

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO  
ITAJAÍ – UNIDAVI**

**RODRIGO SILVINO DE OLIVEIRA**

**A HARMONIA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES: O SISTEMA DE FREIOS E  
CONTRAPESOS**

**Rio do Sul  
2022**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO  
ITAJAÍ – UNIDAVI**

**RODRIGO SILVINO DE OLIVEIRA**

**A HARMONIA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES: O SISTEMA DE FREIOS E  
CONTRAPESOS**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo  
Centro Universitário para o Desenvolvimento do  
Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI  
Orientadora: Profa Esp. Rosa Maria Kahl Lehmkuhl

**Rio do Sul**

**2022**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO  
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada “**A HARMONIA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES: O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS**”, elaborada pelo acadêmico RODRIGO SILVINO DE OLIVEIRA, foi considerada

APROVADA

REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota \_\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

---

Prof<sup>a</sup>. Vanessa Cristina Bauer  
Coordenadora do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: \_\_\_\_\_

Membro: \_\_\_\_\_

Membro: \_\_\_\_\_

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, 13 maio 2022.

**RODRIGO SILVINO DE OLIVEIRA**

**Acadêmico**

"Se eu vi mais longe, foi por estar sobre  
ombros de gigantes."

Isaac Newton

## RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objeto a harmonia na separação dos poderes: o sistema de freios e contrapesos, onde será analisado se o Sistema de Freios e Contrapesos Montesquiano garante a harmonia entre os Poderes da República, com isso busca-se identificar a atuação de cada Poder no ordenamento jurídico brasileiro e observar os limites estabelecidos para cada um deles, de acordo com as suas competências constitucionais. Para isso, o trabalho inicia traçando o contexto histórico da separação de Poderes e do sistema de freios e contrapesos, bem como a implementação na Constituição Federal de 1988, observando as funções típicas e atípicas de cada Poder. Ao final foram feitas as considerações finais, onde comprovou-se a hipótese inicial de que, considerando a Teoria da separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos, ambos recepcionados pela Constituição Federal de 1988, é adequado afirmar que os poderes executivo, legislativo e judiciário são independentes e harmônicos entre si. O método de abordagem utilizado na elaboração desse trabalho de curso foi o indutivo; o método de procedimento foi o monográfico e; o levantamento de dados se deu através da técnica da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Estado. Freios e contrapesos. Tripartição dos Poderes.

## **ABSTRACT**

The present Course Conclusion Work has as its object the harmony in the separation of powers: the system of checks and balances, where it will be analyzed whether the Montesquian System of Brakes and Counterweights guarantees harmony between the Powers of the Republic, with this we seek to identify the performance of each Power in the Brazilian legal system and observe the limits established for each one of them, according to their constitutional competences. For this, the work begins by tracing the historical context of the separation of Powers and the system of checks and balances, as well as the implementation in the Federal Constitution of 1988, observing the typical and atypical functions of each Power. At the end, the final considerations were made, where the initial hypothesis was confirmed that, considering the Theory of Separation of Powers and the System of Checks and Counterweights, both approved by the Federal Constitution of 1988, it is appropriate to affirm that the executive, legislative and judiciary are independent and harmonious with each other. The approach method used in the elaboration of this course work was the inductive one; the procedure method was the monographic and; the data collection took place through the technique of bibliographic research.

**Keywords:** Brakes and counterweights. State. Tripartition of Powers.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b>	<b>11</b>
1.1 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	12
1.2 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES DE MONTESQUEIEU	17
1.3 O CASO MARBURY X MADISON E A TARDIA EQUIVALÊNCIA DO JUDICIÁRIO COM OS DEMAIS PODERES	20
<b>O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS</b>	<b>23</b>
2.1 HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES	23
2.2 O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	26
<b>A HARMONIA E A INDEPENDÊNCIA DECORRENTE DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS</b>	<b>30</b>
3.1 EVOLUÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	30
3.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	32
<b>3.2.1 FUNÇÃO TÍPICA DE CADA PODER</b>	<b>34</b>
<b>3.2.2 FUNÇÃO ATÍPICA DE CADA PODER</b>	<b>35</b>
3.3 A IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	37
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>42</b>

## INTRODUÇÃO

O objeto do presente Trabalho de Curso é a harmonia na separação dos Poderes: o Sistema de Freios e Contrapesos.

O seu objetivo institucional é a produção do Trabalho de Curso como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI.

O objetivo geral deste trabalho de curso é analisar se o Sistema de Freios e Contrapesos Montesquiano garante a harmonia entre os Poderes da República.

Os objetivos específicos são: a) analisar a teoria da separação dos Poderes; b) discutir acerca incorporação da teoria da separação dos Poderes pelas constituições brasileiras; c) demonstrar a harmonia e a independência entre os Poderes, decorrente do Sistema de Freios e Contrapesos na forma em que foi elaborado por Montesquieu.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: considerando a teoria da separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos, ambos incorporados pela Constituição Federal de 1988, é adequado afirmar que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si?

Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si em face do Sistema de Freios e Contrapesos e da Teoria da Separação dos Poderes.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho de curso é o indutivo; o método de procedimento é o monográfico e; o levantamento de dados se deu através da técnica da pesquisa bibliográfica.

O interesse e a relevância pelo tema em questão se deram pela sua atualidade, em razão dos constantes embates entre os Poderes que são noticiados diariamente e que, com frequência, se ouve falar sobre crise institucional entre os Poderes, onde, em tese, um estaria aviltando o outro ou impedindo o seu pleno funcionamento, tornando mais atual e pertinente do que nunca a discussão sobre o tema.

A teoria da separação dos Poderes foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, com previsão no art. 2º da Constituição Federal de 1988, a qual estabelece expressamente a independência e harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais, apesar de atuarem com autonomia, necessitam uns dos outros para o funcionamento de suas competências.

O objetivo principal da separação de Poderes é evitar o abuso de Poder por aqueles que o detém, sendo um importante instrumento para o Estado Democrático de Direito, como um dos pilares fundamentais do Estado Democrático. Mesmo diante da autonomia dos Poderes, foi necessário o reconhecimento do Sistema de Freios e Contrapesos de modo que cada Poder do Estado exerce controle recíproco sobre os outros, fiscalizando-se mutuamente em relação ao exercício de suas competências.

Para abordar o tema em questão, o presente trabalho se encontra dividido em três capítulos. O primeiro irá fazer alguns apontamentos sobre a teoria da separação dos Poderes, observando o surgimento e o desenvolvimento histórico, principalmente em relação ao seu início com Aristóteles até a tripartição de Poderes de Montesquieu, o caso Marbury X Madison e a tardia equivalência do judiciário, caso que marcou a atribuição ao Poder Judiciário da função jurisdicional, que compreende como a atribuição para aplicar o direito no caso concreto com a finalidade de resolver conflitos e divergências entre indivíduos da sociedade.

Em seguida, no segundo capítulo será abordado o Sistema de Freios e Contrapesos em seu aspecto histórico, como sendo um sistema capaz de assegurar a harmonia e a independência de cada Poder, sem a violação recíproca em sua esfera, de forma a permitir que o órgão atue com autonomia. Além disso, será observada a forma em que foi feita a introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

O último capítulo se propõe em abordar a harmonia e a independência, bem como o Sistema de Freios e Contrapesos entre os Poderes da República Federativa do Brasil a partir da descrição da evolução nas Constituições Federais, para então abordar a recepção da teoria pela Constituição Federal de 1988, com a descrição das funções típicas e atípicas de cada Poder. Por fim, serão feitas as considerações finais, com os principais pontos do trabalho e com a confirmação ou não da hipótese inicialmente descrita.

## CAPÍTULO 1

### A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O surgimento da Teoria da Separação dos Poderes está intimamente ligado à evolução e à limitação do Poder político, com o objetivo de manter a paz social e assegurar o gozo das liberdades individuais e coletivas, de forma a evitar arbitrariedades e o autoritarismo na atuação do Poder.<sup>1</sup> Tal teoria é observada desde Aristóteles e posteriormente diversos autores passaram a incluir em doutrinas com distinções estabelecidas, mas foi Montesquieu que a consagrou com uma melhor definição e argumentação.<sup>2</sup>

A separação dos Poderes é uma forma de governar que tem como essência o princípio da distribuição das funções desempenhadas pelo Estado a órgãos distintos, de modo que o ente estatal mantenha a legitimidade e o monopólio do exercício do Poder, mas atuando de uma forma que dele não possa ser abusado.<sup>3</sup>

Para elucidar as principais questões históricas referentes ao tema, o presente capítulo se ocupará em abordar o surgimento e o desenvolvimento histórico da separação dos Poderes, a tripartição de Poderes de Montesquieu, a aplicação da teoria nos Estados nacionais e o caso Marbury x Madison, fazendo uma relação com a tardia equivalência do judiciário.

---

<sup>1</sup> SAID FILHO, Fernando Fortes. A teoria da separação dos poderes no Brasil: por uma necessária (re)leitura a partir do poder judiciário. **Revista Jurídica Cesumar**. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/8528/6421>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 3.

<sup>2</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 2.

<sup>3</sup> PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Brasília: **Senado**, 2006, n. 169. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril\\_v43\\_n169\\_p21.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf). Acesso em: 28 mar. 2022. p. 22.

## 1.1 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

As primeiras ideias ligadas a separação dos Poderes surgiram na constituição mista de Aristóteles, especificamente em sua obra “Política”, onde ele menciona que vários grupos ou classes sociais participam do exercício do Poder político ao invés de estar nas mãos de uma única parte da sociedade.<sup>4</sup> Nesta obra, Aristóteles estuda os Poderes políticos, a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias, onde atesta que os elementos que compõe o Estado são a população, o território e a autoridade política.<sup>5</sup>

Através da junção desses elementos, criou o termo Constituição Mista, como forma de encontrar a melhor Constituição com a mistura de formas de governos, para chegar a um meio-termo, que seria considerado o ideal de toda ética aristotélica, o chegando à Constituição Média, que atende as desigualdades e diversidades existentes na sociedade para que nenhuma classe seja considerada preponderante sobre a outra.<sup>6</sup> Isso porque, a finalidade do Estado é concretizar o bem-comum, o que ocorre somente através de Constituições justas, que distinguem a monarquia, onde o Poder é centralizado nas mãos do rei, que o exerce de forma hereditária; a aristocracia, onde o governo é exercido por um grupo pequeno de pessoas nobres; e a república, caracterizada pela eleição dos representantes pelo povo, de forma direta ou indireta. Além disso, menciona que o governo é o exercício do Poder supremo do Estado, de modo que todo governo possui três Poderes, sendo estes o deliberativo, o constituído e terceiro que abrange os cargos da jurisdição.<sup>7</sup>

Nota-se que a divisão feita por Aristóteles muito se assemelha com a hoje utilizada, mesmo no momento histórico em que se encontrava, em sua teorização já descrevia a concentração do exercício dos Poderes na figura de uma única pessoa, o soberano, como um Poder incontestável de mando, já que este editava e aplicava os

---

<sup>4</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 2.

<sup>5</sup> PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Brasília: **Senado**, 2006, n. 169. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril\\_v43\\_n169\\_p21.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf). Acesso em: 28 mar. 2022. p. 23.

<sup>6</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 482.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES, **Política**, in: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 206.

atos, além de resolver eventuais litígios existentes em decorrência da aplicação da lei.<sup>8</sup>

A noção de equilíbrio entre as classes sociais e os vestígios das ideias da separação de Poderes ficam evidentes na obra anteriormente citada, onde Aristóteles menciona os elementos imprescindíveis de um bom legislador, reconhecendo que Sólon encontrou os dois primeiros, este era Governador de Atenas e conhecido como fundador da democracia, sendo considerado um dos sete sábios da Grécia, o qual iniciou grandes reformas estruturais, políticas e econômicas na pólis ateniense.

Os que o consideram um bom legislador argumentam que ele: a) acabou com a oligarquia absoluta; b) pôs um ponto final na escravização do povo; c) estabeleceu a tradicional democracia ateniense combinando de modo correto a constituição. Explicam que essa combinação contém um elemento oligárquico (o Conselho do Areópago), um elemento aristocrático (a escolha de magistrados) e um elemento democrático (o sistema judicial). A verdade é que, desses três, Sólon encontrou os dois primeiros – o conselho e a seleção dos magistrados – já prontos, e simplesmente se absteve de aboli-los.<sup>9</sup>

Além disso, destaca o caráter plural de autoridades no Estado:

Por 'constituição' entendo a organização das várias autoridades, e em particular da autoridade suprema, que está acima de todas as outras. Mas é preciso deixar claro que, em todos os casos, o corpo dos cidadãos é soberano; a constituição é a soma total da politeuma.<sup>10</sup>

Em Roma, Políbio e Cícero reafirmam a ideia de constituição mista de Aristóteles, no entanto retirando seu caráter interno, onde todas as classes teriam acesso aos órgãos constitucionais, separando cada classe ao órgão constitucional que lhes são destinados.<sup>11</sup> Segundo Políbio o ciclo do Poder se inicia em um estado de selvageria, valendo a lei dos mais fortes, com destaque ao tirano, o mais cruel

---

<sup>8</sup> ARISTÓTELES, **Política**, in: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 221.

<sup>9</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 3.

<sup>10</sup> POLÍBIO. **Histórias**. Brasília: Editora UnB. p. 337.

<sup>11</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 4.

entre os homens, o qual com o passar do tempo deixa de ser temido e passa a ser amado pelo povo, constituindo o monarca.<sup>12</sup>

Em contrapartida, já no período Renascentista surgiu o conceito de soberania de Bodin e da doutrina contratualista de Hobbes, que desenvolveram as ideias absolutistas, fundamentando a concentração dos Poderes na mão de um soberano limitado apenas pelo direito natural. Mas na prática, a vontade do soberano era confundida com a vontade do Estado, trazendo degeneração ao sistema, arbitrariedades e abuso de Poder.<sup>13</sup>

Através dessas duas óticas foi desenvolvida e sistematizada a doutrina da separação dos Poderes como uma técnica de limitar o Poder por John Locke,<sup>14</sup> que é considerado o fundador do empirismo e pai do liberalismo político, pois de acordo com sua teoria, os homens viviam em um estado natural onde prevalecia a liberdade e a igualdade, sem qualquer controle por parte do governo, obedecendo apenas as leis da natureza, onde cada indivíduo executava sua própria lei para proteger seus direitos naturais.<sup>15</sup>

A Revolução Gloriosa ocorreu em 1688-1689, onde o Rei James II foi substituído pela monarquia conjunta de sua filha Maria e seu marido Guilherme de Orange, onde os monarcas tiveram que assinar um documento a ser integrado no *Bill of Rights* que afirmava uma série de princípios constitucionais.<sup>16</sup>

Após um período de utilização da constituição mista na Idade Média, surgiu na Inglaterra uma forma de governo constitucional onde o Rei, os Lordes e os considerados comuns deveriam repartir entre si o Poder político, conhecido como monarquia mista. Com isso, surgiram algumas instituições de representação, instituindo a doutrina da separação de Poderes no século XVII ligada a ideia de *rule*

---

<sup>12</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 4.

<sup>13</sup> BRECHO, Patrícia Ramos; BRAICK, Myriam Becho. **História das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997. p. 254.

<sup>14</sup> VALLANCE, Edward. **The Glorious Revolution**. 2011. In: BBC History. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/history/british/civil\\_war\\_revolution/glorious\\_revolution\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/british/civil_war_revolution/glorious_revolution_01.shtml). Acesso em: 02 maio 2022.

<sup>15</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 2.

<sup>16</sup> CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista78/revista78\\_286.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf). Acesso em: 01 abr. 2022. p. 289.

*of law*, a primeira forma do Estado Constitucional ou de Direito, que são elementos essenciais na teoria da separação dos Poderes.<sup>17</sup>

O *rule of law* consistia em um movimento antiabsolutista, com objetivo de garantir a liberdade dos indivíduos pela divisão e limitação do exercício do Poder político centralizado nas mãos do soberano, uma vez que a concentração de prerrogativas em um só órgão poderia levar à arbitrariedade e à tirania. Esse instituto é considerado a matriz história do Estado de Direito e deu origem a doutrina da separação de Poderes como forma de distribuir o Poder estatal.<sup>18</sup>

Durante a Revolução Gloriosa no século XVII, John Locke idealizou o desmembramento de funções do Estado concebido por Aristóteles, acreditando que os homens não transferiam para o Poder político os Poderes absolutos a que tinham que se submeter por questão de necessidade, enumerando assim quatro Poderes: Legislativo, Executivo, Federativo e Discricionário.<sup>19</sup>

Desenvolveu em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” a conexão entre a separação de Poderes e a *rule of law*, estabelecendo como requisito para esta última, que para que uma lei seja considerada imparcial, é necessário que os homens que a apliquem não sejam os mesmos homens que a fazem, o que fundamenta a separação entre o Poder Legislativo do Poder Executivo.<sup>20</sup> Locke traçou um paralelo entre o estado de natureza e a sociedade politicamente organizada, elencando os meios de preservar a propriedade, a vida e a liberdade individual através de leis estabelecidas, estáveis e conhecidas; um juiz previamente conhecido e imparcial para solucionar as diferenças conforme a lei estabelecida; e um Poder para apoiar e sustentar a sentença que for considerada justa com a sua consequente execução.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 191.

<sup>18</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 4.

<sup>19</sup> BRANCO, Alber Castelo. **A teoria da separação de poderes na atual ordem constitucional: atribuições, relações e perspectivas**. Monografia do Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2007. Disponível em: [http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas\[2007\].pdf](http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas[2007].pdf). Acesso em: 30 mar. 2022. p. 9.

<sup>20</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 5.

<sup>21</sup> PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Brasília: **Senado**, 2006, n. 169. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril\\_v43\\_n169\\_p21.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf). Acesso em: 28 mar. 2022. p. 25.

Para Locke, o Poder supremo é o Legislativo e os demais dele derivam e a ele estão subordinados, cabendo ao Poder Executivo, executar as leis e ainda, ao que ele denomina de Federativo, o relacionamento com estrangeiros e a administração da comunidade com outras comunidades, no que tange a formação de alianças e decisões sobre guerra e paz.<sup>22</sup> Para ele, os limites que se impõem ao Poder Legislativo são: as leis devem ser estabelecidas igualmente a todos, sem qualquer benefício próprio; a finalidade da lei deve ser o bem do povo; não deve haver imposição de impostos sobre a propriedade do povo sem seu expresse consentimento; e a competência para legislar não pode ser transferida para outras mãos se não aquela eleita pelo povo.<sup>23</sup>

Nota-se que na doutrina de Locke, há a inexistência de um Poder Judiciário independente ou de um órgão que desempenha de forma autônoma a função específica de julgar conflitos, bem como, prevê a supremacia do Poder Legislativo, tendo como consequência a subordinação dos demais Poderes.<sup>24</sup> Nesta formação, Locke não contemplava expressamente em sua tripartição de Poderes o Poder Judiciário, tampouco como atividade meio do Poder Legislativo, mas em seus ensinamentos era vislumbrado a importância do Poder Judiciário para a sistematização das funções do Estado<sup>25</sup>, conforme destaca-se:

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

---

<sup>22</sup> SAID FILHO, Fernando Fortes. A teoria da separação dos poderes no Brasil: por uma necessária (re)leitura a partir do poder judiciário. **Revista Jurídica Cesumar**. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/8528/6421>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 4.

<sup>23</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 5.

<sup>24</sup> LOCKE, John. **Two treatises of civil government**. London: Every-man's Library, 1966. p.117-241, tradução de Cid Knipell Moreira, *apud* Clássicos da política. p. 90.

<sup>25</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 5.

até onde as agressões externas devem ser retaliadas; e em um outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade. [...]<sup>26</sup>

Locke foi essencial para o desenvolvimento científico da doutrina da separação de Poderes, no entanto, foi Montesquieu o responsável pela inclusão do Poder judiciário nos Poderes fundamentais do Estado e, assim como Locke, também aproxima sua formulação da concepção de *rule of law*, além de difundir com maior clareza a concepção da separação dos Poderes<sup>27</sup>, conforme será visto em seguida.

## 1.2 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES DE MONTESQUEIEU

A Separação dos Poderes nos moldes de Montesquieu, foi proposta no século XVIII, o qual afirma que os Poderes devem ser sempre separados e distintos entre si.<sup>28</sup> Isso porque, segundo Montesquieu tudo estaria perdido se o mesmo homem exercesse os três Poderes, de fazer as leis, executá-las e julgar os crimes ou as demandas particulares.<sup>29</sup>

A Teoria da Separação dos Poderes pressupõe a identificação de três funções específicas do Estado, distribuindo competências e prevendo a atuação de forma harmônica.<sup>30</sup> A estruturação teórica determina que os Poderes devem atuar de modo que cada um decida as matérias afetadas por suas competências, exercendo a faculdade de se ordenarem e detendo excessos uns dos outros pelo impedimento de atos contrários ao direito ou ao equilíbrio constitucional.<sup>31</sup> Conforme menciona em sua obra “Do Espírito das Leis”:

---

<sup>26</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Revisitando a teoria da separação dos poderes. **Revista do TCU**, maio. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/92/90>. Acesso em: 29 mar. 2022. p. 73.

<sup>27</sup> MONTESQUEIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 165.

<sup>28</sup> SAID FILHO, Fernando Fortes. A teoria da separação dos poderes no Brasil: por uma necessária (re)leitura a partir do poder judiciário. **Revista Jurídica Cesumar**. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/8528/6421>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 1.

<sup>29</sup> CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista78/revista78\\_286.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf). Acesso em: 01 abr. 2022. p. 292.

<sup>30</sup> MONTESQUEIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 167 e 168.

<sup>31</sup> BRANCO, Alber Castelo. **A teoria da separação de poderes na atual ordem constitucional: atribuições, relações e perspectivas**. Monografia do Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2007. Disponível em:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.<sup>32</sup>

Nesta obra, publicada em 1748, Montesquieu analisou minuciosamente as diferentes formas de governo utilizadas ao longo da história, definiu e classificou os Poderes do Estado, delineando suas funções e limites, além de formular o Sistema de Freios e Contrapesos.<sup>33</sup> Com isso, estabeleceu que o Poder Legislativo é o representante do povo, sendo necessária uma dualidade nas câmaras legislativas, de modo que uma seja confiada aos nobres e outra aos escolhidos para representar o povo. O Poder Executivo deve estar nas mãos de um monarca, pois parte do governo precisa de uma ação instantânea, sendo melhor administrada por um só. E o Poder Judiciário deve ser nulo e invisível.<sup>34</sup>

A intenção de Montesquieu era demonstrar a importância de organizar um Estado capaz de atingir a passividade dos conflitos sociais, impedindo que determinados grupos políticos se sobressaíssem a outros, possibilitando que os homens pudessem fazer seu juízo de valor sobre as questões históricas, através da afirmação de que não há democracia sem a divisão dos Poderes.<sup>35</sup> A finalidade é assegurar a independência e harmonizar as relações em observância ao bem comum

---

[http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas\[2007\].pdf](http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas[2007].pdf). Acesso em: 30 mar. 2022. p. 37.

<sup>32</sup> PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Brasília: **Senado**, 2006, n. 169. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril\\_v43\\_n169\\_p21.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf). Acesso em: 28 mar. 2022. p. 27.

<sup>33</sup> RODRIGUES, Pammella Thamara Oliveira. **Teoria da tripartição dos poderes do estado, sua influência no estado moderno na constituição brasileira de 1988**. Marília: Centro Universitário Eurípedes de Marília, 2014. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1201/TCC%20pdf.pdf;sequence=1>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 12.

<sup>34</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.univ.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 11.

<sup>35</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 36.

do povo e para alcançar a ordem constitucional almejada.<sup>36</sup> Nesse sentido, Chimenti destaca que a tripartição é a garantia que o povo possui contra o arbítrio e o despotismo, de modo que o Poder fica contido no próprio Poder.<sup>37</sup>

No desenvolvimento da teoria da separação de poderes, Montesquieu supôs que a sociedade deveria se organizar de modo que o poder constituísse um freio ao próprio poder, como forma de garantir a liberdade individual. O pensador francês acreditava que a concentração de poder em uma única pessoa poderia provocar falta de liberdade, criando risco às conquistas recentes do Estado de Direito. Logo, a centralização de poder poderia reverter-se em despotismo.<sup>38</sup>

Em síntese, conforme leciona Jessé Torres Pereira Junior, a tripartição dos Poderes visa evitar a tirania na medida em que o Poder não se concentra na mão de um só indivíduo ou órgão; estabelecer equilíbrio entre os Poderes onde cada qual supervisione as ações dos demais, mediante um Sistema de Freios e Contrapesos; assegurar que toda lei sirva ao interesse público; estimular a eficiência governamental; prevenir a prevalência da parcialidade; elevar o teor de objetividade e generalidade das leis; e impor a prestação de contas.<sup>39</sup> Dessa forma lecionam Gerlando Faustina da Silva e Fabio Lassere Sousa Borges:

O objetivo fundamental para separação dos poderes é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é a tendência absolutista. A distribuição destes poderes é tida como liberalismo político, visando este, um equilíbrio que evita riscos de abuso de poder. O estado que estabelece a separação dos poderes evita que este poder seja exercido de maneira isolada, impedindo regime ditatorial. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se uma ligação da conduta com o resultado entre a divisão do poder e a liberdade individual.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista78/revista78\\_286.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf). Acesso em: 01 abr. 2022. p. 291.

<sup>37</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Revisitando a teoria da separação dos poderes. **Revista do TCU**, maio. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/92/90>. Acesso em: 29 mar. 2022. p. 73 e 74.

<sup>38</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 12.

<sup>39</sup> PELICIOI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Brasília: **Senado**, 2006, n. 169. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril\\_v43\\_n169\\_p21.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf). Acesso em: 28 mar. 2022. p. 27.

<sup>40</sup> BRANCO, Alber Castelo. **A teoria da separação de poderes na atual ordem constitucional: atribuições, relações e perspectivas**. Monografia do Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2007. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional->

Os ensinamentos de Montesquieu foram reproduzidos na Europa continental e nos Estados Unidos da América, dando origem ao Sistema de Freios e Contrapesos entre os órgãos constitucionais democraticamente eleitos, de forma direta ou indireta, pelo povo soberano, estabelecendo a separação de Poderes.<sup>41</sup> Além disso, os primeiros juristas da Revolução Francesa, destacaram no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que a sociedade que não prevê ou assegura a separação dos Poderes, não possui uma Constituição.<sup>42</sup>

### 1.3 O CASO MARBURY X MADISON E A TARDIA EQUIVALÊNCIA DO JUDICIÁRIO COM OS DEMAIS PODERES

Contextualmente, em 1797 os Estados Unidos eram governados por John Adams, membro do partido Federalista, fortemente criticado pelos Republicanos que acreditavam que os Estados Unidos possuíam uma dívida histórica com a França em razão da ajuda na guerra pela Independência Americana. Ocorre que nas eleições de 1800, os Federalistas sofreram grande derrota, perdendo 22 assentos na Câmara dos Representantes para o partido Republicano, de modo que Thomas Jefferson passou a ser o Presidente do país.<sup>43</sup>

Em razão de sua derrota e pela perda do espaço no Legislativo e no Executivo, John Adams decidiu manter o controle do Judiciário, alterando o *Judiciary Act* de 1789, dobrando o número de juízes federais e criando outros cargos, o que ficou conhecido como *Midnight Judges*, além disso, nomeou John Marshall para o cargo de *Chief Justice* e William Marbury como Juiz de Paz do Estado de Colúmbia.<sup>44</sup>

---

d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas[2007].pdf. Acesso em: 30 mar. 2022. p. 37.

<sup>41</sup> FRIEDMAN, Barry. The Myths of Marbury. In: TUSHNET, Mark (Ed.). **Arguing Marbury v. Madison. California:** Stanford University Press, 2005.

<sup>42</sup> STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-e-Liberd\\_v.18\\_n.03.06.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf). Acesso em: 02 abr. 2022.

<sup>43</sup> STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-e-Liberd\\_v.18\\_n.03.06.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf). Acesso em: 02 abr. 2022.

<sup>44</sup> STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Disponível em:

Jhon Marshall tinha 45 anos de idade ao assumir o cargo de presidente da Suprema Corte, mesmo sendo reconhecidamente federalista, sua atuação na Corte deveria zelar pela centralização do Poder nacional e a proteção dos direitos privados.<sup>45</sup>

Posteriormente, em 1801, Thomas Jefferson ao assumir a presidência, nomeou James Madison como Secretário de Estado, o qual passou a analisar a situação das nomeações dos novos magistrados, cancelando todos que não haviam recebido a carta de nomeação, dentre elas a de William Marbury. Em razão disso, Marbury ajuizou a chamada *writ of mandamus*, uma espécie de mandado de segurança, em face de Madison, na Suprema Corte Americana, de forma que John Marshall ficou encarregado de apreciar a matéria.<sup>46</sup>

Através de sua decisão no caso Marbury x Madison em 1803, reconheceu a competência do Judiciário em julgar a constitucionalidade das leis em decorrência lógica do sistema e da supremacia da Constituição, surgindo o Poder da *judicial review* (revisão judicial), onde o Poder Judiciário era competente para dizer o que é lei, considerando-a como o ato legislativo em conformidade com a Constituição.<sup>47</sup>

Em fundamentação, Marshall destaca que na hierarquia das leis, impera a Constituição, à qual os tribunais e os demais departamentos da administração do Estado estão vinculados, de modo que toda lei contrária aos mandamentos constitucionais, deveria ser anulada. Dessa forma, Marshall decidiu de forma incidental pela inconstitucionalidade da Seção 13 do *Judiciary Act* por contrariar os preceitos da Constituição Americana, sem analisar o mérito propriamente dito, uma vez que se assim o fizesse, poderia estar gerando um conflito político com um dos dois polos. Com isso criou-se um novo modelo de controle de constitucionalidade, o

---

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-e-Liberd\\_v.18\\_n.03.06.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf). Acesso em: 02 abr. 2022.

<sup>45</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 7.

<sup>46</sup> STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-e-Liberd\\_v.18\\_n.03.06.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf). Acesso em: 02 abr. 2022.

<sup>47</sup> SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, maio. 2015, p. 277-297. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5104845.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022. p. 295.

controle difuso, o qual pode ser realizado incidentalmente, prejudicando o exame de mérito.<sup>48</sup>

A proporção desse caso afirmou a importância do Poder Judiciário como uma instância relevante para equiparar os Poderes políticos.<sup>49</sup> Portanto, foi crucial para a caracterização das atribuições do Poder Judiciário e sua equivalência aos demais Poderes, sendo reconhecido o seu lugar de atuação na manutenção das funções do Estado.<sup>50</sup> O exercício da função jurisdicional faz surgir para o Estado o poder de utilizar a força como meio legítimo de tratamento para conflitos, com a imposição do direito objetivo, que ocorre através dos órgãos judiciários. Desse modo, ao Poder Judiciário foi atribuída a função jurisdicional, que compreende como a atribuição para aplicar o direito no caso concreto com a finalidade de resolver conflitos e divergências entre indivíduos da sociedade.<sup>51</sup>

A equivalência entre os Poderes do Estado ocorre através do Sistema de Freios e Contrapesos, sendo um instrumento de importância central para este trabalho, de forma que será abordado no próximo capítulo.

---

<sup>48</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 7.

<sup>49</sup> SAID FILHO, Fernando Fortes. A teoria da separação dos poderes no Brasil: por uma necessária (re)leitura a partir do poder judiciário. **Revista Jurídica Cesumar**. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/8528/6421>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 7.

<sup>50</sup> SANTOS, Adriana Cecilio Marco dos. **O funcionamento do sistema de freios e contrapesos no âmbito do poder judiciário**. Dissertação de mestrado em Direito. São Paulo: Universidade Node de Julho, 2021. p. 156.

<sup>51</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022. p. 67.

## CAPÍTULO 2

### O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Vistos os principais aspectos relacionados à teoria da separação dos Poderes, o presente capítulo tratará do Sistema de Freios e Contrapesos, uma vez que é importante fazer uma diferenciação entre os dois, já que um está relacionado a estrutura e o outro para os mecanismos que proporciona o bom funcionamento daquela. A tripartição dos Poderes busca delimitar as competências para evitar a concentração de Poder, já o Sistema de Freios e Contrapesos dispõe de mecanismo para evitar os abusos.<sup>52</sup>

#### 2.1 HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES

Como visto anteriormente, o surgimento da teoria da separação dos Poderes ocorreu desde a antiguidade nas obras de Aristóteles, mas se concretizando e sistematizando por Montesquieu na obra “Espírito das Leis”, onde há a ideia de divisão funcional do Poder sob a ótica da liberdade e da segurança individual.<sup>53</sup> Nos estados modernos, a interação entre a democracia e a república se dá através da indivisibilidade do Poder, sendo a titularidade deste confiada ao povo e o exercício às instituições que representam a vontade geral, sob a égide do princípio da separação de Poderes.<sup>54</sup>

Montesquieu expos a ideia de que o Estado possui três grandes funções, quais sejam: estabelecer as leis, executar o que é de direito e julgar. Tais funções devem ser exercidas por Poderes diferentes como condição da liberdade e da segurança dos seres humanos, onde há o equilíbrio entre os Poderes, impedindo eventuais abusos,

---

<sup>52</sup> CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, ISSN 2236-1677, vol. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3058/pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022. p. 507.

<sup>53</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022. p. 68.

<sup>54</sup> MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 173.

de modo a estabelecer um governo limitado, moderado, que respeita os direitos fundamentais e que está apto a realizar os interesses gerais.<sup>55</sup> Justamente a partir das particularidades da harmonia e da independência dos Poderes, Montesquieu desenhou o Sistema de Freios e Contrapesos, que foi inicialmente exibido pelos federalistas americanos, pois houve uma preocupação de um Poder desempenhar qualquer uma das competências e atuar em excessos institucionais. Sob esta ótica, ele observou a necessidade da existência de duas câmaras para controlar a atuação de cada função, a qual teria direito de frear as iniciativas umas das outras.<sup>56</sup>

Segundo o Sistema de Freios e Contrapesos, os atos que o Estado pratica são divididos em duas espécies: os atos gerais que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, para que este não atue concretamente na vida social, de modo que não tenha meios para cometer abusos ou se beneficiar. Há também os atos especiais, que surgem após a emissão de normas gerais, os quais serão atuados pelo Poder Executivo através de meios concretos de ação, sendo impossibilitados de atuarem com discricionariedade. Havendo exorbitância por qualquer dos Poderes, surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando que cada um atue dentro de seus limites e competências.<sup>57</sup>

Sob essa ótica destacam Gerlando Faustino da Silva e Fabio Lassere Sousa Borges:

O Sistema de Freios e Contrapesos visa assegurar que cada poder seja harmônico e independente sem violação recíproca em sua esfera permitindo que cada órgão atue com autonomia, mas que se atente para a harmonia propugnada pelos ideais estatais a partir de controle que ocorra sem a mera e pura pretensão de invadir a esfera de competência do fiscalizado, mas que almeje assegurar o fiel cumprimento da Lei Maior.<sup>58</sup>

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda descreve que há dois pontos importantes sobre o Sistema de Freios e Contrapesos, sendo o primeiro em relação

---

<sup>55</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 78.

<sup>56</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 2.

<sup>57</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **O caráter majoritário da Constituição Americana de 1787 e da França Pós-Revolução**. Comentários a Constituição de 1967 – com a Emenda nº 1, de 1969. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 547.

<sup>58</sup> KRAMNICK, Issac. Apresentação. *In*: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 16.

com a preocupação em construir mecanismos capazes de limitar o exercício dos Poderes para que o governo pudesse funcionar, e a preocupação em criar condições para o desenvolvimento econômico, de forma a afastar o Poder decisório das massas.<sup>59</sup>

O Sistema de Freios e Contrapesos como é conhecido, se desenvolveu com o movimento federalistas, onde buscava-se convencer a população de que a Constituição trazia uma estrutura capaz de organizar o Poder. Em razão disso, preocupavam-se em criar uma estrutura que possibilitasse a organização do Estado e que ao mesmo tempo apresentassem elementos que passasse segurança ao povo, no sentido de que estes continuariam participando das decisões através de seus representantes. Assim fundamenta a estrutura do Sistema de Freios e Contrapesos, com base em uma ideia realista em relação à própria conduta humana.<sup>60</sup>

Mas afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governo. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos do governo. Ao construir-se um governo – integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens -, a grande dificuldade está em que se deve, primeiro habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obriga-lo a controlar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência ensinou que há necessidade de precauções suplementares.<sup>61</sup>

A independência e a harmonia aludida pela Constituição Federal de 1988 tem como origem a teoria da separação de poderes de Montesquieu, sendo prevista no art. 2º onde dispõe: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.<sup>62</sup> A partir de então, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu Poderes e atributos em cada esfera governamental, os quais estipulam as competências destinadas a cada Poder para assegurar o regular funcionamento do Estado.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. v. 1. São Paulo: Ática, 2002. p. 273.

<sup>60</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2022.

<sup>61</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 2.

<sup>62</sup> MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras** (Org.). São Paulo: Atlas S.A, 2002. p. 13.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 109.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 ressalta a importância de os Poderes serem autônomos e independentes entre si, de forma a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais, criando mecanismos de controles recíprocos e estabelecendo as funções estatais com as respectivas prerrogativas e imunidades para quem exercê-las, sempre observando os princípios do Estado Democrático de Direito.<sup>64</sup>

No que diz respeito à independência dos Poderes José Afonso da Silva leciona:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.<sup>65</sup>

Trata-se de uma aptidão que cada Poder possui para operar suas atribuições sem necessitar a disposição de outro, bem como, sem interferência dos mesmos, sendo baseada na ideia de liberdade política, atuando dentro do que a lei permitir.<sup>66</sup>

Já a harmonia significa que cada um dos Poderes deve agir respeitando as competências estabelecidas e se manifeste somente naquilo que lhe foi incumbido, podendo ser verificada pelas normas de cortesia em reciprocidade e cortesia no trato que os três mutuamente possuem.<sup>67</sup>

## 2.2 O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O exercício independente dos Poderes estatais somente é possível se frearem uns aos outros, como forma de controle recíproco, observando as garantias e

---

<sup>64</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 485.

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 109.

<sup>66</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Comentada**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 69.

<sup>67</sup> CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A separação dos poderes e os freios e contrapeso na Constituição de 1988: a atuação do Poder Judiciário**. 2017. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 207. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20755>. Acesso em: 01 maio 2022. p. 154.

prerrogativas constitucionais, as quais são invioláveis e impostergáveis, sob pena de causar um desequilíbrio entre eles ou de desestabilizar o governo.<sup>68</sup> Para que seja possível concretizar o Sistema de Freios e Contrapesos, a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de interferência entre os Poderes, sem suprimir suas competências.<sup>69</sup>

Dessa forma, os atos gerais praticados pelo Poder Legislativo que consistem na emissão de regras gerais e abstratas, geram a capacidade de limitar o Poder Executivo, o qual só pode agir por atos especiais decorrentes da norma geral, e para impedir o abuso de um dos Poderes em relação aos seus limites e competências, há a ação de controle de constitucionalidade exercida pelo Poder Judiciário.<sup>70</sup>

Ao Poder Executivo é possibilitado editar medidas provisórias e leis delegadas, a serem exercidas pelo Presidente da República como forma de corrigir possíveis lapsos e assegurar a concretização do bem-estar social como medida de urgência para controlar os efeitos da inércia do Poder Legislativo, na ocasião de que este não queira aprovar projetos elaborados por desencontros institucionais. Além disso, o Executivo pode frear a atuação do Legislativo, podendo sancionar ou vetar as normas que não estejam de acordo com os anseios da sociedade.<sup>71</sup>

O Poder Judiciário exerce em relação ao Poder Legislativo o controle de constitucionalidade das leis produzidas pelo Legislativo, onde o Judiciário no exercício de sua função típica exerce o controle de correção, podendo determinar a suspensão da execução da lei inconstitucional, através do controle concentrado ou da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já em relação ao Poder Executivo,

---

<sup>68</sup> BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antônio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juizaorianapiske>. Acesso em: 21 abr. 2022.

<sup>69</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 15.

<sup>70</sup> ROCHA, Alex Pères. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais. **Revista de Doutrina – TRF4**, 30 out. 2013. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Alex\\_Rocha.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Alex_Rocha.html). Acesso em: 21 abr. 2022.

<sup>71</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 16.

também poderá exercer o controle de constitucionalidade, quando este concorre para a inconstitucionalidade da norma.

O Sistema de Freios e Contrapesos se dá quando o Executivo realiza seu controle ao exercer a nomeação dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, bem com os demais Tribunais Superiores. E o Legislativo, quando este concede anistia, quando há uma decisão judicial transitada em julgado e a criação de comissões parlamentares de inquérito com poder de investigar.<sup>72</sup>

Nota-se que há uma flexibilização do princípio da separação dos Poderes, onde cada órgão exerce sua função típica, mas também podem realizar funções atípicas, que são, naturalmente, de competência de outro órgão, o que ocorre de acordo com a previsão constitucional, o que não caracteriza um desrespeito ao outro órgão.<sup>73</sup> Essa flexibilização é necessária para a aplicação do Sistema de Freios e Contrapesos, no entanto, deve ser observada com cautela para que não se destoe da finalidade do princípio, que é a garantia da liberdade e a limitação dos Poderes.<sup>74</sup>

Essa relação harmoniosa entre os Poderes caracteriza o Sistema de Freios e Contrapesos, conforme menciona Beatriz Meneghel Chagas Camargo:

Assim se é verdade que ao Poder Executivo cumprir aplicar a lei de ofício, ao Poder Legislativo, inaugurar o ordenamento jurídico por meio de atos gerais e abstratos, e ao Judiciário, julgar as lides com definitividade, não é menos verdade que devem exercer também suas funções atípicas, muitas delas com vistas à concretização da harmonia entre os três Poderes. Desse modo, para que a separação dos poderes seja mantida de forma harmônica, foi necessário prever diversos mecanismos, concretizadores da harmonia e equilíbrio dos Poderes, chamados de freios e contrapesos.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes:** descumprimento de ordens judiciais. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza – Unifor. Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049102.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 27.

<sup>73</sup> CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A separação dos poderes e os freios e contrapeso na Constituição de 1988:** a atuação do Poder Judiciário. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 207. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20755>. Acesso em: 22 abr. 2022. p. 53.

<sup>74</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro.** Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 4.

<sup>75</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes:** descumprimento de ordens judiciais. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor,

Como visto, a Teoria da Separação de Poderes foi instituída como forma de impossibilitar a concentração do Poder e a sua introdução foi importante para que cada Poder exercesse suas atividades impedindo que o outro pudesse concentrar Poder e realizar atos abusivos. Dessa forma, importante analisar se, de fato, há harmonia e independência decorrente do Sistema de Freios e Contrapesos, nos termos em que dito sistema está desenhado na Constituição Federal de 1988, entre os Poderes da República Federativa do Brasil, conforme será visto no capítulo seguinte.

## CAPÍTULO 3

### A HARMONIA E A INDEPENDÊNCIA DECORRENTE DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Conforme visto nos capítulos anteriores, a teoria da separação dos Poderes dispõe que os Poderes são autônomos entre si, sendo este um pressuposto para a configuração do Estado Democrático de Direito, onde as ações dos entes públicos são conectadas e coesas, com competências preestabelecidas para garantir a interdependência entre os agentes, onde os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário atuam de forma autônoma e de maneira complementar na busca pela consecução dos fins da *res publica*.

Através da separação de Poderes é possível estabelecer divisão de funções onde cada Poder tem suas tarefas e responsabilidades, sem que uma seja tratada como exclusiva.<sup>76</sup> Dessa forma, o presente capítulo se ocupará em abordar a recepção da teoria da separação dos Poderes pelas Constituições brasileiras que foram promulgadas no decorrer da história, com maior enfoque na Constituição Federal de 1988, observando as funções típicas e atípicas de cada Poder, bem como o exercício do Sistema de Freios e Contrapesos pelos Poderes da República Federativa do Brasil.

#### 3.1 EVOLUÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

As Constituições brasileiras sempre adotaram o princípio da separação dos Poderes, em razão da influência da legislação constituinte ocidental, com exceção na Constituição de 1937, no entanto, apesar de a teoria estar presente em quase todas

---

<sup>76</sup> FREIRE, Dorabel Santiago dos Santos. **Separação dos poderes:** uma readaptação da teoria no âmbito do estado democrático de direito. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/SEPARA%C3%87%C3%83O-DOS-PODERES-UMA-READAPTA%C3%87%C3%83O-DA-TEORIA-NO-%C3%82MBITO-DO-ESTADO.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 24.

as Constituições brasileiras, nem sempre foi observada em sua forma clássica, sendo adaptada conforme a realidade da época.<sup>77</sup>

A primeira Constituição do Estado brasileiro, surgiu em 1824, denominada de Carta Imperial outorgada por D. Pedro I, já apresentava a existência dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, sendo esse último predominante em relação aos outros. A soberania do Poder Moderador desequilibrava as relações entre os Poderes, pois concentrava o Poder na mão do soberano, inclusive assegurando a sua permanência dessa forma.<sup>78</sup>

Esta Constituição vigorou até a queda do Império e a proclamação da República em 1889, surgindo uma nova ordem constitucional e a promulgação da Constituição de 1891, a qual vigorou até 1930. A primeira Constituição da República adotou o presidencialismo norte-americano e também consagrou a separação dos Poderes, mas sem estabelecer a independência entre eles.<sup>79</sup>

Posteriormente, a Constituição de 1934 não trouxe novidades em relação à separação de Poderes, apenas estabeleceu novas funções ao Senado Federal, onde, além de exercer suas atividades em conjunto com a Câmara dos Deputados, passou a ser um órgão coordenador entre os Poderes, e ainda com a manutenção da sobreposição do Poder Executivo em relação aos demais.<sup>80</sup>

Na Era Vargas, com a chegada do Estado, foi promulgada a Constituição de 1937, a qual não mencionou a separação de Poderes, o que caracterizou um dos abusos instituídos na época em questão, o que trouxe diversas consequências para a democracia e aos direitos individuais. Nela havia a menção do Poder Legislativo e ao Judiciário, mas sem qualquer previsão do Poder Executivo, o qual foi substituído por

---

<sup>77</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 233.

<sup>78</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes**: descumprimento de ordens judiciais. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049102.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 18.

<sup>79</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022. p. 234.

<sup>80</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes**: descumprimento de ordens judiciais. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049102.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 21.

um capítulo dedicado ao Presidente da República, que era visto como autoridade suprema do Estado.<sup>81</sup>

Com o fim da Era Vargas, surgiu a Constituição de 1946, novamente com um viés democrático, resgatando o princípio da separação dos Poderes, além de promover a aplicação da competência do Poder Legislativo, a autonomia dos tribunais, as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade para os magistrados e assegurou a coisa julgada.<sup>82</sup>

Após 20 anos de vigência, a Constituição de 1946 foi substituída pela Constituição de 1967 que manteve a separação dos Poderes, fortalecendo o Poder Executivo em relação com os demais Poderes, inclusive permitindo que este legislasse através de decretos-lei, ainda destaca-se a previsão das eleições indiretas para o Presidente da República, a supressão das garantias dos magistrados e os Atos Institucionais (AI), em especial ao que determinava o fechamento do Congresso Nacional.<sup>83</sup> Posteriormente surgiu a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, a qual incluiu a separação dos Poderes como cláusula pétrea, conforme será visto em seguida.

### 3.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 encerrou o período ditatorial instituído pelo golpe de 1964 e restaurou a democracia no país, restabelecendo as eleições diretas para a Presidência da República, aprovando o exercício do voto por analfabetos, legalizando os partidos políticos e extinguindo a censura prévia, além de estabelecer uma série de direitos e deveres para todos os cidadãos brasileiros.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes: descumprimento de ordens judiciais**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049102.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 22.

<sup>82</sup> ALVES JÚNIOR, Armando. A teoria da separação dos poderes: princípio consagrado na Constituição Brasileira de 1988? **Revista da Escola de Administração Pública do Amapá**, Escola de Administração Pública do Amapá, Macapá, v. 1, n. 1 p. 40-45, jan./dez. 2009. Disponível em: [https://issuu.com/sabereseap/docs/revista\\_amapa\\_ano\\_1\\_2009](https://issuu.com/sabereseap/docs/revista_amapa_ano_1_2009). Acesso em: 22 abr. 2022. p. 41.

<sup>83</sup> CLÈVE, Clèmerson M. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>84</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2022.

Além disso, foi incorporada à teoria da separação dos Poderes, mas adaptada às novas realidades constitucionais, não se tratando a rigor da separação de Poderes, mas da tripartição funcional e orgânica do Poder, o qual se divide em funções legislativa, executiva e judiciária em órgãos distintos, quais sejam o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário<sup>85</sup>, conforme determina em seu art. 2º, onde estabelece: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”,<sup>86</sup> e ainda, considera esse sistema como cláusula pétrea, prevista em seu art. 60, §4º, III, o qual dispõe:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
[...]  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
[...]  
III - a separação dos Poderes; [...]<sup>87</sup>

A partir dessa configuração o Poder Executivo constitui o governo de fato, o Legislativo é composto pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelas Assembleias Estaduais e Câmara de Vereadores e o Judiciário a quem cabe a administração da justiça, caracterizados como independentes entre si, onde um não está submetido ao outro e um não se curva à vontade do outro, sendo harmônicos, pois observam normas de trato recíproco.<sup>88</sup> E a distribuição de competências nesses moldes e entre esses três pilares permite que o Estado tenham mais eficiência no exercícios de suas funções de administrar, elaborar leis e julgar.<sup>89</sup>

Considerando que o Estado é um agregado de indivíduos que vivem dentro de um certo território e que estão sujeitos a um certo Poder, o qual é caracterizado pela soberania, é importante que os Poderes constituídos nesse Estado sejam divididos e atuem de forma autônoma, mas com semelhantes pretensões, todos com suas

<sup>85</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2022.

<sup>86</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 6.

<sup>87</sup> FERREIRA, Marielen Cristina da Silva; VIANNA, Geraldo Luiz. O princípio da separação dos poderes frente ao direito fundamental à saúde. **Revista Direito em Foco**, 12. ed. 2020. Disponível em: [https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES\\_Direito-em-Foco.pdf](https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES_Direito-em-Foco.pdf). Acesso em: 21 abr. 2022. p. 3.

<sup>88</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 365.

<sup>89</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 367.

funções típicas e atípicas estabelecidas.<sup>90</sup> A função exercida com preponderância é considerada a típica e a função exercida de forma secundária é a atípica, as quais serão abordadas em seguida.

### 3.2.1 Função típica de cada poder

O Poder Legislativo é composto pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelas Assembleias Estaduais e Câmara de Vereadores, tendo como atribuição criação de normas gerais por órgãos especiais através dos corpos legislativos.<sup>91</sup> A função do legislador é de inovar o ordenamento jurídico, descrevendo preceitos normativos que submetem a conduta dos jurisdicionados.<sup>92</sup> Além da fundação legislativa propriamente dita, tem como competência a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos demais Poderes<sup>93</sup>, conforme determina o art. 49, inciso X da Constituição Federal.<sup>94</sup>

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 adotou o regime presidencialista, o Poder Executivo é composto pelo Presidente da República, que possui a responsabilidade de governar o País como Chefe de Estado, com o auxílio dos Ministros de Estado, bem como representar a Federação perante os outros Chefes de Estado. O Executivo tem por função administrar o Estado de acordo com a legislação

---

<sup>90</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro.** Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 3.

<sup>91</sup> FERREIRA, 2007, p. 511, *apud* GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>. Acesso em: 22 abr. 2022.

<sup>92</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; [...]. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2022.

<sup>93</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro.** Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 3.

<sup>94</sup> FERREIRA, Marielen Cristina da Silva; VIANNA, Geraldo Luiz. O princípio da separação dos poderes frente ao direito fundamental à saúde. **Revista Direito em Foco**, 12. ed. 2020. Disponível em: [https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES\\_Direito-em-Foco.pdf](https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES_Direito-em-Foco.pdf). Acesso em: 21 abr. 2022. p. 3.

vigente através da prática dos atos de chefia de Estado e de governo, aplicando as leis de forma rigorosa, vislumbrando os interesses sociais e a administração da coisa pública.<sup>95</sup>

A função típica de gerir a Administração Pública por parte do Executivo pode ser observada através dos acordos firmados, das finanças administradas e da implementação de políticas públicas dentro do seu campo de atuação.<sup>96</sup>

A estrutura organizacional do Poder Judiciário está descrita no art. 92 da Constituição Federal, que prevê:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A - o Conselho Nacional de Justiça,

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.<sup>97</sup>

A função do Poder Judiciário é solucionar os conflitos através da aplicação da lei ao caso concreto, em busca da satisfação dos interesses sociais, após a provocação da parte interessada que busca solucionar sua lide.<sup>98</sup>

### 3.2.2 Função atípica de cada poder

O Poder Legislativo tem como função atípica exercer a função jurisdicional aplicando a lei ao caso concreto quando envolve o julgamento do Vice-Presidente e do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros

---

<sup>95</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2022.

<sup>96</sup> ROCHA, Alex Péres. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais. **Revista de Doutrina – TRF4**, 30 out. 2013. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Alex\\_Rocha.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Alex_Rocha.html). Acesso em: 21 abr. 2022.

<sup>97</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2022.

<sup>98</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 14.

de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, conforme se extrai da redação dada ao art. 52, incisos I e II da Constituição Federal:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...]<sup>99</sup>

Por força desse dispositivo constitucional, o Poder Legislativo adentra em uma função de natureza jurisdicional, a qual seria, em regra, exercida pelo Poder Judiciário que tem competência para resolver conflitos.<sup>100</sup>

Outra função atípica do Poder Legislativo possui natureza executiva ao dispor acerca de sua organização, provimento de cargos, concessão de férias e licenças de servidores, ou seja, quando estes organizam suas próprias Casas Legislativas na forma de seus regimentos internos.<sup>101</sup>

As funções atípicas do Poder Executivo ocorrem quando este decreta medidas provisórias, pois adentra em uma função que seria do Poder Legislativo em razão da natureza jurídica, mas poderá ser editada pelo Presidente da República,<sup>102</sup> conforme estabelece o art. 84, inciso XXVI da Constituição Federal.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro.** Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 14.

<sup>100</sup> ROCHA, Alex Péres. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais. **Revista de Doutrina – TRF4**, 30 out. 2013. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Alex\\_Rocha.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Alex_Rocha.html). Acesso em: 21 abr. 2022.

<sup>101</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62; [...]. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2022.

<sup>102</sup> SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro.** Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 10.

<sup>103</sup> FERREIRA, Marielen Cristina da Silva; VIANNA, Geraldo Luiz. O princípio da separação dos poderes frente ao direito fundamental à saúde. **Revista Direito em Foco**, 12. ed. 2020. Disponível em: [https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES\\_Direito-em-Foco.pdf](https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES_Direito-em-Foco.pdf). Acesso em: 21 abr. 2022. p. 4.

Está inserida nas funções atípicas do Poder Judiciário as funções administrativas ou de autogoverno no que tange a edição dos regimentos internos de seus tribunais, bem como de julgar seus membros.<sup>104</sup>

Nota-se que no Brasil a organização do Estado se dá observando o princípio da separação dos Poderes que tem como fundamento a independência e a harmonia entre os Poderes no exercício de suas funções e competências, as quais não se atrelam exclusivamente as atribuições típicas, mas também com as atípicas, de forma que há a composição de um mecanismo de equilíbrio, conhecido como sistema de freios e contrapesos.<sup>105</sup>

### 3.3 A IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Democracia é um regime político, onde o Poder vem do povo, ou seja, todos os cidadãos possuem o mesmo estatuto e a garantia da participação política, tendo como fundamento o princípio da igualdade e da liberdade.<sup>106</sup> Dalmo Abreu Dallari destaca que o sistema de separação de Poderes [...] “consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos”.<sup>107</sup>

Para que o Estado Democrático seja de fato democrático, é importante que sejam preservadas as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação com a sociedade.<sup>108</sup> O conceito de Estado Democrático passou então a ser vinculado aos direitos naturais do homem, a separação dos Poderes e à soberania do povo.<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> LINHARES, Emanuel Andrade. **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 78.

<sup>105</sup> GIANTURCO, Adriano. **A ciência política**: uma introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 212.

<sup>106</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16.ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 194.

<sup>107</sup> MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do estado**. Rio de Janeiro: Imago, 1998. p. 236.

<sup>108</sup> DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 142.

<sup>109</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 454.

Nesse sentido, uma das principais características do Estado Democrático de Direito é a divisão horizontal de Poderes, onde há a distribuição de atribuições a cada órgão dentro da ordem constitucional.<sup>110</sup> Dessa forma destaca Alexandre de Moraes:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são, de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.<sup>111</sup>

Dessa forma, a Teoria da separação dos Poderes é importante para a democracia, pois visa combater os excessos e abusos do ente estatal na prática de suas funções, combatendo a concentração total de poder, de forma que, é imprescindível que haja as divisões das funções estatais para que a democracia seja sustentada, sob pena de concentração do Poder em apenas um órgão, evitando assim prevalências e abusos dos Poderes.

Recentemente, com a crise de saúde pública da Covid-19, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a competência concorrente dos Estado, Distrito Federal, Municípios e União, deixando claro que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício dessa competência deve resguardar a autonomia dos demais entes<sup>112</sup> destacando-se a ementa:

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

---

<sup>110</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 184-185.

<sup>111</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 15/04/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 11 jun. 2022.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.<sup>113</sup>

Com isso, ressalta-se que a administração pública no Brasil é tripartite, cabendo a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios tomarem decisões em relação a saúde pública e vigilância no país, fazendo valer as decisões do constituinte originário e reafirmando a existência do Sistema de Freios e Contrapesos no país.

---

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 15/04/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 11 jun. 2022.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas origens remotas da construção doutrinária da teoria da separação dos Poderes, seus fundamentos essenciais já foram concebidos no sentido de garantir acesso equilibrado das classes sociais aos órgãos do Estado. Posteriormente buscou-se a divisão aparente do Poder político do Estado, justificando a concentração de Poderes nas mãos do monarca.

Esse processo se desenvolveu até a separação de Poderes ser consagrada como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, de modo que, a ordem jurídica soberana passou a observar o bem comum do povo, onde seus órgãos responsáveis pelas funções estatais sejam independentes e harmônicos entre si, evitando a supremacia de um sobre os outros.

A teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu pressupõe três funções específicas do Estado sendo atribuídas competências distintas para que cada órgão possa atuar de forma harmônica, com objetivo de descentralizar o Poder e aumentar a eficácia da atuação estatal. Para ele, a liberdade política se encontra nos governos moderados, onde um Poder é capaz de limitar o outro.

Referida teoria foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e está prevista como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, por força de seu art. 60, §4º, inciso III. Aqui adota-se também o Sistema de Freios e Contrapesos, que pode ser encontrado em diversos dispositivos constitucionais. Desse modo, a separação dos Poderes é o fundamento do Estado Democrático de Direito, onde cada um dos Poderes deve observar suas funções em face de um propósito social que é o bem comum de todos aqueles que se encontram sob o domínio estatal.

No decorrer dos anos, a teoria da separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos passaram por transformações que afetaram o ordenamento jurídico brasileiro, em razão das diversas interpretações e adaptações às mudanças sócio-políticas, além de situações em que se fez necessário limitar e normatizar as possibilidades de que um Poder intervenha de forma direta ou indireta nas atribuições de outro.

A aplicação da Teoria e do Sistema de Freios e Contrapesos Montesquiana ainda é observada pelo ordenamento jurídico brasileiro, espelhada por toda a Constituição Federal de 1988, sendo de grande importância para o fomento e a

manutenção da democracia no Brasil, garantindo a liberdade e a garantia de direitos fundamentais e impedindo o arbítrio do Poder pelo Poder.

Dessa forma, confirma-se a hipótese inicial, de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si em face do Sistema de Freios e Contrapesos e da teoria da separação dos Poderes, ambos recepcionados e instrumentalizados pela Constituição Federal de 1988, além disso, o Supremo Tribunal reafirma a importância dos entes da federação nos moldes da Constituição Federal, como também impôs limites ao Poder Executivo em relação as questões do constituinte originário, fazendo valer o Sistema de Freios e Contrapesos.

## REFERÊNCIAS

- ALVES JÚNIOR, Armando. A teoria da separação dos poderes: princípio consagrado na Constituição Brasileira de 1988? **Revista da Escola de Administração Pública do Amapá**, Escola de Administração Pública do Amapá, Macapá, v. 1, n. 1 p. 40-45, jan./dez. 2009. Disponível em: [https://issuu.com/saberes.seap/docs/revista\\_amapa\\_ano\\_1\\_2009](https://issuu.com/saberes.seap/docs/revista_amapa_ano_1_2009). Acesso em: 22 abr. 2022.
- ARISTÓTELES, **Política**, in: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antônio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juizaorianapiske>. Acesso em: 21 abr. 2022.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BRANCO, Alber Castelo. **A teoria da separação de poderes na atual ordem constitucional: atribuições, relações e perspectivas**. Monografia do Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2007. Disponível em: [http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas\[2007\].pdf](http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas[2007].pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 15/04/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 11 jun. 2022.
- BRECHO, Patrícia Ramos; BRAICK, Myriam Becho. **História das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997.
- CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A separação dos poderes e os freios e contrapeso na Constituição de 1988: a atuação do Poder Judiciário**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 207. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20755>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista78/revista78\\_286.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf). Acesso em: 01 abr. 2022.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, ISSN 2236-1677, vol. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3058/pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CLÈVE, Clèmerson M. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, 2007, p. 511, *apud* GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://inter temas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>. Acesso em: 22 abr. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.

FERREIRA, Marielen Cristina da Silva; VIANNA, Geraldo Luiz. O princípio da separação dos poderes frente ao direito fundamental à saúde. **Revista Direito em Foco**, 12. ed. 2020. Disponível em: [https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES\\_Direito-em-Foco.pdf](https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES_Direito-em-Foco.pdf). Acesso em: 21 abr. 2022.

FREIRE, Dorabel Santiago dos Santos. **Separação dos poderes: uma readaptação da teoria no âmbito do estado democrático de direito**. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/SEPARA%C3%87%C3%83O-DOS-PODERES-UMA-READAPTA%C3%87%C3%83O-DA-TEORIA-NO-%C3%82MBITO-DO-ESTADO.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

FRIEDMAN, Barry. The Myths of Marbury. *In*: TUSHNET, Mark (Ed.). **Arguing Marbury v. Madison**. California: Stanford University Press, 2005.

GIANTURCO, Adriano. **A ciência política: uma introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LINHARES, Emanuel Andrade. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOCKE, John. **Two treatises of civil government**. London: Every-man's Library, 1966. p.117-241, tradução de Cid Knipell Moreira, apud Clássicos da política.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Assembleia Legislativa de São Paulo**. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em: 29 mar. 2022.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **O caráter majoritário da Constituição Americana de 1787 e da França Pós-Revolução**. Comentários a Constituição de 1967 – com a Emenda nº 1, de 1969. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras** (Org.). São Paulo: Atlas S.A, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Comentada**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do estado**. Rio de Janeiro: Imago, 1998.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Teoria política e do estado**. Recife: Ed. UFPE, 2018.

PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Brasília: **Senado**, 2006, n. 169. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril\\_v43\\_n169\\_p21.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf). Acesso em: 28 mar. 2022.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Revisitando a teoria da separação dos poderes. **Revista do TCU**, maio. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/92/90>. Acesso em: 29 mar. 2022.

POLÍBIO. **Histórias**. Brasília: Editora UnB.

ROCHA, Alex Péres. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais. **Revista de Doutrina – TRF4**, 30 out. 2013. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao056/Alex\\_Rocha.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao056/Alex_Rocha.html). Acesso em: 21 abr. 2022.

RODRIGUES, Pammella Thamara Oliveira. **Teoria da tripartição dos poderes do estado, sua influência no estado moderno na constituição brasileira de 1988**. Marília: Centro Universitário Eurípedes de Marília, 2014. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1201/TCC%20pdf.pdf;sequence=1>. Acesso em: 01 abr. 2022.

SANTOS, Adriana Cecilio Marco dos. **O funcionamento do sistema de freios e contrapesos no âmbito do poder judiciário**. Dissertação de mestrado em Direito. São Paulo: Universidade Node de Julho, 2021.

SAID FILHO, Fernando Fortes. A teoria da separação dos poderes no Brasil: por uma necessária (re)leitura a partir do poder judiciário. **Revista Jurídica Cesumar**. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/8528/6421>. Acesso em: 01 abr. 2022.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, maio. 2015, p. 277-297. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5104845.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SCALABRIN, Felipe. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: SAGAH, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes: descumprimento de ordens judiciais**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza – Unifor. Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049102.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-e-Liberd\\_v.18\\_n.03.06.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf). Acesso em: 02 abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAES, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lassere Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

VALLANCE, Edward. **The Glorious Revolution**. 2011. In: BBC History. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/history/british/civil\\_war\\_revolution/glorious\\_revolution\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/british/civil_war_revolution/glorious_revolution_01.shtml). Acesso em: 02 maio 2022.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. v. 1. São Paulo: Ática, 2002. p. 273.