>, ocorrendo frequentes prescrições<sup>681</sup>;

- b) O sistema não encontra paralelo em outros países e nem mesmo na tradição brasileira (tendo sido introduzido para os parlamentares federais na Carta de 1969)<sup>682</sup>;
- c) A necessidade de um segundo grau de jurisdição também é prejudicada pelo sistema de foro privilegiado no STF<sup>683</sup>;
- d) Teria ocorrido mutação constitucional decorrente de mudança na realidade fática (mais de 500 processos criminais tramitando no STF) e na percepção do melhor Direito (sistema que não funciona)<sup>684</sup>;
- e) A restrição do sistema de prerrogativa de foro é mais adequada ao princípio da igualdade (pois seria um privilégio) e da República (pois causa impunidade)<sup>685</sup>;
- f) Trata-se de interpretação restritiva de uma exceção constitucional (a prerrogativa de foro é excepcional, pois a regra é o julgamento pelo juiz natural)<sup>686</sup>, que segue a jurisprudência do STF, seja quando revogou a súmula 394 (que conservava o foro mesmo após a autoridade deixar o mandato ou cargo)<sup>687</sup> ou quando restringiu a imunidade material dos parlamentares<sup>688</sup> e segue até mesmo a linha da emenda constitucional nº 35/2001 (que modificou o regime de imunidade formal dos parlamentares);
- g) O próprio STF possui precedentes em que restringe suas prerrogativas, tais como o entendimento de que só caberia ação direta de inconstitucionalidade contra leis editadas depois da Constituição de 1988, o entendimento de que a competência

<sup>679</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 8.

<sup>680</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 8.

<sup>681</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 9.

<sup>682</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 7.

<sup>683</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 11.

<sup>684</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 12.

<sup>685</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 14.

<sup>686</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 15.

<sup>687</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 16.

<sup>688</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 16.

do STF para decidir conflitos entre União e os estados refere-se apenas à conflitos federativos (excluindo outros tipos de disputa) e que o STF, com relação à ações envolvendo o CNPJ, julga apenas as ações constitucionais e as que haja prática de um ato positivo; e

- h) Concluindo que a prerrogativa de foro atinge apenas os atos praticados no cargo e em razão do cargo, é necessário fixar a partir de qual momento é fixada a jurisdição, sendo este o momento do final da instrução.

### 6.8.3. Análise

O regime de foro privilegiado dos deputados federais e senadores faz parte das imunidades parlamentares e, desta forma, é um aspecto relevante da separação dos Poderes. Tal regime previsto no artigo 53, parágrafo primeiro, da Constituição de 1988, que dispõe que “os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal” (sem quaisquer limitações temporais ou materiais).

Ainda que a questão do regime de foro privilegiado não esteja diretamente relacionada aos temas que estamos analisando (formação independente dos Poderes e auto-organização e estruturação interna básica independente), em especial, a AP 937 QO merece nossa atenção por dois motivos: a alteração das competências do STF e o caso Lula (MS 34070 e 34071).

O primeiro motivo pelo qual a AP 937 QO merece ser analisada é a declinação pelo STF de parte de suas competências. Ao declinar, o STF acaba por modificar as funções que lhe foram atribuídas pela Constituição, alterando o regime da separação dos Poderes (ainda que de maneira vertical, uma vez que as competências declinadas foram distribuídas dentro do próprio Poder Judiciário, ainda que em outras instâncias). Como se sabe, as atribuições dos Poderes são definidas pela Constituição e mudanças em tal estrutura são inconstitucionais caso atinjam o núcleo essencial do princípio da separação dos Poderes (sejam mudanças via emenda constitucional ou via interpretativa).

Além disso, o regime do foro privilegiado dos parlamentares federais (e outras autoridades, como ministros de Estado, os próprios ministros do STF, entre outros) é estabelecido de forma bastante direta e literal, constituindo uma evidente e indeclinável função do STF. Se qualquer outro órgão público tomasse por iniciativa própria a decisão de “declinar” uma de suas funções, certamente os agentes envolvidos estariam sujeitos à diversas sanções, inclusive penais (prevaricação). Em suma, o STF, por meio de uma mera questão de ordem em um caso concreto, realizou um controle abstrato de constitucionalidade para deliberadamente

alterar suas competências, o que é uma violação direta da “correção funcional” (conceito pelo qual o intérprete constitucional não pode modificar a distribuição de competências das funções do Estado<sup>689</sup>). Trata-se de evidente agressão ao princípio da separação dos Poderes.

O argumento levantado pelo ministro Barroso de que se trata de mutação constitucional também não é adequado. A mutação constitucional é uma mudança no sentido e alcance de um enunciado normativo constitucional que ocorre sem alteração formal do texto<sup>690</sup>. Tal fenômeno, contudo, encontra limites na própria Constituição, ou seja, a mutação deve respeitar os aspectos formais e materiais da Constituição, sob risco de tratar-se de mutação inconstitucional (por agredir a letra ou espírito da Constituição).

No caso da AP 937 QO, o STF deliberadamente modifica a divisão constitucional de competências por entender que o sistema do foro por prerrogativa é ruim e abrange pessoas demais<sup>691</sup>, e utilizando de forma genérica os princípios da igualdade e república, deliberaram por limitar o conteúdo textual do artigo 53, parágrafo primeiro, da Constituição de 1988. Note que não é feita qualquer interpretação individual deste dispositivo, pois nele os ministros não identificaram qualquer termo maleável que permitiria tal interpretação. Em suma, na AP 937 QO, o STF desrespeitou os limites formais do texto constitucional para impor uma alteração cujo único caminho possível seria via emenda constitucional e, neste processo, ainda violentou o princípio da separação dos Poderes.

O segundo motivo pelo qual a AP 937 QO merece ser analisada está relacionada ao caso da nomeação do ex-presidente Lula para ministro chefe da Casa Civil. No julgamento dos mandados de segurança 34070 e 34071, o ministro Gilmar Mendes deferiu liminar suspendendo a posse sob o argumento de que a finalidade da nomeação seria deslocar o foro de Lula para o STF, o que prejudicaria as investigações contra ele no âmbito da operação Lava Jato (na primeira instância).

Oras, como se vê, a conclusão vencedora na AP 937 QO é de que a prerrogativa de foro deveria se restringir aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo, vedando o deslocamento do foro após a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais em ação penal. Se fosse adotada esta tese no caso da nomeação de Lula como ministro, não haveria fundamento para suspender sua nomeação, uma vez que ele não era réu em ação penal alguma e, mesmo que o fosse, a competência não seria deslocada, uma vez que

<sup>689</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

<sup>690</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123.

<sup>691</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ (AP 937 QO)**. Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018, p. 6.

os fatos foram praticados anteriormente à nomeação para o cargo de ministro e não guardavam relação com ele. Não estamos com isso aderindo à tese vencedora na AP 937 QO, mas apenas apontando que o próprio STF (em caso diferente) propôs uma solução que, se aplicada ao caso de Lula, teria preservado a competência da presidenta da República na nomeação de seus ministros (sendo mais deferente ao princípio da separação dos Poderes quanto a isso). De fato, a decisão na AP 937 QO ocorreu posteriormente ao caso Lula, mas o fato é que uma questão de ordem também poderia ter sido suscitada naquele caso e nenhum dos ministros do STF manifestou qualquer entendimento quando a isso na ocasião.

Em suma, a mudança no regime de prerrogativa de foro é um tema frequente na jurisprudência do STF (em algumas vezes para manter réus sem foro no Supremo Tribunal Federal, como no caso do “Mensalão”, e em outros para enviar os processos para outras instâncias) e seria difícil identificar alguma coerência quanto a ele. Em todo caso, a análise da AP 937 QO evidencia que havia solução mais deferente para o caso da suspensão da posse de Lula como ministro chefe da Casa Civil.

#### **6.9. Suspensão da nomeação de Cristiane Brasil como Ministra do Trabalho (Rcl. 29508)**

Em 21 de janeiro de 2018, a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, julgou a medida cautelar na Reclamação nº 29.508/DF (Rcl. 29508)<sup>692</sup> e cassou decisão do ministro Humberto Martins, vice-presidente do STJ. A decisão cassada, por sua vez, havia suspenso tutela a deferida na Ação Popular nº 001786-77.2018.4.02.5102 da Quarta Vara Federal de Niterói/RJ<sup>693</sup>, no sentido de impedir a posse de Cristiane Brasil como ministra do trabalho<sup>694</sup>.

Em 8 de fevereiro de 2018, a ministra Cármen Lúcia julgou procedente a Rcl. 29508, de modo que o pedido de suspensão da liminar foi deslocado do STJ para o STF, mantendo a cassação anterior e, consequentemente, mantendo a liminar que impedia a posse de Cristiane Brasil.

##### **6.9.1. Histórico**

<sup>692</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018.

<sup>693</sup> RIO DE JANEIRO. Quarta Vara da Justiça Federal de Niterói. **Ação Popular nº 001786-77.2018.4.02.5102** (AP 001786-77.2018.4.02.5102). Antecipação de Tutela. Rio de Janeiro, 2018, 08/01/2018.

<sup>694</sup> LIMA, Martonio Mont’Alverde Barreto. **Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 282-283.

Em 3 de janeiro de 2018, o presidente da República Michel Temer nomeou Cristiane Brasil como ministra do trabalho<sup>695</sup>. Um grupo de três cidadãos brasileiros (membros do Movimento dos Advogados Trabalhistas Independentes) ingressou com ação popular na Quarta Vara da Justiça Federal de Niterói/RJ (AP 001786-77.2018.4.02.5102), com o objetivo de impedir a nomeação e posse de Cristiane Brasil. Segundo os autores, a nomeação ofenderia a moralidade pública, uma vez que ela, além de não possuir a expertise adequada ao cargo (não possuiria qualquer experiência relacionada com a pasta), teria praticado graves violações das leis trabalhistas, comprovadas em duas ações judiciais<sup>696</sup>. Em 8 de janeiro de 2019, o juiz da Quarta Vara Federal de Niterói deferiu a liminar, suspendendo a posse de Cristiane Brasil.

A União Federal recorreu da decisão ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mas não foi concedida a suspensão da liminar. A União recorreu novamente, para o Superior Tribunal de Justiça, onde o ministro Humberto Martins, vice-presidente do STJ no exercício da presidência, em 20 de janeiro de 2018, deferiu a suspensão da liminar deferida na ação popular, permitindo novamente a realização da posse de Cristiane Brasil.

Em 21 de janeiro de 2018, os autores da Ação Popular ingressaram no STF com a Rcl. 29508, apontando que teria ocorrido usurpação da competência do STF pelo STJ, uma vez que a ação popular teria natureza constitucional (relacionada à moralidade administrativa, ao princípio da separação dos poderes e à competência privativa do presidente da República para nomeação dos ministros de Estado).

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do STF, concedeu liminar na Rcl. 29508 em 21 de janeiro de 2018, revogando a decisão do STJ e restaurando a suspensão da posse de Cristiane Brasil. Em 8 de fevereiro de 2018, a ministra julgou procedente a reclamação e o caso foi deslocado para o STF. Em 22 de fevereiro de 2018, o presidente Michel Temer desistiu e tornou sem efeito a nomeação de Cristiane Brasil.

#### 6.9.2. Decisões e fundamentos

Na decisão em que deferiu a liminar suspendendo a posse de Cristiane Brasil até que fosse feita a análise do caso, o STF fundamentou-se no seguinte:

<sup>695</sup> RAMALHO, Renan. Cristiane Brasil contesta no STF suspensão de posse no Ministério do Trabalho. **G1**. Brasília, 31 jan. 2018.

<sup>696</sup> RIO DE JANEIRO. Quarta Vara da Justiça Federal de Niterói. **Ação Popular nº 001786-77.2018.4.02.5102** (AP 001786-77.2018.4.02.5102). Antecipação de Tutela. Rio de Janeiro, 2018, 08/01/2018, p. 1.

- a) O objetivo da reclamação constitucional é exclusivamente preservar a competência do STF (“não se presta a antecipar julgados, a atalhar julgamentos, a fazer sucumbir decisões”<sup>697</sup> e julgar o requerimento de suspensão de liminar (mas sem o exame específico de mérito); e
- b) A ausência da decisão reclamada impossibilita o conhecimento de seus fundamentos para assentar a competência do STJ<sup>698</sup>, de modo que seria temerário manter a posse antes de sua análise (com base no princípio da segurança jurídica)<sup>699</sup>.

Por sua vez, na decisão definitiva, na qual o STF julgou procedente a reclamação e determinou o encaminhamento definitivo do feito para o STF, mantendo a cassação do STJ por falta de competência, a fundamentação foi a seguinte:

- a) Reafirmou que a Reclamação não examina a questão jurídica posta em discussão na ação popular, ou seja, a validade ou não da nomeação de Cristiane Brasil como ministra do trabalho<sup>700</sup>;
- b) O critério para definição das competências é a natureza da fundamentação da decisão em questão (se constitucional ou infra)<sup>701</sup>;
- c) A decisão na Ação Popular fundamentou-se no princípio da moralidade administrativa (CB1988, art. 37, caput), sem fundamentos infraconstitucionais<sup>702</sup>;
- d) Ficou demonstrada a usurpação da competência do STF por parte do STJ.

### 6.9.3. Análise

As decisões que impediram a posse de Cristiane Brasil como ministra do Trabalho possuem algumas particularidades que as distinguem das anteriores (casos de Lula e Moreira Franco, já analisados nas seções 6.2 e 6.5, respectivamente).

Diferente dos casos de Lula e Moreira Franco, não houve impetração de mandado de segurança diretamente no STF, mas ajuizamento de ação popular na primeira instância da

<sup>697</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018, p. 6.

<sup>698</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018, p. 7-8.

<sup>699</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018, p. 8.

<sup>700</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018, p. 8.

<sup>701</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018, p. 10.

<sup>702</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018, p. 12-13.

Justiça Federal. Em tese, trata-se do procedimento apontado por Celso de Mello nos MS 34609 e no MS 34615, como sendo o mais correto.

Sendo assim, o que STF decidiu nos termos da Rcl. 29508 não foi o conteúdo da decisão (se Cristiane Brasil poderia ou não assumir o ministério), mas se a corte competente para julgar o recurso seria o STF ou o STJ (e decidindo, como sabemos, pelo STF). Deste modo, as decisões na Rcl. 29508 não abordam qualquer aspecto material relacionado à separação dos Poderes.

Salta aos olhos, novamente, o tempo das coisas. O tema estava em discussão no Judiciário desde 8 de janeiro de 2018, quando foi distribuída na Quarta Vara Federal de Niterói, que concedeu a liminar no mesmo dia. Entre 10 e 16 de janeiro, o Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região (TRF2) também julgou e rejeitou os recursos da União. Eis que, em 19 de janeiro de 2018 o caso chegou ao STJ, sendo a liminar suspensa em 20 de janeiro de 2018. No dia seguinte (em 21 de janeiro de 2018), a reclamação ao STF foi protocolada e a suspensão de liminar foi cassada, suspendendo novamente a posse (antes mesmo da decisão do STJ ter sido disponibilizada)<sup>703</sup>. É bastante questionável a velocidade com que o STF agiu para preservar sua competência (decidindo no mesmo dia), mas sem fazer qualquer análise da separação dos Poderes (e nem analisar a presença de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, elementos essenciais da antecipação de tutela).

Após isso, em 8 de fevereiro de 2018 houve o julgamento do mérito da Rcl. 29508, na qual foram revisados os fundamentos da ação popular e, em tese, também os recursos que incidiram sobre ela. Ainda assim, o STF não abordou o tema da separação dos Poderes e nem se haveria *periculum in mora* e *fumus boni iuris* em sentido contrário (ou seja, com prejuízo à decisão do Poder Executivo). O caso se prolongaria até 22 de fevereiro (data em que o presidente desistiu da nomeação), sem que o STF tenha avaliado o mérito da posse em si (em contraste com a decisão inicial de 21 de janeiro de 2018, tomada em poucas horas).

Novamente, recordamos que a fundamentação apresentada no MS 34609 e no MS 34615 afirmava que o decreto presidencial se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade, de modo que alegações em sentido contrário é que demandariam a comprovação (e não o inverso)<sup>704</sup>. No mesmo sentido, no MS 34609 e no MS 34615 reafirmou-se que “a mera

---

<sup>703</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018, p. 4-8.

<sup>704</sup> Segue o texto da fundamentação: “o decreto presidencial ora impugnado, à semelhança de qualquer outro ato estatal, reveste-se de presunção *juris tantum* de legitimidade, devendo prevalecer, por tal razão, sobre as afirmações em sentido contrário, quando feitas sem qualquer apoio em base documental idônea que possa infirmar aquela presunção jurídica”, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p.14.

nomeação para cargo de ministro não configura, por si, desvio de finalidade”<sup>705</sup>, sendo necessária prova inequívoca<sup>706</sup>. Em suma, a decisão na Rcl. 29508 desconsiderou estes fundamentos (de uma decisão ocorrida um ano antes) ao suspender a cassação da liminar, mantendo o impedimento da posse de ministro de Estado.

Sem pretender fazer qualquer defesa de Cristiane Brasil, ressaltamos que esta teve a posse impedida por haver contra si processos trabalhistas em curso (salvo engano, não houve condenação, uma vez que teria apresentado certidão negativa neste sentido<sup>707</sup>), o que não é elemento previsto no artigo 87 da Constituição. Por outro lado, o histórico de Moreira Franco (cuja posse havia sido preservada e que ostentava a condição de ministro na data de impedimento de Cristiane Brasil) possui elementos muito mais desabonadores (inclusive processos judiciais criminais).

#### 6.10. Avaliação Geral dos Casos Seleccionados

Os casos seleccionados neste capítulo foram escolhidos para avaliar a interferência do Supremo Tribunal Federal nos elementos da formação independente dos Poderes Executivo e Legislativo ou como da auto-organização e estruturação interna básica independente destes Poderes.

Após análise dos nove casos seleccionados, verificamos que a posição do STF sobre o tema não é consensual (as Turmas e os ministros possuem entendimentos bastante diferentes entre si) e nem coerente (seja individualmente, com ministros mudando de posição sem justificar o motivo, seja de forma institucional, com a Suprema Corte emitindo decisões diferentes em casos bastante semelhantes).

Com relação à formação independente e auto-organização do Poder Legislativo, dentre os casos seleccionados, o STF partiu inicialmente de uma posição bastante dura (no final de 2015), ao determinar a prisão do senador Delcídio do Amaral (AC 4039) e assim permaneceria nos casos do afastamento cautelar do deputado federal Eduardo Cunha (afastado de seu mandato parlamentar e do cargo de presidente da Câmara dos Deputados) (AC 4070) e no

---

<sup>705</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 17.

<sup>706</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017, p. 13.

<sup>707</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 03/01/2018, p. 4.

afastamento cautelar do senador Renan Calheiros (afastado do cargo de presidente do Senado Federal) (ADPF 402), ambas em 2016.

Com o afastamento do senador Calheiros, ocorre uma transformação no STF. Após a reação do Senado Federal (que se recusou a proceder com o afastamento de seu presidente), o STF modificou o entendimento majoritário que já havia se formado na ADPF 402 e cassou a cautelar de afastamento. Esta mudança evidenciaria a existência de ao menos duas linhas de pensamento no STF, uma mais e outra menos deferente à separação dos Poderes.

A disputa entre as duas linhas de pensamento no STF seria evidenciada novamente no afastamento do senador Aécio Neves (MS 34609 e MS 34615). O senador seria afastado cautelarmente do mandato em maio de 2017 (pelo ministro Edson Fachin), mas retomaria o mandato em junho (com a revogação da cautelar por ministro Marco Aurélio), sendo afastado novamente em setembro pela Primeira Turma do STF e retomando o mandato apenas em outubro de 2017 (por decisão do Senado Federal).

O tema seria debatido de forma abstrata em outubro de 2017 na ADI 5526, quando o plenário do STF assumiria uma posição “intermediária” sobre a aplicabilidade de cautelares aos parlamentares federais, admitindo a medida desde que encaminhadas à Casa Legislativa para que resolva sobre sua manutenção (tal qual ocorre com prisões, com fundamento no art. 53, § 2º, da Constituição). Ainda que “intermediária”, a decisão é bastante questionável sob o ponto de vista da separação dos Poderes (porém é uma posição mais deferente do que a defendida pela ala minoritária do STF na ocasião).

Com relação à formação independente e auto-organização do Poder Executivo, a posição do STF oscilou bastante nos poucos casos em que decidiu sobre o tema. Inicialmente a posição foi muito pouco deferente à separação dos Poderes, com o impedimento da posse de Lula como ministro chefe da Casa Civil em março de 2016 (MS 34070 e MS 34071). O fundamento seria evitar o deslocamento do foro de Lula para o STF, o que tumultuaria as investigações contra ele.

Cerca de um ano depois (fevereiro de 2017), em caso bastante semelhante, o STF não impediria a nomeação de Moreira Franco como ministro chefe da Secretaria-Geral da Presidência (MS 34609 e MS 34615), ainda que houvesse o mesmo “risco” de deslocamento de foro para o STF.

Em janeiro de 2018 a posição do STF seria totalmente diferente no caso de Cristiane Brasil, que teve a posse suspensa como ministra do trabalho devido a existência de processos trabalhistas contra ela (Rcl. 29508).

Por fim, em maio de 2018, o plenário STF modificaria o entendimento da corte sobre o regime de foro por prerrogativa de função (AP 937 QO). No julgamento de uma questão de ordem em uma ação penal, o STF adotaria novo entendimento, pelo qual foro por privilegiado se aplicaria apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhada e não mais seria deslocado após a instrução processual. Ainda que tal entendimento seja bastante questionável (conforme analisamos na seção 6.8.3), tal posicionamento poderia ter solucionado os casos de Lula e Moreira Franco de forma coerente (e mais deferente à separação dos Poderes no caso de Lula).

Antes de concluir, é importante ressaltar que a falta de coerência entre as decisões do STF em muito decorre do fato de terem sido concedidas por ministros ou turmas diferentes (por exemplo, o afastamento de Lula foi determinado por Gilmar Mendes, mas a posse de Moreira Franco foi garantida por Celso de Mello e a suspensão da posse de Cristiane Brasil foi determinada por Cármen Lúcia, sem decisão colegiada posterior). Mas, mesmo em decisões do plenário houve alterações de entendimento (com destaque para a ADPF 402). Em especial, alguns ministros oscilaram em posições deferente ou usurpadora a depender do caso concreto: Gilmar Mendes foi duro com Lula, mas deferente no caso das cautelares aplicáveis a parlamentares; Marco Aurélio votou pela preservação do mandato de Renan Calheiros e Aécio Neves, mas não o de Eduardo Cunha; o plenário que referendou por unanimidade o afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados preservou a presidência de Renan Calheiros, em decisão dividida; entre outros casos.

Em suma, seja por posições individuais ou institucionais, a posição do Supremo Tribunal Federal entre 2015 e 2018 foi pouco deferente à separação dos Poderes, interferindo diretamente na formação independente dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como da auto-organização e estruturação interna básica independente destes Poderes.

## 7. CONCLUSÃO

A separação dos Poderes é um dos **princípios estruturantes da Constituição de 1988**, possuindo um **conteúdo essencial absoluto e dinâmico**, o que configura em limitação material ao poder de reforma da Constituição e, conseqüentemente, é também um limitador da atuação ordinária dos três Poderes.

Enquanto princípio, a separação dos Poderes é um “mandamento de otimização”, ou seja, uma norma que deve ser aplicada sempre na maior medida possível, ainda que possa ser limitada por fatores concretos ou por outras normas (teoria externa). Ainda que as limitações de um princípio sejam possíveis, estas nunca podem violar seu conteúdo essencial.

A identificação do conteúdo essencial de um princípio estruturante requer a compreensão de seu sentido para toda a sociedade ou para a maioria dela (enfoque objetivo). O conteúdo essencial absoluto (consequência do enfoque objetivo) significa que este, uma vez identificado, não pode ser relativizado em qualquer situação. Por outro lado, ainda que absoluto, o conteúdo essencial da separação dos Poderes é dinâmico, ou seja, possui maleabilidade e capacidade de evoluir historicamente.

Assim, para estabelecer as características deste núcleo essencial é necessário identificar fatores históricos mundiais (tanto seu conceito político quanto sua adoção específica no Brasil), suas características constitucionais (com base na Constituição de 1988, mas também considerando sua evolução ao longo da história constitucional brasileira) e a prática concreta da relação entre os Poderes (com destaque para a atuação do STF).

O próprio conceito de separação dos Poderes é, em realidade, o resultado de uma longa evolução histórica, que combinou conceitos da Idade Antiga (**constituição mista**), da Idade Média (**monarquia mista**) e da Idade Moderna (**equilíbrio de Poderes**). Tais conceitos originalmente buscavam garantir o equilíbrio social entre ordens/classes distintas e não necessariamente entre órgãos/Poderes do Estado.

Todos estes conceitos foram condensados na Inglaterra pós-revoluções, cuja racionalidade foi brilhantemente captada (ou definida) por John Locke, o primeiro teórico a identificar as **diferentes funções do Estado**.

Também inspirada na Inglaterra, Montesquieu apresentou sua teoria da **tripartição dos Poderes** que, ainda que também buscasse o equilíbrio de ordens/classes sociais, permitiria o desenho de uma estrutura na qual os órgãos/Poderes do Estado se equilibrariam.

Rousseau, por outro lado, defensor maior da soberania popular, defenderia a sociedade sem ordens estáticas, na qual o Parlamento seria o Poder supremo. Ou seja, uma separação dos Poderes sem equilíbrio entre os diversos órgãos do Estado.

Após sua revolução, os Estados Unidos adotaram o desenho de Montesquieu para redigir sua Constituição, prestigiando a tripartição dos Poderes, equilibrados entre si e sem supremacia de qualquer um deles.

Na Revolução Francesa, ainda que a primeira constituição também tenha adotado ideias inspiradas em Montesquieu, as ideias de Rousseau acabariam por prevalecer. E, por um breve período, adotaria a teoria de Benjamin Constant (Poder Neutro/ Real).

O resultado de tudo foi o surgimento de dois modelos de separação dos Poderes, que se tornariam predominantes a partir do século XIX.

O primeiro modelo da separação dos Poderes, típico do parlamentarismo, foi adotado principalmente na Europa Continental após a Revolução Francesa. Trata-se do modelo no qual há separação dos Poderes, mas sob a supremacia do Poder Legislativo. O foco da separação dos Poderes é garantir o controle (pelo Parlamento) das pessoas que exercem as funções do Estado (controle primário), ou seja, há bastante interferência e interrelação na formação orgânica dos Poderes (inclusive com acúmulo de cargos). Podemos chamar este de modelo democrático da separação dos Poderes, tendo Rousseau como seu principal inspirador.

O segundo **modelo da separação dos Poderes, típico do presidencialismo**, foi adotado inicialmente pelos EUA. Neste modelo, há **pluralismo dos centros de Poder**, sendo mantida o **equilíbrio sem supremacia** de qualquer um deles, para limitar o poder do Estado em si e preservar a liberdade dos cidadãos (uma separação técnico-organizativa no interior do próprio Estado). Assim, o foco da Separação seria o controle recíproco dos atos dos Poderes pelos demais (controle secundário), **evitando interferências** diretas na atuação e na formação de um Poder pelos demais, **exceto pelos “freios e contrapesos”**. Vale observar que, na prática não há equilíbrio permanente, mas predominância cíclica de cada um dos Poderes. Podemos chamar este de modelo liberal da separação dos Poderes, tendo Montesquieu como seu principal inspirador (mas com foco nos Poderes do Estado e não na separação social).

Ao longo do tempo, ambos os modelos da separação dos Poderes também sofreriam nova evolução, especialmente no que se refere ao papel do Poder Judiciário. Diferente do Poder Nulo preconizado por Montesquieu, o Judiciário assumiria grande protagonismo, seja pela *Judicial Review* (após Marbury x Madison), seja pela defesa e concretização dos Direitos Fundamentais (especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com bastante influência do constitucionalismo alemão).

Mesmo hoje, há quem considere (por exemplo, Bruce Ackerman) que a dualidade clássica entre as versões parlamentarista e presidencialista de separação dos Poderes seja insuficiente para classificar todos os modelos e que uma nova separação dos Poderes pode (ou deve) ser concebida.

A separação dos Poderes no Brasil assumiu características próprias, ainda que tenha recebido diversas influências estrangeiras. A rigor, parte-se de um modelo que combina as ideias da primeira constituição da Revolução Francesa (transportadas por inspiração da constituição de Cádiz) com a teoria do poder neutro de Benjamin Constant (o Poder Moderador).

Após a Proclamação da República, o Brasil adota um modelo presidencialista de separação dos Poderes, inspirado na constituição norte-americana e que evolui por três cláusulas-parâmetro (com suas respectivas exceções e particularidades): independência e harmonia entre os Poderes; indelegabilidade de atribuições dos Poderes (vedação de que um dos Poderes delegue suas atribuições a outro); e inacumulabilidade de funções (vedação para que o integrante de um dos Poderes exerça qualquer função em outro Poder).

A cláusula-parâmetro de independência e harmonia entre os Poderes implica em um espaço mínimo e máximo de independência para a atuação de um dos Poderes perante os demais, bem como os instrumentos necessários para garantir a independência ou para garantir a manutenção do equilíbrio (os freios e contrapesos, necessários caso algum dos Poderes não atue “de concerto”).

**Como resultado desta evolução no Brasil, é possível quatro elementos garantidores da independência dos Poderes:** (a) formação independente (capacidade de cada Poder se estabelecer sem interferência dos outros Poderes); (b) livre exercício de suas atribuições (um mínimo de competências próprias, exclusivas e/ou privativas de cada um dos Poderes, que exercer discricionariamente suas faculdades, sem depender da autorização dos demais Poderes); (c) auto-organização e estruturação interna básica independente (competência de cada um dos Poderes para se auto-organizar e administrar internamente, incluindo a capacidade de regulamentando sua própria estrutura e a competência para nomear os próprios servidores, sem interferência dos demais Poderes em qualquer dos casos); e (d) condições que permitam a atuação e o funcionamento independentes ou autônomos (aspectos que sejam necessários para viabilizar os demais elementos citados, tais como recursos financeiros, entre outros).

Em especial, a Constituição de 1988 ampliou bastante as hipóteses de interferência de um dos Poder nas atribuições dos demais. Por outro lado, a Constituição de 1988 reforçou bastante os elementos garantidores de independência e autonomia interna de cada um dos

Poderes, e, em especial, fortaleceu a formação independente, a auto-organização e as condições de autonomia.

No desenho institucional da Constituição de 1988, **ao STF foi atribuído um papel central como tribunal constitucional**, especialmente para garantir a concretização dos direitos fundamentais. **De 1988 até hoje, a postura do STF se alterou bastante**: no período imediatamente após a promulgação da Constituição, o STF apresentou uma postura omissa diante de suas atribuições; durante os anos 1990, o STF assumiu uma postura deferente (respeitosa aos outros Poderes); ao longo dos anos 2000, o STF passou uma postura responsiva; porém, a partir de 2013, o STF adotou uma postura usurpadora e praticando o “duro jogo constitucional” (rompendo com a regra não escrita da reserva institucional).

Em particular, **a partir da crise institucional iniciada em 2015, o STF passou a investir diretamente contra os Poderes Executivo e Legislativo**, atentando contra a formação independente e auto-organização destes Poderes (o que constitui violação do conteúdo essencial da separação dos Poderes).

O STF investiu contra a formação independente do Poder Legislativo, nos casos da prisão do senador Delcídio do Amaral (AC 4039), no afastamento cautelar do deputado federal Eduardo Cunha do mandato parlamentar (AC 4070), no afastamento do senador Aécio Neves do mandato parlamentar (MS 34609 e MS 34615) e na decisão sobre aplicabilidade de cautelares aos parlamentares federais (ADI 5526).

Exceto por questões exclusivamente eleitorais (a cargo da Justiça Eleitoral), o Poder Judiciário não tem competência para mudar ou interferir na composição do Congresso, seja pela nomeação de parlamentares ou pela cassação de mandatos. A Constituição de 1988 traz uma lista taxativa de seis hipóteses de perda do mandato parlamentar (CB88, art. 55), de modo que qualquer outra hipótese é inconstitucional (inclusive por via indireta, como a prisão fora dos parâmetros do artigo 53, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988). A aplicabilidade, à parlamentares federais, do artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal (medida cautelar de suspensão do exercício de função pública) é descabida, pois inverte a lógica de um dos mais básicos postulados hermenêutico-constitucionais, que é a supremacia da Constituição (o CPP, art. 319, VI, é que deve ser interpretado conforme a Constituição e não o contrário).

O STF investiu contra a auto-organização do Poder Legislativo, nos casos do afastamento cautelar do deputado federal Eduardo Cunha da função de presidente da Câmara dos deputados (também na AC 4070) e no afastamento cautelar do senador Renan Calheiros da função de presidente do Senado Federal (ADPF 402). Reconhece-se ao Poder Judiciário a possibilidade de realizar o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos parlamentares

(inclusive *interna corporis*), de modo que eventuais ilegalidades praticadas pelos presidentes da Câmara e do Senado podem ser impedidas individualmente pelo STF, sem necessidade de grave interferência na mesa administrativa de cada uma das casas. Adicionalmente, o STF também subverte a lógica constitucional ao criar um requisito adicional para o exercício de função de presidente da República pelos presidentes dos demais Poderes (regra inexistente no texto da Carta Magna), sendo que a condição de réu sequer é causa de inelegibilidade para o cargo presidente da República.

Por sua vez, o STF atuou contra formação independente e auto-organização do Poder Executivo nos casos do impedimento da posse de Lula como ministro chefe da Casa Civil em março de 2016 (MS 34070 e MS 34071) e de Cristiane Brasil como ministra do trabalho (Rcl. 29508). Destoa entre estas a decisão que não impediu a nomeação de Moreira Franco como ministro chefe da Secretaria-Geral da Presidência (MS 34609 e MS 34615).

A nomeação de ministros é ato de competência privativa do presidente da República (CB1988, art. 84), podendo ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, mas somente quanto à legalidade ou constitucionalidade do ato. Oras, a ausência de condição de investigado (ou até mesmo réu) não consta entre os requisitos formais previstos na Constituição para o exercício do cargo de ministro (CB1988, art. 87). Quanto ao possível desvio de finalidade de tais nomeações, seria necessário então concluir que o próprio STF entendia ser ele um foro com tendências à impunidade dos réus julgados perante ele.

Já a decisão na qual o STF modificou seu entendimento sobre a regime de foro por prerrogativa de função (AP 937 QO) possui duas dimensões. Por um lado, trata-se de evidente enfraquecimento das imunidades dos deputados federais e senadores (o que parece ser seu objetivo principal). Por outro lado, tal mudança quanto ao foro poderia solucionar (de forma deferente aos outros Poderes) casos como os da posse de ministros que respondiam a processos judiciais (uma vez que não haveria deslocamento de jurisdição, permitindo a posse sem percalços), porém tal entendimento nunca foi utilizado neste sentido.

Conclui-se assim que, durante o período de 2014-2018, a atuação do STF violou o princípio da separação dos Poderes (em especial os elementos da formação independente e a auto-organização dos Poderes Executivo e Legislativo). Isso, contudo, não significa o fim da história, pois **o diálogo interinstitucional entre os Poderes sempre permite uma nova rodada procedimental**. Assim, como reflexo do desequilíbrio na separação dos Poderes causado pelo STF, três cenários podem suceder: supremacia do STF; reações sociais e intuicionais à atuação do STF (*backlash*); ou controle do STF por(pelos) outro(s) Poderes.

O primeiro cenário é expansão sem limites dos poderes do Supremo Tribunal Federal, resultando na supremacia do STF, ou seja, um regime sem equilíbrio entre os Poderes, no qual o Judiciário possui prevalência sobre os demais. Trata-se de enfraquecimento da democracia, uma vez que o Poder Judiciário não está submetido ao controle popular por meio de eleições (já que é o representante da função contramajoritária do Estado). Tal cenário representa uma forma de regime híbrido, que, na melhor das hipóteses, constituiria um “liberalismo antidemocrático”, ou seja, um sistema que garante os direitos da população, mas sem considerar suas opiniões para direcionar o Estado.

O segundo cenário é a explosão cada vez mais constante de *backlash* e reações à atuação do STF. O *backlash* constante implica na quebra da institucionalidade ou enfraquecimento do Poder Judiciário. O Estado de Direito pressupõe o respeito às decisões do Judiciário, de modo que, ainda que as reações possam ser legítimas de conteúdo, a forma não institucional destas reações representa o enfraquecimento do sistema.

Por fim, o terceiro cenário é o que os demais Poderes tentam conter ou limitar definitivamente a ação dos tribunais constitucionais (captura dos árbitros). O controle do STF por parte de um ou dos demais Poderes é uma das formas mais típicas de erosão democrática. O resultado de tal processo em geral é um regime híbrido de “democracia iliberal” (em que os governantes não encontram mais limites enquanto atendem às aspirações populares) ou em regime autoritário em sentido estrito (que costuma ser o desenvolvimento da “democracia iliberal”).

Como se vê, nenhum dos três cenários é positivo sob o ponto de vista democrático. Além disso, o que já se viu no período imediatamente posterior ao que analisamos (2014-2018) é uma demonstração de que os inimigos da democracia se aproveitam dos erros institucionais do STF para atacar as decisões corretas da corte. Não é por menos que o STF se tornou alvo preferencial dos grupos bolsonaristas.

Em suma, ao contribuir para o desequilíbrio da separação dos Poderes, **a postura do STF pode estar intensificando a crise da democracia brasileira**<sup>708</sup>.

---

<sup>708</sup> Ao concluir, é necessário deixar um esclarecimento: a crítica desenvolvida nesta tese refere-se exclusivamente aos temas selecionados (formação independente e auto-organização dos Poderes) e ao período indicado (2015-2018). Ressaltamos que tal crítica à atuação do STF não se estende a outras situações, especialmente as situações em o STF exerceu suas competências de maneira correta e constitucionalmente fundamentada. Por exemplo, em nosso entendimento, não houve violação à separação dos Poderes nos casos em que o STF buscou a concretização de direitos fundamentais, nem quando julgou em defesa do princípio federativo (especialmente nos casos envolvendo as medidas de combate à pandemia) ou quando atuou em defesa da democracia (tantas vezes ameaçada pelo governo federal entre 2019-2022).

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ACKERMAN, Bruce. **Adeus, Montesquieu**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.
- ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- ALEMANHA [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949**. Disponível em: [https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_01-245122](https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122). Acesso em: 06 set. 2020.
- ALEXEEVA, Tatiana A.. **Constitución de Cádiz en Rusia**. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, N°. 6, p. 189-203, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5517327>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALVES, Cleber Francisco. **A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45 n. 180, p. 65-75, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176563>. Acesso em: 27 dez. 2021.
- AMADO, Guilherme. Juiz suspende por liminar nomeação de Moreira Franco para ministro. **Blog do Lauro Jardim**. Rio de Janeiro, 08 fev. 2017. Disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/juiz-suspende-por-liminar-nomeacao-de-moreira-franco-para-ministro.html>. Acesso em 23 abr. 2023.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2018.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.
- AS mensagens secretas da Lava Jato. **The Intercept Brasil**. Disponível em <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>. Acesso em 28 abr. 2023.
- BARBOSA, Maria Lúcia; ALLAIN TEIXEIRA, João Paulo. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação**. Revista Direito e Práxis, v. 8, p. 1113-1142, 2017.
- BARBOSA, Bernardo; AMORIM, Felipe. Marco Aurélio Mello será relator de processo contra Aécio no STF. **Uol**. Brasília, 31 mai. 2017. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/31/marco-aurelio-mello-sera-o-relator-de-processo-contr-aecio-no-stf.htm>. Acesso em 23 abr. 2023.

BARRETTO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vitor Pimentel. **¡Viva la Pepa!: A História não Contada da Constitución Española de 1812 em Terras Brasileiras**. Revista IHGB, Rio de Janeiro, a.173 (452): 201-223, jul./set., 2011. Disponível em: <https://www.ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-452/item/108334-viva-la-pepa-a-historia-nao-contada-da-constitucion-espanola-de-1812-em-terras-brasileiras.html>. Acesso em: 23 jan. 2021

BARROSO, Luís Roberto. **A razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, p. 23-50. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BERGAMO, Mônica. Teori ficou enfurecido com decisão de Lewandowski e decidiu dar liminar. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 05 mai. 2016. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/columnas/monicabergamo/2016/05/1768015-teori-ficou-enfurecido-com-decisao-de-lewandowski-e-decidu-dar-liminar.shtml>. Acesso em 22 out. 2022.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Constituição de Cádiz de 1812**. Revista de informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação, v. 50, n. 198, p. 87–110, abr./jun., 2013. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril\\_v50\\_n198\\_p89.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p89.pdf). Acesso em: 15 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BOMFIM, Camila. Fachin manda afastar Aécio das funções de senador. **G1**. Brasília 18 mai. 2017. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/fachin-manda-afastar-aecio-neves-do-mandato-de-senador.ghtml>. Acesso em 23 abr. 2023.

BRASIL [Constituição (1946)]. **Emenda Constitucional nº 04, de 2 de setembro de 1961**. Institui o sistema parlamentar de governo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc04-61impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc04-61impressao.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1946)]. **Emenda Constitucional nº 06, de 23 de janeiro de 1963**. Revoga e Emenda Constitucional nº 4 (Ato Adicional) e restabelece o sistema presidencial de governo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc06-63.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc06-63.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Disponível

em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc16-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm). Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso: 10 já. 2021.

BRASIL [Constituição (1891)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1934)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1969)]. **Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.** Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.** Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm) . Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 14/02/2021.

BRASIL. **Decreto de 26 de março de 1824**. Manda proceder à eleição dos Deputadas e Senadores da Assembléa Geral Legislativa e dos Membros dos Conselhos Geraes das Províncias. Disponível em: <http://www.ibrade.org/wp-content/uploads/2018/03/Decreto-de-26-de-mar%C3%A7o-de-1824.compressed.pdf> . Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto Imperial do Brasil nº 523, de 20 de julho de 1847**. Crea hum Presidente do Conselho dos Ministros. Disponível: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-523-20-julho-1847-560333-publicacaooriginal-83096-pe.html> . Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 21.076/32, de 24 de fevereiro de 1932**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890**. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625> . Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 01, de 17 de julho de 1962 ao Ato Adicional**. Complementa a organização do sistema parlamentar de Govêrno, e estabelece outras disposições. Complementa a organização do sistema parlamentar de Govêrno, e estabelece outras disposições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp01-62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp01-62.htm) . Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 02, de 16 de setembro de 1962 ao Ato Adicional**. Dispõe sobre a vacância ministerial, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp02-62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp02-62.htm) . Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei delegada nº 12, de 7 de agosto de 1992**. Dispõe sobre a instituição de Gratificação de Atividade Militar para os servidores militares federais das Forças Armadas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Ldl/Ldl12.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Ldl/Ldl12.htm) . Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Lei delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992**. Institui Gratificações de Atividade para os servidores civis do Poder Executivo, revê vantagens e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Ldl/Ldl13.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Ldl/Ldl13.htm) . Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Lei de 1º de outubro de 1828**. Dá nova fôrma ás Camaras Municipaes, marca suas attribuições, e o processo para a sua eleição, e dos Juizes de Paz. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-1-10-1828.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-1-10-1828.htm) . Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm) . Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 15, de 26 de novembro de 1945.** Dispõe sobre os poderes da Assembléia Constituinte e do Presidente da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCT/LCT015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT015.htm) . Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm) . Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2017, 30/06/2017. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/6/art20170630-05.pdf> . Acesso em 04 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Acórdão no Terceiro Agravo de Regimento. Relator: Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 2017, 26/09/2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13946959> . Acesso em 04 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Habeas Corpus nº 112.454/PE** (HC 112454). Relatora: Rosa Weber. Brasília, 2013, 19/03/2013. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3625670> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Primeira Turma). **Habeas Corpus nº 89.417-8/RO** (HC 89417). Acórdão. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2006, 22/08/2006. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395000> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.039/DF** (AC 4039). Decisão monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2015, 25/11/2015. [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao\\_Cautelar\\_4039.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf) . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.039/DF** (AC 4039). Referendo. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2015, 25/11/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10947788> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Cautelar nº 4.293/DF** (AC 4293). Decisão Monocrática, Relator: Edson Fachin. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Ação Penal nº 1.018/DF** (AP 1018). Relator: Edson Fachin. Brasília, 2018, 18/09/2018. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748852403> . Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Habeas Corpus nº 101.095/SC** (HC 101095). Relator: Gilmar Mendes, Brasília, 2010, 31/08/2010. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614461> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF (Segunda Turma). **Habeas Corpus nº 96.431/RJ** (HC 96431). Acórdão. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 2009, 14/04/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=592550> . Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. “**Habeas Corpus**” nº **152.752-PR** (HC 152.752). Acórdão. Relator: Edson Fachin. Brasília, 2018, 04/04/2018. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Referendo. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 05/05/2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899283> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.070/DF** (AC 4070). Decisão Monocrática. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2016, 04/05/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf> . Acesso em 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Cautelar nº 4.329/DF** (AC 4329). Decisão monocrática. Relator: Edson Fachin. Brasília, 2017, 18/05/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311849068&ext=.pdf> . Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43** (ADC 43). Acórdão. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2019, 07/11/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44** (ADC 44). Acórdão. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2019, 07/11/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54** (ADC 54). Acórdão. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2019, 07/11/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983** (ADI 4983). Acórdão. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2016, 06/10/2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF** (ADI 5526). Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Brasília, 2017, 11/10/2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228> . Acesso em 04 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF** (ADI 4277). Acórdão. Relator: Ayres Britto. Brasília, 2011, 05/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581** (ADI 5581). Acórdão. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2020, 04/05/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754289197> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Penal nº 396/RO** (AP 396). Questão de Ordem. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, 2013, 26/06/2013. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4622946> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Penal nº 470** (AP 470). Vigésimo Sexto Agravo de Regimento. Acórdão. Relator: Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 2013, 18/09/2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276407> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Acórdão. **Inquérito nº 3.983/DF** (Inq. 3983). Relator: Teori Zavaski. Brasília, 2016, 03/03/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10940248> . Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2016, 05/12/2016. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/12/05/leia-a-integra-da-decisao-do-ministro-do-stf>. Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF** (ADPF 402). Referendo na Medida Cautelar. Relator: Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Celso de Mello. Brasília, 2016, 07/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ** (ADPF 132). Acórdão. Relator: Ayres Britto. Brasília, 2011, 05/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54** (ADPF 54). Acórdão. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 2012, 12/04/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> . Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378** (ADPF 379). Acórdão. Relator: Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 2012, 12/04/2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=104445824> . Acesso em 28 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Inquérito n 2.593/DF** (Inq. 2593). Acórdão. Relator: Edson Fachin. Brasília, 2016, 01/12/2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268822> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Inquérito nº 510-0/143/DF** (Inq 510). Acórdão. Relator: Celso de Mello. Brasília, 1991, 01/02/1991. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80580> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF** (MS 34070). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf> . Acesso em 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.071/DF** (MS 34071 MC). Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2016, 18/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.609/DF** (MS 34609). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311226749&ext=.pdf> . Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Segurança nº 34.615/DF** (MS 34615). Medida Cautelar. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2017, 14/02/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311226794&ext=.pdf> . Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ** (AP 937 QO). Acórdão. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2018, 03/05/2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078> . Acesso em 04 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 29.508/DF** (Rcl. 29508). Medida Cautelar. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2018, 21 jan. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313583080&ext=.pdf> . Acesso em 20 abr. 2023.

CALGARO, Fernanda; RAMALHO, Renan. GARCIA, Gustavo. Câmara cassa mandato de Eduardo Cunha por 450 votos a 10. **G1**. Brasília, 12 set. 2016. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/camara-cassa-mandato-de-eduardo-cunha-por-450-votos-10.html>. Acesso em 23 abr. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Biblioteca Digital. Collecção das Leis do Brazil de 1821. Parte 2 (Decretos, Cartas e Alvarás). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, p. 69-70. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Biblioteca Digital. **Collecção das Leis do Brazil de 1821**. Parte 2 (Decretos, Cartas e Alvarás). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder Neutro e razão de Estado em Benjamin Constant**. Revista de Ciências do Estado, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 1-20, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e5150>. Acesso em: 27 dez. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra. Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg. Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 13-110, 2001.

CARAM, Bernardo. Osmar Serraglio reassume mandato de deputado federal. **G1**. Brasília, 01 jun. 2017 Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/osmar-serraglio-reassume-mandato-de-deputado-federal.ghtml> . Acesso em 23 abr. 2023.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a nossos dias**. Tradução Lydia Christina. 3ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. **Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 39, n. 80, 2019, p. 123-150. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/58732>. Acesso em 13 abr. 2020.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução e notas Amador Cisneiros. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2011.

COITINHO FILHO, R.A.; RINALDI, Alessandra. **O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”: onde os direitos e as moralidades se cruzam**. CIVITAS: REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS (IMPRESSO), v. 18, 2018, p. 26-42. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/civitas/v18n1/1519-6089-civitas-18-01-0026.pdf>. Acesso em 24 jun. 2020.

CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**. Paris: A. Eymery, 1815. Disponível em Disponível em: <https://play.google.com/store/books/details?id=LyUVAAAAQAAJ>. Acesso em: 27 dez. 2021.

CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle**. Paris: H. Nicolle, 1814. Disponível em: [https://play.google.com/store/books/details/Benjamin\\_de\\_Constant\\_de\\_Rebecque\\_R%C3%A9flexions\\_sur\\_le?id=4LIUAAAAQAAJ](https://play.google.com/store/books/details/Benjamin_de_Constant_de_Rebecque_R%C3%A9flexions_sur_le?id=4LIUAAAAQAAJ). Acesso em: 25 dez.2021.

DAL RI, Luciene. **Do poder neutro ao poder moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 105-132, jan./mar. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1125>. Acesso em: 27 dez. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual**. Revista de Estudios Brasileños, ano 1, v. 1, n. 1, p. 81-96, 2º semestre, 2014 Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/reb/article/view/98527/97205>. Acesso em: 13 mar. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DALY, Tom Gerald. **The Alchemists** (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge University Press. Edição do Kindle, 2017.

DIAMOND, Larry. **Facing Up to the Democratic Recession**. Journal of Democracy, Volume 26, Number 1, January 2015, p. 141-155. Disponível em <https://www.journalofdemocracy.org/articles/facing-up-to-the-democratic-recession/>. Acesso em 22 jun. 2020.

DREWS, Claudia. **Die Wesengehaltsgarantie des Art, 19, II, GG**. Baden-Baden: Nomos, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPANHA. [Constituição (1812)]. **Constitución Política de la Monarquía Española**. Disponível em [https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf). Acesso em 18 abr. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA [Constituição (1787)]. **Constitution of the United States**. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 29 dez. 2021.

FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. Fachin anula condenações de Lula relacionadas à Lava Jato; ex-presidente volta a ser elegível. **G1**. Brasília, 08 mar. 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/08/fachin-anula-condenacoes-de-lula-relacionadas-a-operacao-lava-jato.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2023.

FARACO, Marina. **Deixando de lado o 'ativismo' e a 'autocontenção' judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988**. Revista do Advogado, v. 1. São Paulo, AASP, 2018. Disponível em [https://www.academia.edu/attachments/59729362/download\\_file?st=MTU5MzA5MDIxOCw0NS4xNzUuMzIuMTIwLDEwNjAwOTMwNg%3D%3D&s=profile](https://www.academia.edu/attachments/59729362/download_file?st=MTU5MzA5MDIxOCw0NS4xNzUuMzIuMTIwLDEwNjAwOTMwNg%3D%3D&s=profile). Acesso em 25 jun. 2020.

FARIA, Adriana Ancona. **O Ativismo Judicial do STF no Campo Político-Eleitoral: Riscos Antidemocráticos**. Orientador: Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos. 2013. 171 f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6144>. Acesso em: 23 jan. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDconst, 2011a, p. 95-113. Disponível em <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/fab049601bee4ee924a7748c78505570.pdf>. Acesso em 23 abr. 2023.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de Poderes: O Poder Legislativo de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodium, 2019.

FRANÇA [Constituição (1791)]. **Constitution de 1791**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Acesso em: 29 dez. 2021.

FRANÇA [Constituição do Ano I (1793)]. **Constitution du 24 juin 1793**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793>. Acesso em: 29 dez. 2021.

FRANÇA [Constituição do Ano III (1795)]. **Constitution du 5 Fructidor An III**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-5-fructidor-an-iii>. Acesso em: 29 dez. 2021.

FRANÇA. [Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão]. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 18 abr. 2023.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2006: the annual survey of political rights and civil liberties**. Washington, D.C., 2006. Disponível em [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/Freedom in the World 2006 complete book.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/Freedom%20in%20the%20World%202006%20complete%20book.pdf). Acesso em 2 mar.2022.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2022: the global expansion of the authoritarian rule**. Washington, D.C., 2022. Disponível em [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2022-02/FIW 2022 PDF Booklet Digital Final Web.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2022-02/FIW%202022%20PDF%20Booklet%20Digital%20Final%20Web.pdf). Acesso em 25 mar.2022.

GARCIA, Gustavo; CALGARO, Fernanda. Senado cassa mandato de Delcídio por 74 votos a favor e nenhum contra. **G1**. Brasília 10 mai. 2016. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/05/senado-cassa-mandato-de-delcidio-por-74-votos-favor-e-nenhum-contra.html>. Acesso em 23 abr. 2023.

GARCIA, Gustavo; FALCÃO Márcio. Ato pró-Bolsonaro em Brasília reúne manifestantes em defesa de medidas inconstitucionais. **G1**. Brasília, 31 mai. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/31/manifestantes-fazem-ato-em-brasilia-em-apoio-a-bolsonaro-e-em-defesa-de-medidas-inconstitucionais.ghtml>. Acesso em 23 abr. 2023.

GARCIA, Janaína. Juíza dá liminar contra posse de Moreira Franco e ironiza Temer: "mestre". **Uol**. São Paulo, 09 fev. 2017. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/02/09/segunda-liminar-em-menos-de-24h-contesta-posse-de-moreira-franco.htm>. Acesso em 30/10/2022.

GASPARI, Élio. **A Ditadura Envergonhada**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

GRUPO de apoiadores de Bolsonaro lança fogos de artifício contra o prédio do STF. **G1**. Brasília, 14 jun. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/14/grupo-de-apoiadores-de-bolsonaro-lanca-fogos-de-artificio-contr-o-predio-do-stf.ghtml>. Acesso em 23 abr. 2023.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para à interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUS, Débora Sögur et al. Bastam um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 21 out. 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml>. Acesso em 23 abr. 2023.

HUNTINGTON, Samuel. **A Terceira Onda: a democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994.

JEFFERSON, Thomas. [Correspondência]. Destinatário: James Madison. Paris, 18 nov. 1788. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-11-02-0257>. Acesso em: 29 dez. 2021.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KICIS, Bia. **Proposta de Emenda à Constituição nº 159/2019** (PEC 159/2019). Altera o art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal e revoga a Emenda Constitucional nº 88, de 2015, (PEC da Bengala), e o art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para fixar em 70 anos a idade para aposentadoria compulsória dos servidores públicos. Brasília, 2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2223878>. Acesso em 24 jun. 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahr, 2018.

LIMA, Martonio Mont'Alverde Barreto. **Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich. **Das Bonner Grundgesetz**. 2ª ed., Berlin: Vahlen, 1957.

MARTELL, María Dolores Álamo. Repercusion de la Constitución Gaditana de 1812 en el Reino de Cerdeña. **Anuario de Historia del Derecho Español**, La Rioja, n. LXIX, p. 359-365, Enero, 1999. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134797.pdf>. Acesso em: 15 mar.2018.

MEINBERG, Marcio Ortiz. **Dualidade de Poderes no alvorecer do Brasil Constitucional (1821 a 1824)**. Revista Historia Constitucional, Oviedo, n. 19, p. 443-465, 2018. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/532>. Acesso em: 23 jan. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Políticas). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf). Acesso em 25 jun. 2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Cartas Persas**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NICHOLS, Curt; BRIDGE, Dave; CARRINGTON, Adam M.. **Court-Curbing via Attempt to Amend the Constitution: An Update of Congressional Attacks on the Supreme Court from 1955-1984**. Justice System Journal, Vol.35(4), 02 October 2014. Disponível em [https://www.researchgate.net/profile/Curt\\_Nichols/publication/261758722\\_Court-Curbing\\_via\\_Attempt\\_to\\_Amend\\_the\\_Constitution\\_An\\_Update\\_of\\_Congressional\\_Attacks\\_on\\_the\\_Supreme\\_Court\\_from\\_1955-1984/links/5453a4c0cf26d5090a54b0f/Court-Curbing-via-Attempt-to-Amend-the-Constitution-An-Update-of-Congressional-Attacks-on-the-Supreme-Court-from-1955-1984.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Curt_Nichols/publication/261758722_Court-Curbing_via_Attempt_to_Amend_the_Constitution_An_Update_of_Congressional_Attacks_on_the_Supreme_Court_from_1955-1984/links/5453a4c0cf26d5090a54b0f/Court-Curbing-via-Attempt-to-Amend-the-Constitution-An-Update-of-Congressional-Attacks-on-the-Supreme-Court-from-1955-1984.pdf). Acesso em 14 abr. 2020.

NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de Junho de 2013 ao governo Bolsonaro. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022.

OLIVEIRA, Mariana. Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. **G1**. Brasília, 18 mar. 2016. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-de-lula-como-ministro-da-casa-civil.html>. Acesso em 23 abr. 2023.

OLIVEIRA, Maraiana. BARBIÉRI, Luiz Felipe. Segunda Turma do STF absolve Renan Calheiros da acusação de peculato em ação do caso Mônica Veloso **G1**. Brasília, 18 set. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/09/18/maioria-da-2a-turma-vota-pela-absolvicao-de-renan-calheiros-em-acao-do-caso-monica-veloso.ghml>. Acesso em 23 abr. 2023.

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

POLÍBIO. **História**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

PORTUGAL. Constituição de Portugal de 1976. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 24 jan. 2023.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 42, 2007, p. 373-433. Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers). Acesso em 13 abr. 2020.

RAMALHO, Renan. Cristiane Brasil contesta no STF suspensão de posse no Ministério do Trabalho. **G1**. Brasília, 31 jan. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/cristiane-brasil-contesta-no-stf-suspensao-de-posse-no-ministerio-do-trabalho.ghml>. Acesso em 23 abr. 2023.

RAMALHO, Renan. Ministro do STF libera retorno de Aécio ao Senado e nega pedido de prisão. **G1**. Brasília, 30 jun. 2017. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministro-marco-aurelio-mello-derruba-afastamento-de-aecio-neves.ghml>. Acesso em 23 abr. 2023.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROCHA, Marcelo. Sara Winter é denunciada sob acusação de injúria e ameaça contra Alexandre de Moraes. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 17 jun. 2020. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/sara-winter-e-denunciada-pelos-crimes-de-injuria-e-ameaca-contra-alexandre-de-moraes.shtml>. Acesso em 23 abr. 2023.

RIO DE JANEIRO. Quarta Vara da Justiça Federal de Niterói. **Ação Popular nº 001786-77.2018.4.02.5102** (AP 001786-77.2018.4.02.5102). Antecipação de tutela. Rio de Janeiro, 2018, 08/01/2018. Disponível em [https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=511630258786776431545024028236&evento=511630258786776431545024246087&key=1715cbe](https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=511630258786776431545024028236&evento=511630258786776431545024246087&key=1715cbe)

[9e8e69b1b03976d8a66fdb33580746f0e3940e005b97d2118da369952&hash=f979f129fe217d1aad6c882d1919abb9](https://www.conjur.com.br/2018-set-25/bolsonaro-21-ministros-stf-aval-policial-matar). Acesso em 23 abr. 2023.

RODAS, Sérgio. Bolsonaro quer 21 ministros no STF e excludente de ilicitude para policial. **Conjur**. São Paulo, 25 set. 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-25/bolsonaro-21-ministros-stf-aval-policial-matar>. Acesso em 23 abr. 2023.

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?**. Second Edition. University of Chicago Press. Edição do Kindle, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 9. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 95-133. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo\\_-\\_daniel\\_sarmiento.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf). Acesso em 14.abr.2023.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio a Castelo (1930-1964)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zaher Editores, 1974.

SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper nº 157, 2007. Disponível em [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=public_law_and_legal_theory). Acesso em 13 abr. 2020.

TAMM, Ditlev. **Cádiz 1812 y Eidsvoll 1814**. Revista Historia Constitucional, Madrid, n. 7, p. 314-319, 2006. Disponível em <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/72>. Acesso em: 15 mar. 2018.

TAVARES, André Ramos. **A Superação da Doutrina Tripartite dos Poderes do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, André Ramos. O Debate de Weimar e as Origens do Direito Econômico. In: Gilberto Bercovici. (Org.). **Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019)**. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 1. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959.

TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 4. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959.

TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. Vol. 5. Lisboa: Publicações Europa-América, 1959.

VASCONCELLOS, Jorge. O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 14 ago. 2014. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski/>. Acesso em 20 abr. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

## APÊNDICES

Seguem abaixo quatro quadros comparativos. Nos três primeiros foi realizada uma comparação entre as constituições brasileiras a respeito dos princípios de separação dos Poderes. No último, apresenta-se uma comparação sobre o livre exercício das atribuições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

| <b>APÊNDICE A – Sobre a independência e harmonia</b>           |                                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Constituição de 1824</b>                                    | Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos [sic] é o principio [sic] conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas [sic] as garantias, que a Constituição offerece [sic]. |
| <b>Constituição Provisória (Decreto nº 510, de 22/06/1890)</b> | Art. 15. São órgãos [sic] da soberania nacional os poderes legislativo [sic], executivo [sic] e judiciário [sic], harmonicos [sic] e independentes entre si.                                                         |
| <b>Constituição de 1891</b>                                    | Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.                                                                                      |
| <b>Constituição de 1934</b>                                    | Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.                                                 |
| <b>Constituição de 1937</b>                                    | Não há                                                                                                                                                                                                               |
| <b>Constituição de 1946</b>                                    | Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.                                                                                                        |
| <b>Constituição de 1967</b>                                    | Art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.                                                                                                                |
| <b>Constituição de 1969 (EC nº 01/1969)</b>                    | Art. 6º. São Podêres [sic] da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.                                                                                                          |

|                             |                                                                                                               |
|-----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Constituição de 1988</b> | Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. |
|-----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| <b>APÊNDICE B – Sobre a indelegabilidade</b>                   |                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Constituição de 1824</b>                                    | Não há                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Constituição Provisória (Decreto nº 510, de 22/06/1890)</b> | Não há                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Constituição de 1891</b>                                    | Não há                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Constituição de 1934</b>                                    | Art. 3º .....<br>§ 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições.                                                                                                                                           |
| <b>Constituição de 1937</b>                                    | Não há                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Constituição de 1946</b>                                    | Art. 36 .....<br>§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.                                                                                                                                                     |
| <b>Constituição de 1967</b>                                    | Art. 6º .....<br>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.                 |
| <b>Constituição de 1969 (EC nº 01/1969)</b>                    | Art. 6º .....<br>Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres [sic] delegar atribuições; quem fôr [sic] investido na função de um dêles [sic] não poderá exercer a de outro. |
| <b>Constituição de 1988</b>                                    | Não há                                                                                                                                                                                                                           |

| <b>APÊNDICE C – Sobre a inacumulabilidade</b>                  |                                                                                                                                                                                                                           |
|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Constituição de 1824</b>                                    | Não há                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>Constituição Provisória (Decreto nº 510, de 22/06/1890)</b> | Art. 76. O cidadão investido em funções [sic] de qualquer dos tres [sic] poderes federaes [sic] não poderá exercer as de outro.                                                                                           |
| <b>Constituição de 1891</b>                                    | Art 79 - O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro.                                                                                                             |
| <b>Constituição de 1934</b>                                    | Art. 3º .....<br>§ 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.                                                                                                                          |
| <b>Constituição de 1937</b>                                    | Não há                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>Constituição de 1946</b>                                    | Art. 36 .....<br>§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.                                                                          |
| <b>Constituição de 1967</b>                                    | Art. 6º .....<br>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.          |
| <b>Constituição de 1969 (EC nº 01/69)</b>                      | Art. 6º .....<br>Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres [sic] delegar atribuições; quem fôr investido na função de um dêles[sic] não poderá exercer a de outro. |
| <b>Constituição de 1988</b>                                    | Não há                                                                                                                                                                                                                    |

| APÊNDICE D – Sobre o livre exercício das atribuições                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|-------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                               | Poder Executivo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Poder Legislativo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Poder Judiciário                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <b>Função típica</b>                                                          | Chefia do Estado e do Governo (incluindo Administração Pública). CB1988, art. 84                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Legislar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Julgar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>Funções atípicas</b>                                                       | <p><b>Legislativa:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Decretos e Regulamentos para fiel execução da lei (CB1988, art. 84, IV)</li> <li>• Regular a estrutura interna (CB1988, art. 84, VI, “a”)</li> </ul> <p><b>Jurisdicional:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Processos administrativos contenciosos (CB1988, art. 5º, LV).</li> <li>• Processo administrativo visando a perda de cargo de servidor público (CB1988, art. 41, II)</li> </ul> | <p><b>Administrativa:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Licitações;</li> <li>• Provimento e demissão de funcionários;</li> </ul> <p><b>Jurisdicional:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Processo administrativo visando a perda de cargo de servidor público (CB1988, art. 41, II);</li> <li>• <i>Impeachment</i></li> </ul> | <p><b>Legislativa:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Regular a estrutura interna;</li> <li>• Iniciativa de lei</li> </ul> <p><b>Administrativa:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Licitações;</li> <li>• Provimento e demissão de funcionários;</li> <li>• Justiça Eleitoral</li> </ul> |
| <b>Ferramentas de freios e contrapesos (interferência nos outros Poderes)</b> | <p><b>No Poder Legislativo:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Iniciativa de lei;</li> <li>• Sanção e veto de lei;</li> <li>• Decreto-lei e medida provisória.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <p><b>No Poder Executivo:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sustar atos normativos;</li> <li>• Autorizar atos do Executivo;</li> <li>• Fiscalização dos atos do Poder</li> </ul>                                                                                                                                                            | <p><b>No Poder Executivo:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Controle de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos;</li> </ul> <p><b>No Poder Legislativo:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Controle de constitucionalidade das leis</li> </ul>                         |

|                                                                                                    |                                                                                                                    |                                                                                                                         |                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
|                                                                                                    | <b>No Poder Executivo:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Indulto e comutação de pena</li> </ul>         | Executivo (TCU, CPI etc)<br><br><b>No Poder Judiciário:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Anistia</li> </ul> |                                                      |
| <b>Exceções ao livre exercício de suas atribuições (depende de autorização dos outros Poderes)</b> | Autorização do Congresso Nacional para a realização de determinados atos de Estado e de governo (CB1988, art. 49). | Iniciativa exclusiva de leis em alguns temas                                                                            | Julgamento de crime comum do presidente da República |