

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MESTRADO ACADÊMICO
EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JOSÉ TADEU FANIS JUNIOR

A EQUALIZAÇÃO DOS LIMITES INSTITUCIONAIS NO ESTADO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: Constitucionalismo Abusivo e Seus
Reflexos no Paradigma da Separação dos Poderes

BRASÍLIA

2022

JOSÉ TADEU FANIS JUNIOR

A EQUALIZAÇÃO DOS LIMITES INSTITUCIONAIS NO ESTADO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: Constitucionalismo Abusivo e Seus
Reflexos no Paradigma da Separação dos Poderes

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa Escola de Direito e Administração Pública, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito do Estado

Orientador: Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho.

BRASÍLIA

2022

JOSÉ TADEU FANIS JUNIOR

A EQUALIZAÇÃO DOS LIMITES INSTITUCIONAIS NO ESTADO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: Constitucionalismo Abusivo e Seus
Reflexos no Paradigma da Separação dos Poderes

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa Escola de Direito e Administração Pública, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito do Estado

Brasília, __ de _____ de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho.

Universidade Federal do Paraná (UFPR) e IDP

Prof. Dr. João Paulo Bachur

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Dra. Estefânia Maria Queiroz Barboza

Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Uninter

Dedico esse trabalho à minha família, pelo incentivo e compreensão pelo tempo despendido, que foram fundamentais para alcançar esse momento.

AGRADECIMENTOS

Ao IDP, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, aos respectivos professores e funcionários, pela oportunidade, pela compreensão e pelo auxílio na produção deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho, estimado orientador, pela simpatia, pelos conselhos, pela transmissão de experiência, pelas sugestões, enfim, por todo o auxílio.

A todos que, ainda que não citados expressamente, auxiliaram de alguma forma a execução e conclusão do trabalho.

Aquilo que "Estado" e "política" têm em comum (e é inclusive de sua intercambialidade) é a referência ao fenômeno do poder (...). Não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de "poder" e de uma análise do fenômeno. Por longa tradição o Estado é definido como *summa potestas* (...). A teoria do Estado apoia-se sobre a teoria dos três poderes (o legislativo, o executivo e o judiciário) e das relações entre eles.

(Norberto Bobbio).

RESUMO

O objetivo deste trabalho é abordar a possível relação existente entre as derivações do denominado Constitucionalismo Abusivo, seus efeitos sobre a democracia constitucional e reflexos no paradigma da separação dos poderes. A pesquisa se divide em três partes. A primeira se dedica ao exame da Teoria da Separação dos Poderes; a construção teórica desde os Clássicos; sua aplicação na Inglaterra, França e Estados Unidos, a evolução do princípio no constitucionalismo brasileiro; as críticas e uma revisitação da teoria; bem como uma proposta para a separação dos poderes no Brasil. Pois, apesar de ser uma característica generalizada das democracias constitucionais, há profundas críticas sobre a separação de poderes nos tempos atuais. Nesta perspectiva, busca-se com essa pesquisa investigar se a separação de poderes, da forma como se encontra, se mantém capaz de assegurar o pressuposto de ordenar a estrutura estatal com eficiência dentro dos limites constitucionais. Depois analisaremos o constitucionalismo e a crise da democracia, descrevendo as várias nuances do Constitucionalismo Abusivo. Ao final, a análise centra-se nos embates entre os poderes que vêm ocorrendo no Brasil desde 2013 e o impacto na instabilidade política, com consequências institucionais para o regime democrático e que vem submetendo a democracia brasileira a testes de estresse. Infere-se, a partir do trabalho realizado, que a democracia brasileira está em crise devido ao enfraquecimento do paradigma constitucional da separação dos poderes e do postulado dos freios e contrapesos. Todavia, o diagnóstico de mal-estar democrático entre os Poderes não nos permite afirmar a ocorrência do Constitucionalismo Abusivo no Brasil, nos moldes do glossário terminológico estrangeiro referente ao tema.

Palavras-chave: Constitucionalismo Contemporâneo; Separação dos Poderes; Constitucionalismo abusivo; Crise Constitucional; Democracia.

ABSTRACT

The objective of this work is to address the possible relationship between the derivations of the so-called Abusive Constitutionalism, its effects on constitutional democracy and reflexes in the paradigm of separation of powers. The research is divided into three parts. The first is dedicated to the examination of the Theory of Separation of Powers; the theoretical construction since the Classics; its application in England, France and the United States, the evolution of the principle in Brazilian constitutionalism; criticism and a revisitation of the theory; as well as a proposal for the separation of powers in Brazil. For, despite being a widespread feature of constitutional democracies, there is deep criticism of the separation of powers in present times. In this perspective, this research seeks to investigate whether the separation of powers, as it is, remains capable of ensuring the presupposition of ordering the state structure efficiently within constitutional limits. Then we will analyze constitutionalism and the crisis of democracy, describing the various nuances of Abusive Constitutionalism. In the end, the analysis focuses on the clashes between the powers that have been occurring in Brazil since 2013 and the impact on political instability, with institutional consequences for the democratic regime and which has been subjecting Brazilian democracy to stress tests. It is inferring, from the work carried out, that Brazilian democracy is in crisis due to the weakening of the constitutional paradigm of separation of powers and the postulate of checks and balances. However, the diagnosis of democratic unrest among the Powers does not allow us to affirm the occurrence of Abusive Constitutionalism in Brazil, along the lines of the foreign terminological glossary on the subject.

Keywords: Contemporary Constitutionalism; Separation of Powers; Abusive Constitutionalism; Constitutional Crisis; Democracy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP	Ação Penal
CCJC	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CD	Câmara dos Deputados
CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CP	Código Penal
DEM	Democratas
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
Min	Ministro
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei
PL	Partido Liberal
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLS	Projeto de Lei do Senado
PODE	Partido Podemos
Pres.	Presidente
PSD	Partido Social Democrático
PT	Partido dos Trabalhadores
SF	Senado Federal
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	CAPÍTULO I - A SEPARAÇÃO DOS PODERES	21
1.1	A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	21
1.2	CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: PLATÃO, ARISTÓTELES, POLÍBIO, LOCKE, MONTESQUIEU E OS FEDERALISTAS	22
1.3	A SEPARAÇÃO DOS PODERES NAS TRÊS MATRIZES DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL: INGLATERRA, FRANÇA E ESTADOS UNIDOS 32	
1.4	A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO	422
1.4.1	CONSTITUIÇÃO DE 1824	47
1.4.2	CONSTITUIÇÃO DE 1891	49
1.4.3	CONSTITUIÇÃO DE 1934	50
1.4.4	CONSTITUIÇÃO DE 1937	51
1.4.5	CONSTITUIÇÃO DE 1946	54
1.4.6	CONSTITUIÇÃO DE 1967	55
1.4.7	CONSTITUIÇÃO DE 1988	56
1.6	CRÍTICAS A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	57
1.7	REVISITAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ATUALIDADE...	64
1.8	PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO	67
1.9	UMA NOVA PROPOSTA PARA A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL: O SEMIPRESIDENCIALISMO.....	69
2	CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALISMO E A CRISE DA DEMOCRACIA 75	
2.1	CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E AUTORITARISMO	75
2.2	CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A ORDENAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL.....	85
2.3	CONSTITUCIONALISMO E REGIMES HÍBRIDOS.....	87
2.4	CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO.....	89
2.5	CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO	91
2.6	LEGALISMO AUTORITÁRIO	92
2.7	AUTORITARISMO COMPETITIVO	93
2.8	PODRIDÃO CONSTITUCIONAL.....	94
3	CAPÍTULO III - CRISES CONSTITUCIONAIS	96
3.1	CRISES CONSTITUCIONAIS: POLISSEMINA CONCEITUAL E CASO BRASILEIRO.....	96

3.2	ATIVISMO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E HIPERPRESIDENCIALISMO COMO FATORES DA CRISE ENTRE OS PODERES.....	102
3.3	O USO ABUSIVO DO CONSTITUCIONALISMO NA RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NO BRASIL.....	110
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
	REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

“The greater the power, the more dangerous the abuse.”
(Edmund Burke)

As tentativas de ordenar o poder e estabelecer limites para o seu exercício, nas sociedades politicamente organizadas, revelaram-se um dilema decisivo que se estende por toda história da humanidade e que acompanha o desenvolvimento da teoria constitucional desde o seu nascedouro.

Na panóplia dos princípios que regem a organização político-institucional e a estruturação do arranjo governamental, o princípio da separação dos poderes se tornou inevitável no discurso sobre o arcabouço constitucional do Estado, da democracia e do Estado de Direito.

Se, por um lado, praticamente todas as democracias constitucionais assentam suas estruturas no modelo de divisão dos poderes em três ramos distintos de governo - Executivo, Legislativo e o Judiciário –, tendo essa divisão sido invocada como ideal na formação do Estado moderno; por outro, esse esquema de separação de poderes, em que se permite a interpenetração entre eles, vem promovendo uma dinâmica de conflito institucional que, em última análise, pode afetar a própria democracia constitucional.

Nesse sentido, apesar de ser uma característica generalizada das democracias constitucionais, há profundas críticas sobre a separação de poderes nos tempos contemporâneos. Portanto, partimos do pressuposto de que devemos ampliar o debate sobre os limites institucionais no Estado constitucional contemporâneo e os reflexos dos conflitos entre as instituições políticas sob o princípio da separação dos poderes.

Ademais, as situações de desequilíbrio podem promover, em circunstâncias nas quais exista uma grave polarização política entre os poderes, uma distorção no arcabouço legal de *checks and balances*, e essa possa ser empregada de maneira a favorecer ou ampliar resultados promotores de instabilidade política.

Por conseguinte, diante da complexidade social na qual nos encontramos, a separação dos poderes está em equilíbrio ou se configura de uma maneira instável? Com base nesse questionamento, busca-se investigar se a separação de poderes, da

forma como se encontra, se mantém capaz de assegurar o pressuposto de ordenar a estrutura estatal com eficiência.

Hodiernamente, o mundo passa por um fenômeno de declínio gradual dos traços básicos do regime democrático, fortalecendo um processo de crise da democracia constitucional. Essa regressão democrática não segue mais a lógica de manifestações radicais (golpes de Estado, fraudes eleitorais), atualmente, utiliza-se de variedades mais sutis para assegurar a ruptura da democracia¹. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 81)

No caso brasileiro, a crise da democracia coincide com uma crise política que vem se arrastando há alguns anos (MIGUEL, 2021)². Até a década de 2010, apesar dos prognósticos pessimistas, o Brasil conseguiu caminhar com estabilidade na transição e consolidação da democracia constitucional, que teve início em 1988. Sugeriria-se que o Brasil, em uma perspectiva otimista, seguiria um caminho de prosperidade.

No entanto, a partir de 2013, o país começou a derivar em direção a uma instabilidade política com consequências institucionais para o regime democrático. Desde então, uma série de acontecimentos vêm submetendo a democracia brasileira a testes de estresse, com forte impacto sobre os Poderes da República.

Importante frisar que, dadas as características estabelecidas na Constituição de 1988, a relação entre os Poderes, em especial entre o Executivo e o Legislativo, sempre foi um fator central para garantir a governabilidade e o sucesso dos governos.

¹Assim destacam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 81): “Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo — e mesmo elogiável —, como combater a corrupção, 'limpar' as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional”.

² Para Luis Felipe Miguel: “O afeto dominante, na nossa quadra histórica da crise da democracia, parece ser a imoderação, em dois sentidos complementares. Por um lado, a imoderação das massas, que não se contentam mais com sua posição passiva diante da elite governante e desejam se ver espelhadas plenamente no discurso do poder. Por outro lado, e ainda mais importante, imoderação das próprias elites políticas, que passam a lançar mão de todos os meios possíveis em suas disputas internas, mesmo que coloquem em risco o edifício institucional por inteiro. Quando lembramos que, na tipologia clássica de Montesquieu (1951 [1748]), a moderação era a virtude necessária à sobrevivência do governo aristocrático, talvez se possa encontrar na leitura de Levitsky e Ziblatt (2018) uma crítica involuntária às limitações democráticas do regime em crise”. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/43507/1/Despolitizacao_e_antipolitica.pdf. (Miguel, 2021)

O alicerce constitucional e democrático delineado em 1988 vem passando por um ciclo de fragilidade política e institucional, marcado por uma luta pelo poder entre os Poderes constituídos com reflexos prejudiciais sobre a nossa identidade constitucional. Segundo Avritzer (2019), em seu livro – *O pêndulo da democracia* – o país, no período de 2013 a 2018, vem oscilando em um processo de depreciação dos valores e das instituições democráticas. O autor, através da metáfora do pêndulo, aponta que o regime político brasileiro vem alternando entre o autoritarismo e a democracia ao longo dos anos. A justificativa para isso, segundo o autor, é que convivemos com elementos autocráticos e democráticos em nossa institucionalidade e, como resultado, oscilamos entre períodos de expansão de direitos (1989-2013) e de retrocessos institucionais (2013 -2018).

Nota-se que nesses últimos anos, no Brasil há um crescimento do sentimento de antipolítica, com um número crescente de protestos (CASTELLS, 2013)³, em todo o país, reflexo da recessão econômica e dos escândalos de corrupção. Esse sentimento gerou uma rejeição impetuosa contra as instituições e o sistema político (AVRITZER, 2019)⁴ e resultou no impedimento da Presidente da República.

Desde então, a democracia brasileira vem sendo submetida a testes de estresse, e, por consequência, surgiram preocupações atinentes à preservação da democracia constitucional. Das reflexões sobre esse fenômeno de estresse constitucional verificou-se uma tendência ao surgimento de medidas autoritárias. Na esteira desses acontecimentos, alguns conceitos ganharam relevância no debate sobre o regime democrático. Termos impactantes, tais como ativismo judicial⁵,

³ São movimentos emocionais e que se unem pela recuperação de uma dignidade que se perdeu. Às vezes eles começam pequenos e parecem que se mobilizam por pouca coisa, mas que funcionam como apenas uma gota a mais em uma indignação que existe em todos os setores sociais, que as pessoas não aguentam mais. (CASTELLS, 2013, p.4).

⁴ Para Avritzer (2019), alguns episódios são sintomáticos para a conjuntura política recente: as manifestações de junho de 2013, a ascensão da Operação Lava-Jato, a política de combate à corrupção, a conturbada reeleição de Dilma Rousseff (PT) em 2014, os protestos contra o governo petista em 2015 e 2016, as constantes intervenções do Poder Judiciário na rotina política, o processo de impeachment da presidente, a posse de Michel Temer (PMDB) na Presidência e, por fim, a escalada do conservadorismo expresso no apoio a candidatos da extrema direita, como Jair Bolsonaro (PSL), nas eleições de 2018.

⁵ Ativismo judicial é um termo técnico para definir a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferirem em decisões de outros poderes, criado pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr., em 1947, em uma matéria jornalística para a revista Fortune. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/judicial-activism>.

judicialização da política (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 249)⁶, Constitucionalismo Abusivo, legalismo autoritário e erosão constitucional se juntaram a outros, como o presidencialismo de coalisão (ABRANCHES, 2018)⁷ e a crise de representatividade, como referência para algumas disfunções institucionais, presentes na atual realidade política, indicando evidências de que a simbiose entre democracia e constitucionalismo possa estar em risco.

Dessa forma, argumentamos sobre a necessidade de reflexão acerca do momento político-institucional do país, em conjunto com os acontecimentos mundiais, no sentido de lançar luz sobre as fontes e as dificuldades que a democracia constitucional brasileira vem enfrentando.

Em primeiro lugar, é necessário analisar o conceito da separação dos poderes como algo que serve de ferramenta analítica, concreta e refinada, para avaliar a aplicabilidade das espécies abstratas de crise constitucional e a erosão democrática no contexto brasileiro.

Por conseguinte, não é surpresa para nenhum cientista político ou constitucionalista que estamos testemunhando uma crise da democracia constitucional a nível mundial. Exemplos de fadiga democrática, regressão e retrocesso em várias formas de autoritarismo constitucional vêm ocorrendo na Europa, América do Norte, América Latina e Ásia. O que se observa em relação a esse fenômeno é a perturbadora facilidade com que democracias consolidadas possam sofrer retrocessos democráticos (LANDAU 2013; SCHEPPELE 2016; GINSBURG e HUQ 2018; LEVITSKY e ZIBLATT 2018; PRZEWORSKI 2019).

O diagnóstico aponta para o fato de que a característica mais marcante desse declínio esteja relacionada ao desrespeito por valores e princípios constitucionais nos

⁶ O conceito de judicialização da política não apresenta definição e sentido unívoco. Trata-se de um fenômeno jurídico que congrega o impacto de decisões judiciais em causas políticas e sociais, se juntam a um processo em que conflitos políticos são levados ao Judiciário para uma resolução. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: "Um dos fenômenos mais intrigantes da sociologia política e da ciência política contemporânea é o recente e sempre crescente protagonismo social e político dos tribunais: um pouco por toda Europa e por todo o continente americano, os tribunais e juízes, os magistrados do Ministério Público, as investigações da polícia criminal, as sentenças judiciais surgem nas primeiras páginas dos jornais, nos noticiários televisivos e são temas frequentes de conversa entre cidadãos. Trata-se de um fenômeno novo ou apenas de um fenômeno que, sendo velho, colhe hoje uma nova atenção pública?".

⁷ Característica central do processo político brasileiro das últimas décadas, envolvendo um jogo orientado permanentemente pela mera composição de interesses fragmentários e fisiológicos (ABRANCHES, 2018).

quais se baseiam as democracias, e não na redução no número destas em razão de golpes de estado ou outro tipo de degradação estrutural.

O respeito aos princípios e às normas contidas na Constituição formam justamente as condições jurídicas para que a democracia se concretize. Apesar de sua natureza conflituosa, tendo em vista a heterogeneidade e o pluralismo cultural que marca nossa sociedade, a democracia constitucional roga por instituições sólidas e harmônicas, a fim de evitar arbítrios.

Nesse sentido, as interações entre Direito e Política têm se demonstrado questões substanciais. Para Ackerman (2000)⁸, o princípio da separação dos poderes de natureza jurídico-instrumental deve vigorar, mesmo em sua concepção contemporânea, com a ideia de controle recíproco das funções estatais entre os poderes, cuja atuação há de se efetuar em regime de ampla cooperação.

Em "Como as democracias morrem", Levitsky e Ziblatt (2018)⁹ explicam que as democracias constantemente são subvertidas por dentro e adquirem características autoritárias quando atores políticos rejeitam as regras democráticas do jogo.

Os sinais visíveis de que a democracia constitucional está em crise incluem perda súbita de apoio aos partidos estabelecidos, diminuição da confiança popular nas instituições democráticas e nos políticos, conflitos explícitos sobre instituições democráticas ou incapacidade de os governos manterem a ordem pública sem repressão. A primeira lição que aprendemos com experiências recentes é que as democracias não dispõem de mecanismos institucionais que impeçam que elas sejam subvertidas por governos devidamente eleitos segundo normas constitucionais (PRZEWORSKI, 2020, p. 47).

A partir desses paradigmas, segue ativo e intenso o debate no constitucionalismo contemporâneo entre juristas e cientistas políticos sobre o significado dos vários eventos políticos e jurídicos ocorridos nos últimos anos, em especial a partir do início da década de 2010, que despertaram um sentimento de enfraquecimento da democracia constitucional, até então considerada o sistema político triunfante e que parecia consolidado após o fim do socialismo soviético.

⁸ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. Harvard Law Review, v. 113, jan 2000. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>.

⁹ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018,

Os eventos dos últimos anos, que culminaram nas eleições de 2018, introduziram um novo e premente conjunto de questões para a teoria constitucional mundial e brasileira. Assim, cabe fazermos uma indagação: o que há de errado com nosso sistema constitucional contemporâneo?

Nesse espectro, nota-se, mormente, uma tensão institucional nas relações entre os poderes estatais e suas funções típicas e atípicas. Esse mal-estar constitucional envolve o uso instrumental de mecanismos constitucionais, aparentemente democráticos, ocasionando rupturas e desestruturando institutos caros à democracia, ou seja, atacando a própria *ratio essendi* do Estado.

Diante do exposto, constitucionalistas e juristas vêm tentando descrever e classificar esse fenômeno. Em 2013, Landau (2020) categorizou esses acontecimentos com o termo “Constitucionalismo Abusivo”¹⁰, cuja origem está diretamente ligada ao constitucionalismo contemporâneo. O autor define Constitucionalismo Abusivo como a utilização de alterações ou interpretações constitucionais, na tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes. Este mecanismo de mudança constitucional tende a fragilizar a democracia.

Outro autor que aborda o tema é Tushnet (2015)¹¹, quem adota o rótulo de constitucionalismo autoritário para aqueles regimes que não devem ser considerados como constitucionais, na medida em que simplesmente usam um conjunto de ferramentas de reforma constitucional para contornarem repetidamente normas superiores que limitam o poder.

Essa espécie de constitucionalismo tem como origem regimes ditatoriais que se utilizam dessa ferramenta para neutralizar aqueles que lhes fazem oposição, de modo a se perpetuarem no poder, a partir de instrumentos de reforma ou renovação constitucional, os quais são vistos, em um primeiro momento, como meios democráticos, mas que, na realidade, fortalecem o seu poder.

¹⁰ Trata-se de fenômeno razoavelmente novo, mas que enseja as preocupações mais atuais da teoria constitucional, uma vez que tem sido cada vez mais comum o uso de ferramentas de mudança constitucional – emendas e interpretações constitucionais - aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua validade. Além disso, em seu conjunto, ameaçam o regime democrático e o próprio constitucionalismo, pois vão progressivamente corroendo o desenho institucional. LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. Revista Jurídica da UFERSA. Tradução Ulisses Levy Silvério dos Reis, v. 4, n. 7, 27 jan/jun 2020.

¹¹ TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. Cornell Law Review, v. 393, p. 451-452, 2015.

Não obstante, por se tratar de uma ferramenta utilizada por regimes autoritários, o Constitucionalismo Abusivo pode se manifestar também em democracias constitucionais, como no caso do Brasil. Para Barboza e Filho (2019, p. 87), as estruturas do Estado Constitucional e os instrumentos constitucionais como emendas constitucionais e o processo legislativo também podem ser utilizados de maneira abusiva.

Para esses autores¹², mesmo vivendo sob a égide de um hiperpresidencialismo, o Brasil não se enquadraria no perfil do Constitucionalismo Abusivo estrutural, visto que os mecanismos de controle horizontal entre os Poderes estão funcionando. Todavia, corremos o risco de enfrentar um Constitucionalismo Abusivo episódico.

Não obstante, recentemente o constitucionalista americano Jack Balkin (2017)¹³ apresentou um novo termo para esse fenômeno de corrosão democrática pela via constitucional. Para o autor, os Estados Unidos hoje sofrem com a podridão constitucional, termo que se refere à decadência das características de um sistema constitucional que o mantém como uma república saudável, ou seja, uma deterioração cada vez maior das instituições políticas e jurídicas.

Nesse ínterim, segundo Vieira (2018)¹⁴, a partir de 2013, o embate entre os poderes constituídos no Brasil tornou-se mais duro e o paradigma de conciliação que prevalecia foi substituído por um comportamento mais conflitivo. Para o autor, “prerrogativas institucionais e mandatos políticos passaram a ser utilizados de forma mais incisiva, ora com o objetivo de entrincheirar-se no poder. A coordenação política parece ter sido substituída por uma constante e recíproca retaliação institucional, em que ferramentas voltadas à estabilização de expectativas jurídicas e procedimentos concebidos para favorecer a competição democrática passaram, em determinadas circunstâncias, a ser empregados como facas afiadas na luta pelo poder.” (VIEIRA, 2018, p. 16)

¹² “No Brasil, não há um constitucionalismo abusivo estrutural, no entanto, existe utilização de alguns mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 contra aspectos do Estado Democrático de Direito. Assim se observa um constitucionalismo abusivo episódico, mas preocupante especialmente em razão da ocorrência de dois impeachments em 30 anos.” (BARBOZA e FILHO, 2019, p. 94)

¹³ BALKIN, Jack. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. Maryland Law Review, 2017.

¹⁴ A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional - 1a ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Considerando a deflagração desse fenômeno, o objetivo é traçar, em linhas gerais, a relação entre a Teoria da Separação dos Poderes e os mecanismos de mudança constitucional. Assim, o questionamento principal deste trabalho é o seguinte: no constitucionalismo contemporâneo brasileiro, o embate entre os poderes constituídos evidencia que estamos diante de uma crise da democracia constitucional, em um contexto de práticas constitucionais tidas por abusivas, com reflexo sobre o equilíbrio do princípio da separação dos poderes? Nosso prognóstico preliminar é de que a resposta seja positiva, porque tem sido corriqueiro o uso abusivo de instrumentos constitucionais no embate entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, indicando um caminho de declínio da nossa democracia constitucional. Entretanto, resta saber se os conceitos de erosão e abuso constitucional, importados de autores estrangeiros, enquadram-se no substrato conceitual dos acontecimentos que estamos vivenciando desde 2013.

De início, adentraremos no estudo da Teoria da Separação dos Poderes desde sua origem clássica até sua estruturação baseada nos apontamentos de Locke, Montesquieu e os Federalistas. Na sequência, faremos um breve relato dos conflitos e das críticas que acompanham a Teoria da Separação dos Poderes desde o seu nascedouro. E, ao final do capítulo inicial, faremos uma análise dessa teoria no contexto de formação do Estado constitucional brasileiro e abordaremos o contexto atual no qual se questiona a modernização da teoria clássica da separação dos poderes a partir das contribuições de Maurice Vile, Jeremy Waldron e Bruce Ackerman.

Em um segundo momento, faremos um levantamento sobre o itinerário evolutivo do constitucionalismo contemporâneo e sua relação intrínseca com a democracia. A seguir, discutiremos o contexto de crise da democracia constitucional para tentar explicar a instabilidade do sistema político brasileiro, em conjunto com o cabedal conceitual e terminológico de David Landau, Mark Tushnet, James Balkin, Kim Scheppelle, Tom Ginsburg, Adam Przeworski, entre outros que surgiram para explicar o fenômeno da utilização de instrumentos constitucionais autoritários para agravar a crise das democracias constitucionais.

Na terceira parte, buscaremos adentrar no questionamento acerca da mudança na equalização dos limites constitucionais da separação dos poderes que esse novo tipo de constitucionalismo instaura na relação entre os poderes através do estudo de

casos concretos com elementos que demonstram a real utilização desse instrumento no país.

Para o aprofundamento da pesquisa, serão examinadas, por meio do método hipotético-dedutivo, obras nacionais e internacionais sobre democracia, constitucionalismo contemporâneo e abusivo, ciclos e crises constitucionais. Para tanto, foi identificado que o tema permitiria um embasamento bibliográfico e fático, semelhante à linha argumentativa apontada por alguns dos trabalhos utilizados como referências.

Para fins de realização da presente tese, desenvolveu-se a técnica de pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método de abordagem crítico indutivo e avaliação de dados realizada de maneira qualitativa.

1 CAPÍTULO I - A SEPARAÇÃO DOS PODERES

“...I say that Power must never be trusted without a check.”
(John Adams)

“A mesma regra que ensina a propriedade de uma divisão entre os vários ramos do poder, nos ensina igualmente que essa divisão deve ser planejada de modo a tornar um independente do outro.”
(Alexander Hamilton)

1.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Neste capítulo, será apresentado um breve panorama da Teoria da Separação dos Poderes. A justificativa para a revisitação da teoria, desde os clássicos até a era moderna, justifica-se devido às frequentes menções que lhes são feitas nos estudos sobre esse tema. Além disso, por se tratar do princípio político mais importante para a evolução da governança nas democracias constitucionais, rememorar esse princípio é importante, pois, segundo Vile (1998)¹⁵, a doutrina da separação dos poderes não é de forma alguma um conjunto de conceitos simples e imediatamente reconhecível, inequívoco. Pelo contrário, representa uma área do pensamento político em que tem havido uma confusão extraordinária na definição e uso dos termos.

Norberto Bobbio (1997), filósofo e historiador italiano, define a Teoria da Separação dos Poderes da seguinte forma¹⁶:

Teoria da Separação dos Poderes. Existem outras teorias que impõem ao Estado limites internos: independentemente do fato que o poder estatal tenha que deter-se frente a direitos preexistentes ao Estado, as mesmas sustentam que a melhor maneira de limitar este poder é quebrá-lo. Trata-se de conseguir que: a) a massa do poder estatal não seja concentrada numa só pessoa, mas distribuída entre diversas pessoas; b) que as diferentes funções estatais não sejam confundidas num só poder, mas sejam atribuídas a órgãos distintos. Segundo essa teoria, o limite do poder nasce da sua própria distribuição, por duas razões: 1) não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, mas cada uma terá somente uma porção do mesmo; 2) os órgãos distintos aos quais serão atribuídas funções distintas se controlarão reciprocamente (balança ou equilíbrio dos poderes) de maneira que ninguém poderá abusar

¹⁵ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Found. Inc., 1998.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 16.

do poder que lhe foi confiado. Se se consideram como funções fundamentais do Estado a função legislativa, a executiva e a judiciária, a Teoria da Separação dos Poderes exige que existam tantos poderes quantas são as funções e que cada um dos poderes exerça uma só função, assim que possa surgir o Estado desejado por essa teoria, Estado que foi também chamado de Estado Constitucional, quer dizer aquele Estado no qual os poderes legislativo, executivo e judiciário são independentes um do outro e em posição tal que podem controlar-se reciprocamente. (BOBBIO, 1997, p. 16).

Não obstante, a enorme quantidade de estudos referentes à literatura clássica da Teoria da Separação dos Poderes parece indicar a desnecessidade de retomar esse estudo, no entanto, acreditamos que, tal qual apontado, sem essa retomada, a pesquisa ficaria desprovida de um prelúdio.

Ademais, a análise do conceito clássico da separação de poderes fornece uma ferramenta analítica mais concreta e refinada para avaliar como se deu o desenvolvimento contemporâneo de outras noções abrangentes e abstratas como democracia, constitucionalismo e Estado de direito.

1.2 CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: PLATÃO, ARISTÓTELES, POLÍBIO, LOCKE, MONTESQUIEU E OS FEDERALISTAS

Não há questionamentos quanto à materialidade teórica do princípio da separação dos poderes. Trata-se de um primado indispensável, presente na exegese constitucional do Estado de direito, da democracia e da própria formação do Estado.

Entretanto, para que possamos discutir a relação entre os poderes constituídos em regimes democráticos, faz-se necessário retornarmos aos fundamentos teóricos que balizaram a formação desse sistema. Nesse sentido, em se tratando de sistemas presidencialistas, a Teoria da Separação dos Poderes é pedra angular na construção do próprio conceito de democracia.

Os fundamentos para a formação do Estado democrático apresentam-se nas teorias que, no passado, delinearam os contornos principais para a construção de soluções políticas para os embates entre os detentores dos poderes, delimitando o poder do Estado.

O dilema constitucional fomentado indaga a construção do sistema de governo democrático e suas conexões com o sistema de separação dos poderes, uma vez que

a maioria dos países, em especial do eixo ocidental, foi constituída sob a guarida da Teoria da Separação dos Poderes.

Essa teoria normativa institucional raia de uma convergência histórica das lutas políticas. Seu intuito era limitar a concentração do poder nas mãos do soberano, comum no Estado absolutista, que antecede as revoluções burguesas, e assim evitar o abuso de poder e garantir a liberdade dos indivíduos.

Desde a positivação do princípio da separação dos poderes nos textos constitucionais e ao longo da evolução da teoria constitucional, esta serviu de instrumento para o surgimento de um novo modelo de Estado, resultado do progresso de um movimento político e jurídico que culminou no arquétipo que conhecemos hoje como Estado de direito.

Ao longo da evolução da teoria política¹⁷ e do desenvolvimento do pensamento democrático, buscou-se formas para equilibrar o poder. Tal busca por esse equilíbrio de poder, na história do pensamento democrático, sempre esteve direcionada a evitar – ou, na melhor das hipóteses, reduzir – a tirania.

A Teoria da Separação de Poderes, também conhecida como Princípio de *trias politica*, vem de uma longa história articulada por filósofos políticos. Estes apontavam para a importância de reduzir o poder da autoridade central, com o objetivo de restringir a possibilidade da ascensão da tirania sobre os governados.

A origem dessa teoria remonta a Idade Antiga, perpassa pela Idade Moderna e se desenvolve durante a Idade Contemporânea. O primeiro período pode ser delimitado na Grécia antiga com os escritos de filósofos como Platão, Aristóteles e Políbio. Concebidos como pensamento político clássico, os estudos desses filósofos reconheciam diferentes funções de governo.

Naquilo que se tem registro atualmente, Platão (2002) não chegou a elaborar uma teoria sobre a separação dos poderes. Entretanto, ele ressaltava em suas reflexões a necessidade de uma divisão das funções na *pólis*, com o intuito de alcançar uma cidade justa. Além disso, ele apontava também que haveria um grande risco de a concentração de poder culminar em manifestações de tirania.¹⁸

¹⁷Não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de "poder" e de uma análise do fenômeno. Por longa tradição o Estado é definido como *summa potestas* (...). A teoria do Estado apoia-se sobre a teoria dos três poderes (o legislativo, o executivo e o judiciário) e das relações entre eles. (Bobbio, 2011, p. 76)

¹⁸PLATÃO, Platão. A REPÚBLICA. Tradução Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro: Best Seller, 2002.

Considerado como o primeiro teórico do Princípio da Separação dos Poderes, Aristóteles (2012), por exemplo, entendia que em todo governo deveriam existir três poderes essenciais e os distinguiu como: aquele que delibera sobre os negócios do Estado; aquele que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado e aquele que abrange os cargos de jurisdição. Ademais, ele acreditava que os cidadãos não possuíam nenhum outro senhor senão a lei.¹⁹

Políbio (1996), historiador grego, foi o principal expoente da ideia de governo misto, em que se projetavam mecanismos de controle mútuo, cujo principal objetivo seria o de promover um equilíbrio de forças para a manutenção da estabilidade política e, assim, impedir que algum dos poderes viesse a ser excessivo em relação aos outros poderes.²⁰

Nota-se que esses antigos pensadores e seus escritos buscavam conceber um governo equilibrado e ideal e, por conseguinte, tiveram grande influência sobre os pensadores da Era Moderna.

Em termos de teoria moderna, esta pode ser traçada a partir da Revolução Gloriosa de 1688, na Inglaterra. Com a alvorada das revoluções burguesas, sobretudo no século XVIII, o surgimento de sistemas políticos de maior abrangência territorial, os fundamentos de governo representativo, em contraste com o absolutismo monárquico, buscavam descobrir mecanismos institucionais eficientes para deter a concentração de poder em uma só autoridade.

O ambiente político, gerado a partir das revoluções do século XVIII, propiciou o surgimento de um novo modelo de Estado limitado pelas leis, que brindou os governantes com a possibilidade de serem responsabilizados pelos seus atos – o que viabilizou a divisão do poder político de maneira eficaz. Essa limitação do poder político foi responsável pelo nascimento de um novo paradigma de Estado, sem precedentes até aquele momento: o Estado de direito.

A partir desses acontecimentos, surge então a Teoria da Separação de Poderes, tendo como precursor, na era moderna, o modelo de Locke (1994), que

¹⁹ARISTÓTELES, Aristóteles. A política. São Paulo: Lafonte, 2012.

²⁰POLÍBIO, Políbio. História de Políbio. Tradução Mário da Gama Kury. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

consistia em um sistema sofisticado de separação de poderes, no qual cada poder possuía seus compromissos fiduciários independentes para agir pelo bem público.²¹

Locke (1994), filósofo britânico, cujas ideias deram origem a uma nova doutrina chamada empirismo, foi um teórico do contrato social e notório ideólogo do liberalismo e constitucionalismo. Essas duas escolas de pensamento abordavam, por um lado, a importância de um Estado mínimo não intervencionista na esfera privada; e, por outro, o "contrato social", cujo objetivo é limitar o poder dos representantes e garantir direitos individuais²².

Em seus estudos, Locke considerou o modelo dualista com a derivação do poder essencialmente em dois ramos – Legislativo e Executivo²³. Não obstante, seu modelo foi capaz de se reportar a uma outra derivação da separação dos poderes, o Poder Federativo.

O filósofo britânico apresenta o Poder Legislativo como poder supremo, cuja competência era a de prescrever os procedimentos a serem empregados para que houvesse a preservação da sociedade.

Ao tratar dos outros poderes, ele considerou que o Executivo e o Federativo estão quase sempre unidos, apesar de distintos entre si, sendo que ao primeiro ficaria a tarefa de executar as leis internas da sociedade sobre os governados, enquanto o segundo seria o responsável pela administração da segurança e das questões externas. Ou seja, na verdade, não há uma separação de poderes *stricto sensu* entre eles. O poder Federativo seria uma prerrogativa atribuída ao chefe do poder Executivo para legislar sobre política externa, segundo Locke.

Não há, contudo, uma menção a um Poder Judiciário, o qual não se configura de modo autônomo, não se distingue claramente e parece estar incluído no Poder Executivo, o qual se ocupa da administração total das leis. Outra observação

²¹LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994. 318 p. (Coleção clássicos do pensamento político).

²²Nesse sentido, assevera Locke: "O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submetem à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens..." (Ibid., p.165)

²³Ao tratar da divisão dos poderes em Executivo e Legislativo, Locke diz: "não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo." (Ibid., p. 170).

fundamental é que a teoria defendida por Locke não previa um equilíbrio entre os poderes.

A verdade é que o filósofo britânico estabeleceu uma relação de subordinação dos outros ramos do poder estatal ao Poder Legislativo²⁴. Para tanto, ele afirma: “A primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades, consiste em estabelecer o poder legislativo”. Porém, apesar dessa supremacia do Poder Legislativo, a este eram impostos limites para que não se tornasse um poder arbitrário. Locke asseverava que os limites eram delineados pela lei que antecede as leis positivas criadas pelo Legislativo, isto é, a Lei Natural.

Em função do modelo dualista de divisão dos poderes defendido por Locke, alguns pensadores refutam a ideia de atribuir a paternidade sobre a Teoria da Separação dos Poderes ao pensador britânico²⁵.

Nessa lógica, foi através de Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, um filósofo iluminista e político francês do século XVIII que, posteriormente, a Teoria da Separação dos Poderes ganhou proeminência e impacto substancial. Montesquieu era partidário do pensamento constitucionalista moderno e se inspirava em Aristóteles²⁶, Políbio e Locke.

Sua obra, “O Espírito das Leis”, de 1748, na qual o filósofo francês reformula a doutrina da separação dos poderes de forma sistemática e científica, é reverenciada como uma das grandes obras da história da teoria política. É importante ressaltar que ela ganhou projeção dado o momento político de ascensão da ortodoxia repressiva

²⁴Em relação ao Poder Legislativo, afirma Locke: “Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez colocou; nem pode qualquer eito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver a sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade recebida”. (Ibid., p. 328)

²⁵No que diz respeito a esta questão Bobbio (1997, p. 231) constata que: “Diz-se habitualmente que o Estado tem três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. Todavia, para Locke, considerado muitas vezes, erroneamente, como o pai da teoria dos três poderes, os poderes são apenas dois”.

²⁶Segundo Aron (1999, p.21): Os primeiros livros de O espírito das leis, se não o primeiro, pelo menos do II ao VIII (isto é, os que analisam os três tipos de governo), têm inspiração aristotélica. Foram escritos antes da viagem do seu autor à Inglaterra, numa época em que se encontrava sob a influência predominante da filosofia política clássica. Ora, na tradição clássica, a Política de Aristóteles era considerada a obra essencial. Assim, não se pode duvidar de que Montesquieu tenha escrito os primeiros livros tendo ao lado a Política. Em quase todas as páginas, podem-se encontrar referências a Aristóteles, sob a forma de alusões ou críticas. ARON, Raymond. Etapas do pensamento sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

das monarquias absolutistas e do domínio não representativo presentes no século XVIII.

A doutrina elaborada por Montesquieu (2000) combina elementos da separação dos poderes, um sistema de equilíbrio entre os poderes e o conceito de governo misto²⁷. Esse paradigma de governo justo e ponderado enquadrou-se como uma abstração teórica, dado o momento político vivo à época e foi saudado como um bastião contra o abuso do poder estatal e a ameaça da tirania, servindo de inspiração para a Declaração dos Direitos do Homem (1789)²⁸, a Constituição dos Estados Unidos (1787) e a Constituição Francesa (1791). Sua consolidação foi sendo desenvolvida no decorrer do século XIX, acompanhando os regimes liberais pós-revolucionários da Europa e Estados Unidos.

Em sua obra, Montesquieu (2000, p.181) afirma que a separação dos poderes deriva do fato de que a liberdade estaria em risco, caso o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. Dada essa condição de concentração de poderes, não haveria liberdade política nem controle mútuo e recíproco entre os poderes estatais, o que resultaria em despotismo, tirania, arbitrariedade e opressão por parte dos que ocupassem as funções estatais carentes de separação, nocivos tanto ao próprio Estado quanto aos direitos fundamentais dos governados.

Montesquieu idealiza uma concepção de governo moderado, com uma divisão tripartite dos poderes, sem que as funções de cada poder se sobressaíssem sobre os demais. Além disso, ele constata que essa seria a única solução institucional para a liberdade política. O filósofo acreditava que somente com moderação os governos

²⁷MONTESQUIEU, Charles de Secondat - Baron de. *O Espírito Das Leis*. Tradução Cristina Murachco. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁸Para Loewenstein (1986, p.54): O dogma da equiparação do constitucionalismo e da separação de poderes encontrou sua formulação clássica no artigo 16 da Declaração francesa dos direitos do homem, de agosto de 1789: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada e a separação dos poderes determinada, não tem constituição. (...) O que na realidade significa a assim chamada "separação de poderes" não é, nem mais nem menos, que o reconhecimento de que por uma parte o Estado tem de cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outra, os destinatários do poder encontram-se beneficiados se estas funções são realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o telos ideológico da teoria da separação de poderes. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

teriam a condição de funcionar de maneira estável²⁹. Montesquieu pressupunha que os titulares dos diversos poderes guardavam zelosamente suas respectivas prerrogativas, porque se apoiavam em bases distintas de poder social: o povo, o monarca e a nobreza.

Para Vile (1998, p. 85), Montesquieu, ao iniciar seus estudos sobre a separação dos poderes, partia de uma visão bastante sombria da natureza humana, na qual ele via o homem com uma tendência geral para o mal, uma tendência que se manifesta em egoísmo, orgulho, inveja e busca de poder. O homem, embora um animal racional, é levado por seus desejos em atos imoderados³⁰.

Nesse sentido, discorre Montesquieu:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados, só existe que não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. (MONTESQUIEU, 2000, p. 166)

A Teoria de Montesquieu, para além de um mecanismo de contenção do poder, serviu como base para que o liberalismo se firmasse como peça-chave do pensamento político e filosófico da época. Não havia, naquele período, outra teoria que se identificasse tanto com os clamores da sociedade por liberdade, modernidade e desforra à monarquia.

²⁹Para Aron (1999, p. 33-45): É verdade que Montesquieu não concebia o equilíbrio das forças sociais, condição da liberdade, senão segundo o modelo de uma sociedade aristocrática. Pensava que os bons governos eram moderados, e que os governos só podiam ser moderados quando o poder travasse o poder, ou ainda quando nenhum cidadão tivesse que temer outro. Os nobres não podiam sentir-se em segurança a não ser que os seus direitos fossem garantidos pela própria organização política. A concepção social do equilíbrio que O Espírito das Leis expõe está ligada a uma sociedade aristocrática e no conflito do seu tempo sobre a constituição da monarquia francesa, Montesquieu pertence ao partido da aristocracia, e não ao do rei nem ao do povo. ARON, Raymond. As Etapas do Pensamento Sociológico. Tradução Sergio Bath. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁰Montesquieu started from a rather gloomy view of human nature, in which he saw man as exhibiting a general tendency towards evil, a tendency that manifests itself in selfishness, pride, envy, and the seeking after power," Man, though a reasoning animal, is led by his desires into immoderate acts. Of the English, Montesquieu wrote that "A people like this, being always in ferment, are more easily conducted by their passions than by reason, which never produced any great effect in the mind of man." In the realm of politics this is of the greatest consequence: "Constant experience shows us that every man invested with power is apt to abuse it, and to carry his authority as far as it will go. (Ibid., p. 85)

Notadamente, houve um uso “político-estratégico” da teoria do filósofo francês, que acabou por fomentar os ideais revolucionários da Revolução Francesa³¹:

Os líderes da Revolução Francesa, vale lembrar, serviram-se do ideário de Montesquieu para justificar a divisão dos poderes, porém, no plano teórico, pode-se questionar se o filósofo almejou qualquer ato dessa natureza; além do mais, outorgou-se pelos revolucionários e, posteriormente, pelos próprios constitucionalistas, sentido ao texto em comento, em constantes assertivas onde se rotulam expressões não presentes em seu bojo, sendo, nesse contexto, muito mais hermenêuticas contaminadas pelo espírito liberal, do que mesmo novas luzes filosóficas. Exemplo emblemático dessa perspectiva é a própria divisão de poderes, pois Montesquieu nunca fez tal afirmação, apenas mencionou a separação de três funções de um mesmo poder. (LIMA; BOAS FILHO, 2018, p. 201)

Ademais, foi por intermédio da obra de Montesquieu que a Teoria da Separação dos Poderes foi agregada ao constitucionalismo. O princípio foi positivado em um documento pela primeira vez na Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, em sua seção 5³²:

Que os poderes legislativo e executivo do estado devem ser separados e distintos do judiciário; e que os membros dos dois primeiros possam ser impedidos de opressão, sentindo e participando dos fardos do povo, eles devem, em períodos fixos, ser reduzidos a uma posição privada, retornar àquele corpo de onde foram originalmente retirados, e as vagas serão preenchidas por meio de eleições frequentes, certas e regulares, nas quais todos ou parte dos ex-membros sejam novamente elegíveis, ou inelegíveis, conforme as leis determinarem. (BRITANNICA, 2016)

Constante na primeira Constituição dos Estados Unidos, o Princípio da Separação de Poderes e seu postulado de divisão do poder governamental em três ramos e com funções específicas contemplavam certa sobreposição no desempenho das funções governamentais pelos distintos ramos.

James Madison, um dos fundadores da América, responsável pelos primeiros rascunhos da Constituição dos Estados Unidos, ao escrever o artigo 48 de “Os

³¹LIMA, Fernando Rister de Sousa; BOAS FILHO, Orlando Villas. Separação dos poderes e complexidade social: uma releitura sistêmica. Revista Investigação Constitucional, Curitiba, v. 5, n. 1, abr 2018. p. 189-220. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100189&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2022.

³²BRITANNICA, The Editors of Encyclopedia. Virginia Declaration of Rights. 2016. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Virginia-Declaration-of-Rights>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Federalistas” já apontava a necessidade de se garantir a segurança de um ramo do poder ante a possibilidade de invasão e usurpação por parte dos outros³³:

Os poderes pertencentes a um dos departamentos não devem ser direta e completamente administrados por nenhum dos outros departamentos. É igualmente evidente que nenhum deles deve exercer, direta ou indiretamente, influência dominadora sobre os demais, na administração das respectivas atribuições. Depois de discriminar, portanto, em tese, as diversas classes de poder, por serem por natureza legislativa, executiva ou judiciária, a próxima e mais difícil tarefa é dar alguma segurança prática a cada uma, contra a invasão das outras. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1992, p. 338)

De igual modo a Montesquieu, Madison também compartilhava de uma visão pessimista acerca da natureza humana, com suas falhas, paixões e vulnerabilidades, que acabam por criar a necessidade de um governo que limite seus governados e limite a si mesmo. Dessa forma, conclui Madison, no Federalista nº 51:

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se os anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir as suas obrigações. (Ibid., p.131)

Madison acreditava que era necessário controlar aqueles que detinham o poder estatal, uma vez que: “Ao constituir-se um governo — integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens —, a grande dificuldade em que se deve habilitar primeiro o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo”. A ideia do *Founding Father* americano, descrita no artigo Federalista nº 48, era que os arranjos institucionais deveriam funcionar de modo a impedir o arbítrio e a tirania: “Não se pode negar que o poder é, por natureza, usurpador e que precisa ser eficazmente contido, a fim de que não ultrapasse os limites que lhe foram fixados” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1992).

Nesse sentido, os autores da Constituição americana trouxeram um refinamento às ideias de Locke e Montesquieu³⁴, ao abandonar o conceito rígido de

³³MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os Artigos federalistas 1787 - 1788: edição integral, f. 267. 1992. 534 p.

³⁴A respeito do pensamento de Montesquieu, Hamilton, Madison e Jay (2003, p.299-300) chegaram à seguinte conclusão: “[...] quando ele estabeleceu ‘que não há liberdade todas as vezes que a mesma

separação dos poderes em favor de uma doutrina híbrida projetada para equilibrar os poderes constitucionais. Madison foi um dos mais eloquentes defensores dessa doutrina aprimorada, ao enfatizar que os poderes não poderiam permanecer independentes com uma regra rígida ou inflexível de limitação dos seus poderes.

Seu argumento era de que, mantida a forma original da doutrina, os membros de um respectivo poder procurariam continuamente engrandecê-lo em desfavor dos demais poderes. A partir dessa ênfase, foi criado um modelo de verificação e equilíbrio conhecido como *checks and balances*³⁵, para salvaguardar o abuso de poderes e frustrar as lutas de poder inerentes ao sistema político.

Para assegurar a separação dos poderes, que todos afirmam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes. Isto suposto, e admitida a necessidade da rigorosa observância deste princípio, é necessário que as nomeações para as supremas magistraturas legislativa, executiva e judiciária saiam do povo, que é a fonte primitiva de toda a autoridade. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1992, p. 39)

Portanto, esse aprimoramento advindo dos autores da Constituição americana terminou por produzir um corolário substancialmente distinto daquele proposto por Locke e Montesquieu. A exigência de um mecanismo que mantivesse um certo equilíbrio entre os três ramos de governo – em contraposição a um equilíbrio natural originário de uma severa separação dos poderes –, teve como desfecho uma intrincada interação entre os poderes na qual cada um dos poderes é convocado a executar funções típicas e atípicas, ocorrendo, portanto, uma confluência entre os três poderes,

peessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo, ou por outras palavras, quando o poder de julgar não está bem distinto e separado do Legislativo e Executivo', não quis proscrever toda a ação parcial, ou toda a influência dos diferentes poderes uns sobre os outros; o que quis dizer, segundo se colige das suas expressões, e ainda melhor dos exemplos que lhe serviram de regra, foi que, quando dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos".

³⁵Nas palavras de Vile (1998, p.94), podemos distinguir duas visões para Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu. A primeira, filiada aos juristas e pensadores europeus, que é adepta a tese da separação pura dos poderes, com a demarcação rígida das funções de cada poder. A segunda, atribuída principalmente aos fundadores da Constituição americana, escritores franceses como Benjamin Constant e pensadores ingleses dos séculos XVIII e XIX, que rogam por uma separação parcial dos poderes, que seria a conjunção entre a teoria pura aprimorada pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

em vez de uma completa separação de funções excludentes entre os diferentes ramos do Estado.

A esperança dos *Founding Fathers* americanos era que o sistema pudesse ser democratizado simplesmente ao se confiar na ambição do próprio cargo. Os membros do Congresso protegeriam seus direitos institucionais contra o presidente, não porque ele fosse um monarca e eles representassem o povo, mas apenas porque desejavam preservar a autoridade de seus próprios cargos.

Nesse contexto, Vile (1998, p. 36) constata que três teorias foram construídas ao longo da história com o intuito de limitar o poder político: a Teoria do Governo Misto, a Teoria Pura da Separação dos Poderes e a Teoria Pura da Separação dos Poderes aliada aos mecanismos de *checks and balances*. Assim, é da fusão entre todas elas, oriundas dos pensadores clássicos e dos Federalistas, que surge a Teoria Parcial de Poderes, na qual é tolerado certo grau de intersecção funcional entre eles³⁶.

Diante do exposto, podemos indicar que a Teoria da Separação dos Poderes dos antigos pensadores está ligada a dois padrões: o primeiro se desdobra em consagrar em cada ramo de poder grupos e indivíduos díspares, e o segundo pretende balizar funções de modo a preservar o equilíbrio entre os poderes. Em ambos os casos, existe uma preocupação com os dispositivos de preservação das prerrogativas de um poder sobre o outro.

Considerando certas distinções, é com base nesses modelos apresentados que as teorias constitucionais modernas e contemporâneas serviram para guindar suas orientações para a limitação e controle do poder político.

1.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NAS TRÊS MATRIZES DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL: INGLATERRA, FRANÇA E ESTADOS UNIDOS

Segundo Vile (1998, p. 36), as raízes das teorias constitucionais modernas e contemporâneas, com algumas distinções, assentaram suas propostas na promoção do controle e da limitação do poder político com base em três teorias: a Teoria do

³⁶VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Found. Inc., 1998.

Governo Misto, da separação pura entre os poderes e a Teoria Pura, alinhada com os mecanismos de *checks and balances*.³⁷

Na Inglaterra, França e Estados Unidos, países arquetipos da teoria constitucional, esse padrão de combinação entre as três teorias supracitadas serviu aos que questionavam os privilégios aristocráticos e o absolutismo monárquico nos séculos XVII e XVIII.

Entretanto, a Teoria da Separação dos Poderes não teve um início promissor e nem foi incorporada de maneira uniforme nesses três países precursores do constitucionalismo. Na história da Inglaterra, França e Estados Unidos a Teoria da Separação dos Poderes assumiu uma configuração diferente em cada uma dessas matrizes constitucionais, muito em razão do concerto de forças entre as instituições políticas.

De acordo com Vile (1998), na Inglaterra, a Teoria da Separação dos Poderes assumiu a configuração da Teoria do Governo Misto:

A doutrina da separação dos poderes surgiu e se desenvolveu no contexto da guerra civil e da República de *Cronwell*. Com o advento da Restauração, essa doutrina radical - que não defendeu necessariamente a participação do rei no Legislativo, nem a existência da Câmara dos Lordes - logicamente substituída por uma concepção mais adequada de Estado para a monarquia recém-restaurada. Os materiais necessários para essa conversão da teoria constitucional eram fáceis de encontrar: sem ir mais longe, poderia ser reabilitada a antiga doutrina da Constituição mista. (Ibid. p.52)

³⁷Para Vile (1998): "Pouco mais de um século após a eclosão da Guerra Civil Inglesa, duas grandes teorias do constitucionalismo foram desenvolvidas, intimamente relacionadas entre si em sua evolução e sua lógica, mas capazes de se tornarem as armas intelectuais de duas escolas de pensamento diferentes, amargamente divididas. sobre a "adequada" constituição de governo. A teoria da constituição equilibrada foi desenvolvida a partir da antiga teoria do governo misto, que sustentava, como base de sua oposição ao exercício do poder arbitrário, a crença de que o poder só poderia ser controlado pela criação de um sistema de governo em que as três classes da sociedade estavam bem equilibradas umas contra as outras. A transformação da teoria do governo misto na teoria da constituição equilibrada, na qual Rei, Lordes, e *Commons* operavam um sistema complexo de freios e contrapesos entre si, exigindo, no entanto, um segundo teorema. Essa demanda foi atendida pela teoria da separação de poderes, com a afirmação de que as funções de governo poderiam ser divididas entre as partes do sistema de tal forma que cada poder pudesse ser limitado ao exercício de sua "função própria," e o equilíbrio foi completado permitindo a cada agência um direito limitado de interferência em[108]as funções dos outros, a fim de evitar a usurpação de qualquer um deles sobre a função de qualquer outro. Assim, a separação de poderes era um elemento subordinado, mas essencial na teoria da constituição equilibrada. Essa teoria subordinada foi, no entanto, capaz de vida própria, rejeitando a base de classe da teoria da constituição equilibrada e emergindo como uma teoria do constitucionalismo que, pelo menos abertamente, se baseava exclusivamente em uma abordagem funcional da divisão do poder, reconhecendo apenas o direito do poder democrático de fazer a lei, relegando o "governante" a um papel puramente executivo e, na medida em que o elemento aristocrático fosse reconhecido, assimilando-o ao judiciário." (tradução livre)

O modelo inglês de separação dos poderes, em especial no século XVIII³⁸, lutou bravamente contra a adoção da teoria clássica de divisão entre os poderes. Por lá, foi desenvolvida a teoria do governo misto ou *King in Parliament*³⁹, formada pela conjugação do monarca britânico e as duas casas do parlamento, ou seja, praticamente, uma fusão entre legislativo e executivo. Há, nesse particular, uma característica singular do modelo inglês de governo que perdurou até a reforma constitucional de 2005, que era a figura do *Lord Chancellor*⁴⁰. Trata-se do chefe do judiciário, que tem a responsabilidade de nomear outros juízes, porém, ele também integra, como membro, o Parlamento, desempenhando funções importantes dentro da estrutura governamental. Além disso, o chefe do judiciário preside a Câmara dos Lordes. Essa característica peculiar do sistema inglês foi comumente questionada por romper a separação dos poderes ao agrupar em um só instituto funções executivas, judiciárias e legislativas⁴¹.

³⁸Para Vile (1998, p. 4): “Na situação potencialmente revolucionária do final do século XVIII, a teoria do governo misto e equilibrado foi novamente desafiada como base adequada para uma constituição, e poderíamos esperar um ressurgimento semelhante da doutrina da separação de poderes, seguindo os exemplos de América e França. Houve de fato um ressurgimento do interesse na separação de poderes entre os ingleses interessados na reforma constitucional, caso uma revolução tivesse ocorrido na Inglaterra para a elaboração da constituição. Nesse sentido, quem sabe quão importante a doutrina poderia ter se tornado? Mas a revolução na Inglaterra não aconteceu e assim a teoria do governo misto, embora fortemente contestada, manteve sua influência até bem depois da aprovação do *Reform Act*.

³⁹As origens do Parlamento Inglês. Disponível em: https://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/citizen_subject/origins.htm. Acesso em: 20 abr 2022

⁴⁰Pela definição do Parlamento Inglês: Lord Chancellor é uma das mais antigas instituições do Estado, que remonta a muitos séculos. O Lorde Chancellor é nomeado pelo Monarca como conselheiro do Primeiro-Ministro e é um membro sênior do Gabinete. Ele chefia o Ministério da Justiça como Secretário de Estado da Justiça. Anteriormente, o Lorde Chancellor também atuou como Presidente da Câmara dos Lordes e, portanto, sentou-se no Woolsack. O Lorde Chancellor também foi chefe do judiciário e o juiz sênior da Câmara dos Lordes para representação judicial. No entanto, sob o Ato de Reforma Constitucional de 2005, o Lorde Chancellor deixou de ser o Presidente dos Lordes e foi substituído pelo Lord Speaker. Além disso, o *Lord Chief Justice* agora é o chefe do Judiciário, e o Lorde Chancellor não pode mais atuar como juiz. (tradução livre) Disponível em: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chancellor>. Acesso em: 20 abr 2022.

⁴¹Antes de 2005, o cargo de Lorde Chancellor era uma ponte entre as instituições do Estado. Ele era chefe do judiciário responsável pela nomeação de juízes, membro do Gabinete e Presidente da Câmara dos Lordes. A Lei de Reforma Constitucional de 2005 retirou as funções judiciais do Lorde Chancellor e seu antigo papel como chefe do Judiciário é agora preenchido pelo Lorde Chefe de Justiça. As origens da Lei de Reforma Constitucional estão no papel crescente desempenhado pelos tribunais superiores no Reino Unido nos últimos trinta anos. O efeito combinado do crescimento da revisão judicial, do desenvolvimento da UE e, mais recentemente, da Lei dos Direitos Humanos e da devolução foi dar aos tribunais um lugar mais central na constituição britânica. Os juízes seniores agora são obrigados a policiar os limites constitucionais e determinar questões delicadas de direitos humanos de uma forma que seria impensável há quarenta anos. Esse novo papel judicial ainda está em desenvolvimento, mas é claro que o efeito dessa tendência será reformular a relação entre o judiciário e os demais poderes

Voltando ao tema do modelo inglês pautado no conceito de governo misto, temos um paradigma que combina elementos democráticos, aristocráticos e monárquicos, unidos e em equilíbrio, em contraposição à divisão estrita de poderes.

Importante lembrar que a Inglaterra não possui um texto constitucional único codificado, sua base está vinculada a *Common Law*, isto é, baseada em fontes difusas do direito (Atos do Parlamento, direito comum, jurisprudência). Dessa forma, a Teoria da Separação dos Poderes não está estritamente positivada na Constituição Inglesa.

Entretanto, historicamente, há um desiderato incluído pelo modelo de governo misto de preservação do equilíbrio e contenção recíproca entre as forças sociais à época (monarca, aristocratas e comuns).

Nesse sentido, conforme salientado acima, a divisão do Poder Legislativo em duas casas teve sua origem na Inglaterra, com a Câmara dos Comuns representando o povo e a Câmara dos Lordes com a incumbência de representar a aristocracia.

Esse matiz que buscava o equilíbrio de poder na Inglaterra inspirada na teoria do governo misto de Aristóteles, não promoveu uma separação de poderes estrita, com uma divisão de acordo com as funções típicas (executiva, legislativa e judicial), ao invés disso, apresentou uma supremacia do Parlamento e consequente concentração de poder nesse ramo.

do governo. À luz dessas mudanças, as principais disposições da Lei de Reforma Constitucional – reformando o cargo de Lord Chancellor, estabelecer um novo Supremo Tribunal e reestruturar o processo de nomeação judicial – foram concebidos para alinhar as relações institucionais entre o judiciário e os outros ramos do governo com a mudança do papel substantivo dos tribunais. Em particular, as reformas destinavam-se a garantir a independência do judiciário ao "redesenhar a relação entre o judiciário e os outros ramos do governo" e colocá-lo em uma "base moderna". Embora o momento da introdução do Projeto de Reforma Constitucional em 2003 tenha pegado muitos de surpresa, seu conteúdo não o fez. As preocupações sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes do governo vinham se acumulando ao longo de vários anos. Onde antes havia um consenso geral de que os três papéis do Lorde Chanceler como membro do gabinete, chefe do judiciário e presidente da Câmara dos Lordes melhoraram o funcionamento do sistema político e fortaleceram a independência judicial, eles passaram a ser cada vez mais considerados como uma fonte potencial de abuso de poder executivo. Em particular, a responsabilidade do Lorde Chanceler de nomear os juízes tornou-se uma fonte de preocupação crescente à medida que o papel dos juízes seniores no controle da tomada de decisões do governo aumentou. Da mesma forma, a presença do mais alto tribunal de apelação no Parlamento já foi amplamente considerada como um meio eficaz de aproveitar a experiência jurídica dos principais juízes durante o processo de elaboração da lei, aumentando assim a qualidade da legislação. Na década de 1990, no entanto, muitos próprios *Law Lords* passaram a considerar a falta de separação entre os dois como problemática, pois os mesmos juízes seniores que participaram da aprovação das leis foram cada vez mais solicitados a decidir sobre a conformidade desses atos com os direitos humanos básicos. (Tradução livre). Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15110.htm>. Acesso: 20 abr 2022.

Na França, o embrião revolucionário que questionava os privilégios aristocráticos e os poderes absolutos do monarca apoiou-se na Teoria da Separação dos Poderes para ser aceito em sua constituição. Assim, a separação dos poderes foi recepcionada em sua forma clássica na primeira Constituição Francesa. No Título III do preâmbulo da Carta de 1791, os constituintes franceses afirmam que a soberania nacional é exercida por representação através de uma Assembleia Nacional (o Legislativo), por delegação ao Rei (o Executivo) e por delegação através de um Tribunal de Justiça (o Judiciário).⁴²

TÍTULO III

Dos Poderes Públicos

Título III - Autoridades públicas

Art. 1º - A soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Pertence à Nação; nenhum setor do povo, nem qualquer indivíduo, pode assumir o exercício do mesmo.

Art. 2º - A Nação, única da qual emanam todos os Poderes, só pode exercê-los por delegação. - A Constituição francesa é representativa: os representantes são o corpo legislativo e o rei.

Artigo 3.º O Poder Legislativo é delegado numa Assembleia Nacional composta por representantes temporários, livremente eleitos pelo povo, para ser exercido por este, com a sanção do Rei, na forma que vier a ser determinada.

Artigo 4.º O Governo é monárquico: o poder executivo é delegado no rei, para ser exercido sob a sua autoridade, pelos ministros e demais agentes responsáveis, na forma que vier a ser determinada.

Art. 5º - O Poder Judiciário é delegado a juízes eleitos oportunamente pelo povo.

Apesar do seu caráter de garantia e imposição de limites, originário da organização política que foi dada pela Constituição Francesa de 1791, a Teoria da Separação dos Poderes não apresentou, desde sua origem, uma tendência de equilíbrio e igualdade entre os poderes. Nesse diapasão, as instituições representativas receberam um grau maior de notoriedade.

Já a Constituição francesa de 1848, palco de demandas e aspirações conflitantes, continha disposições contraditórias que, conforme descrito por Karl Marx (2011)⁴³, escondia um desenho traiçoeiro que abriu espaço para conflitos entre os

⁴²FRANÇA. Constituição de 1791. Conselho Constitucional. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>.

⁴³MARX, Karl. O 18 de Brumário de Luís Bonaparte. São Paulo: Boitempo Editorial, v. 1, f. 88, 2011. 176 p.

diferentes ramos do governo. Segundo o autor, a separação dos poderes contida na Constituição ocasionou tensões entre os poderes Executivo e Legislativo⁴⁴. Nesse sentido, ele aponta que o sistema político francês favorecia a desigualdade de forças entre o Legislativo e o Executivo:

Quando uma Constituição confere desse modo ao presidente o poder de fato, ela procura assegurar à Assembleia Nacional o poder moral. Abstraindo do fato de que é impossível criar um poder moral por meio de parágrafos legais, a Constituição novamente revoga a si própria nesse ponto, ao fazer com que o presidente seja eleito por todos os franceses por meio do voto direto. Enquanto os votos da França se fragmentam pelos 750 membros da Assembleia Nacional, no caso do presidente, eles se concentram em um só indivíduo. Enquanto cada representante popular individual representa apenas este ou aquele partido, esta ou aquela cidade, esta ou aquela cabeça de ponte ou meramente a necessidade de eleger um 750º qualquer, do qual não se examina detidamente nem a causa nem a pessoa, ele é o eleito da nação, e o ato de elegê-lo é o grande trunfo que o povo soberano joga uma vez a cada quatro anos. A Assembleia Nacional eleita se encontra numa relação metafísica, mas o presidente eleito numa relação pessoal com a nação. A Assembleia Nacional certamente apresenta, em cada um dos seus representantes, as múltiplas facetas do espírito nacional, mas no presidente esse espírito se encarna. O presidente possui em relação à Assembleia uma espécie de direito divino, pois ele detém o seu cargo pela graça do povo ” (MARX, 2011, p. 44)

⁴⁴Conforme descrito por Marx (2011): “Entretanto, essa Constituição, que tão ciosamente fora feita inviolável, era, como Aquiles, vulnerável em um ponto, não no calcanhar, mas na cabeça, ou, melhor, nas duas cabeças em que resultava – a Assembleia Legislativa, de um lado, o presidente, de outro. Basta um rápido olhar pela Constituição para perceber que somente os parágrafos que definem a relação do presidente com a Assembleia Legislativa são absolutos, positivos, sem contradição e não passíveis de distorção. Pois, nesse ponto, os burgueses republicanos consideraram importante assegurar a sua própria posição. Os parágrafos 45-70 da Constituição são redigidos de tal maneira que a Assembleia Nacional pode afastar o presidente pela via constitucional, mas o presidente pode afastar a Assembleia Nacional somente pela via inconstitucional, a saber, somente revogando a própria Constituição. Portanto, nesse ponto, ela provoca a sua destruição pela violência. Ela não só santifica a divisão dos poderes, como a Carta de 1830, mas a amplia até a contradição insuportável. Na Constituição de 1848, o jogo dos poderes constitucionais, como Guizot chamou a querela parlamentarista entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, dá-se constantemente na base do *va banque* [vale a mesa]. De um lado, estão 750 representantes do povo eleitos e reelegíveis pelo sufrágio universal, que compõem uma Assembleia Nacional não controlável, indissolúvel e indivisível que goza de onipotência legislativa, que decide em última instância sobre guerra, paz e contratos comerciais, detém o direito exclusivo de conceder anistia e por sua permanência domina o primeiro plano do cenário. Do outro lado, o presidente, com todos os atributos do poder real, tendo competência para nomear e destituir os seus ministros independentemente da Assembleia Nacional, tendo nas suas mãos todos os meios do Poder Executivo para distribuir todos os postos, ou seja, para decidir, no caso da França, sobre nada menos que 1,5 milhão de existências, porque esse é o número dos que dependem dos 500 mil funcionários públicos e dos oficiais de todas as patentes. Ele tem a proteção do conjunto das Forças Armadas. Ele goza de o privilégio de poder indultar criminosos individuais, suspender a atividade das guardas nacionais, destituir com o consentimento do Conselho de Estado os conselhos gerais, cantonais e comunitários eleitos pelos próprios cidadãos”. (Ibid., p.43)

Ademais, uma das fontes predominantes para a incapacidade de se solucionar constitucionalmente o embate político entre os poderes estava na dificuldade de alteração da Constituição. Essa barreira constitucional é criticada por Marx, pois forçou, de forma fracassada, uma estabilização da ordem política.

Diante desse contexto, o arranjo constitucional apresentado propiciou que o presidente levasse certa vantagem na batalha contra a assembleia nacional. Essa desproporção de forças entre os poderes estatais durante o regime bonapartista foi responsável pela derrocada da própria Constituição.

De fato, por conta da interpretação rígida que foi dada à Teoria da Separação dos Poderes nesse caso, em conjunto com o tumulto político daquele momento, a constituição francesa não sobreviveu. Sua derrubada ocorreu em 2 de dezembro de 1851, quando sobreveio o golpe de Estado conhecido como 18 de Brumário, que levou à ditadura de Louis Bonaparte.⁴⁵

Com relação aos Estados Unidos da América, sua Constituição não contém nenhuma disposição que declare explicitamente uma teoria de separação entre os três poderes do Governo Federal. Apesar de não constar uma divisão explícita, a Constituição dos Estados Unidos nos seus três primeiros artigos, define os poderes e estabelece as competências de cada um deles:

Article I, Section. 1: All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

Article II, Section. 1: The executive Power shall be vested in a President of the United States of America.

Article III, Section. 1: The judicial Power of the United States shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.⁴⁶

No esboço inicial de James Madison, havia uma proposta de emenda para explicitar a separação dos poderes, mas ela não teve apoio suficiente para ser

⁴⁵Nas palavras de Marx (2011, p. 139): “Foi assim que Guizot caracterizou o dia 2 de dezembro. Mas ainda que a queda da república parlamentar contivesse o germe do triunfo da revolução proletária, o seu primeiro resultado palpável foi a vitória de Bonaparte sobre o Parlamento, a vitória do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, do poder sem fraseologia sobre o poder da fraseologia.”

⁴⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição Federal. U.S House of Representatives. Disponível em: <https://uscode.house.gov/static/constitution.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2022.

aprovada. Havia um sentimento entre os membros do Congresso de que a divisão dos poderes estava subentendida na estrutura sistemática da Constituição.

A Teoria da Separação dos Poderes nos Estados Unidos está vinculada ao sistema de *checks and balances*⁴⁷, ou seja, um sistema de freios e contrapesos que municia cada ramo do governo poderes individuais para controlar os outros e impedir que qualquer um se torne muito poderoso. Entretanto, o sistema de freios e contrapesos não foi capaz de impedir o surgimento de conflitos políticos entre os poderes durante o período inicial da prática republicana dos Estados Unidos.

Nos anos de 1800, a política americana estava em plena irrupção. Naquele momento, havia uma disputa entre dois partidos políticos, o democrata-republicano de Thomas Jefferson e James Madison, e o federalista de John Adams e Alexander Hamilton. Na eleição presidencial de 1800, o partido federalista sofre a sua primeira derrota desde que foi promulgada a Constituição de 1787, quando o então Vice-Presidente Thomas Jefferson derrota o Presidente John Adams, em um pleito conturbado.

Naquele momento, o partido federalista, além de perder a eleição presidencial, também perdeu o controle das duas casas legislativas (Casa dos Representantes e Senado). O partido havia perdido, então, seu domínio sobre dois poderes da União.

Assim, tendo em vista sua desvantagem política resultante das eleições, os federalistas forjaram uma tática de modo a se apinhar do último Poder que ainda se mantinha sob seu controle, o Judiciário. Dessa forma, através de uma ação do Congresso ainda federalista, foi formulada uma modificação na estrutura do Poder Judiciário, reduzindo a possibilidade de futuras nomeações por parte do futuro Presidente e seu partido democrata-republicano.⁴⁸ (BRANDÃO, 2012, p. 228)

Em razão dessa manobra de interferência do Poder Legislativo, na figura do Congresso, nas competências do Poder Executivo e Judiciário, surge o caso *Marbury vs. Madison*⁴⁹ que estabeleceu um novo paradigma na relação entre os poderes logo

⁴⁷Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/checks-and-balances>.

⁴⁸Para Brandão (2012), dado o crescimento da importância do Poder Judiciário, que acabou gerando conflito com o Poder Legislativo, vários ataques foram endereçados à Suprema Corte nos EUA. Segundo o autor: São exemplos de ataques institucionais à Suprema Corte a alteração do número dos seus membros, a manipulação de suas competências e o impeachment de juizes para fins não disciplinares (sobretudo para o realinhamento da sua jurisprudência às preferências políticas de maiorias ou de elites políticas e econômicas).

⁴⁹O caso *Marbury v. Madison* (1803): Em 1801, o ex-presidente John Adams havia dado a William Marbury uma comissão como juiz de paz – mas o novo secretário de Estado, James Madison, recusou-

nos primeiros anos de nascimento dos Estados Unidos da América, ao declarar que a Suprema Corte detinha o poder para determinar a constitucionalidade e a validade das ações tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo.

Essa decisão foi a primeira na história dos EUA a declarar um ato do Congresso como inconstitucional, e ficou marcado como fundamental no tecido constitucional dos Estados Unidos e sobre o qual se assentou o Estado democrático de direito. Por causa dessa decisão, ficou criada a doutrina do controle de constitucionalidade ou *judicial review* indicando ser a Suprema Corte a intérprete final da Constituição.

Portanto, diante de todo o exposto, fica evidente que a separação dos poderes nessas três nações matrizes do pensamento constitucional assumiu características diferentes. As variadas combinações dessa teoria serviram para retratar o pensamento constitucional dos países naquele século agitado.⁵⁰

se a entregá-la. Marbury então processou para obtê-lo. Com sua decisão em Marbury v. Madison, o presidente da Suprema Corte, John Marshall, estabeleceu o princípio da revisão judicial, uma adição importante ao sistema de freios e contrapesos criado para evitar que qualquer ramo do governo federal se tornasse muito poderoso. “A lei que repugna à Constituição é nula.” Com estas palavras escritas pelo Chefe de Justiça Marshall, a Suprema Corte pela primeira vez declarou inconstitucional uma lei aprovada pelo Congresso e assinada pelo Presidente. Nada declarado na Constituição deu ao Tribunal esse poder específico. Marshall, no entanto, acreditava que a Suprema Corte deveria ter um papel igual ao dos outros dois ramos do governo. Quando James Madison, Alexander Hamilton e John Jay escreveram uma defesa da Constituição no *The Federalist*, eles explicaram seu julgamento de que um governo nacional forte deve ter restrições internas: “Você deve primeiro permitir que o governo controle os governados; e, em seguida, obrigá-lo a se controlar.” Os redatores da Constituição deram aos poderes Executivo e Legislativo poderes que limitariam um ao outro, bem como ao poder judiciário. A Constituição deu ao Congresso o poder de destituir e remover funcionários, incluindo juizes ou o próprio presidente. O presidente recebeu o poder de veto para restringir o Congresso e a autoridade para nomear membros da Suprema Corte com o conselho e consentimento do Senado. Nesse intrincado sistema, o papel da Suprema Corte não havia sido definido. Portanto, coube a um juiz forte como Marshall completar a estrutura triangular de freios e contrapesos, estabelecendo o princípio da revisão judicial. (Tradução livre). Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison>. Acesso em: Jan/2022.

⁵⁰Conforme os apontamentos de Vile (1998, p. 2): Assim começou a complexa interação entre a separação dos poderes e outras teorias constitucionais que dominaram o século XVIII. Na Inglaterra, França, e na América, esse padrão de atração e repulsão entre teorias de governo relacionadas, embora potencialmente incompatíveis, forneceu o tecido no qual foram tecidas as variadas combinações de teorias institucionais que caracterizaram o pensamento desses países naquele século agitado. As potencialidades revolucionárias da doutrina da separação de poderes nas mãos dos oponentes do privilégio aristocrático e do poder monárquico foram plenamente realizadas na América e na França, e sua viabilidade como teoria de governo foi testada nesses países de uma maneira que também revelou claramente suas fraquezas. No entanto, a separação de poderes, embora rejeitada em sua forma extrema, permaneceu em todos os três países um elemento essencial no pensamento constitucional e um guia útil, embora vago, para o desenvolvimento institucional.

Na Inglaterra, notamos uma fusão entre os poderes, cujo resultado foi a supremacia do Parlamento sobre os demais poderes.⁵¹ Assim, ao contrário de uma divisão entre os poderes, o que ocorreu foi uma concentração.

Na França, em um primeiro momento, a Assembleia Nacional se sobressaiu sobre os demais poderes. Entretanto, mediante um golpe de Estado - 18 de Brumário, de Bonaparte – o Poder Executivo assumiu o controle sobre os demais poderes.

Já nos Estados Unidos da América, a doutrina extrema da Teoria da Separação dos Poderes foi questionada por estimular a supremacia do Legislativo sobre os demais poderes. A independência e igualdade entre os poderes só estaria garantida com a utilização do sistema de *checks and balances*. Consoante Bercovici (2001)⁵²:

Para os autores dos Artigos Federalistas, a Constituição norte-americana conseguiu evitar a concentração do poder em uma só mão, sem separar de forma total e absoluta os poderes do Estado. Não poderia ser diferente, pois não há, para eles, nenhum caso de algum Estado que tenha conseguido manter os vários poderes absolutamente distintos. A chamada “separação dos poderes” não exigiria, assim, que os poderes legislativo, executivo e judiciário fossem inteiramente desvinculados uns dos outros. Na realidade, o essencial era, inclusive, a sua vinculação e interpenetração, realizadas de maneira que cada um dos poderes obtivesse o controle constitucional sobre os demais. (BERCOVICI, 2001, p. 228)

Entretanto, isso não impediu diversas situações em que ocorreram invasões de competências de um poder sobre o outro⁵³. O caso mais célebre foi, já supracitado, foi *Madison x Marbury* que deu origem ao *judicial review*, ou controle de constitucionalidade, que estabeleceu o Poder Judiciário, na figura da Suprema Corte, como instância de resolução de controvérsias entre os poderes.

⁵¹Em O Federalista nº 48, Madison já alertava que em um regime republicano, o fato do legislativo ser dotado de representatividade popular garantia sua supremacia sobre os demais poderes. E devido a sua competência para criar atos normativos, esse ramo do governo poderia se tornar muito poderoso a ponto de assumir as atribuições executivas e legislativas, desvirtuando assim a separação entre os poderes. Para ele a solução para evitar esses desequilíbrios e limitar o poder do Legislativo seria o sistema de checks and balances. MADISON, O Federalista nº 48, p. 402 e 403.

⁵²BERCOVICI, Gilberto. Separação de poderes no Estado federal norte-americano. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 38, n. 150, abr/jun 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/692/r150-16.pdf?sequence=4%20.%20Acesso%20em:%2025%20abr.%202022>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵³Exemplos de casos em que ocorreram interferência de um poder nas competências de outro: Ex Parte McCordle (1868); Youngstown Sheet & Tube Co. v Sawyer (1952); Mistretta v U. S. (1989); INS v Chadha (1983) e United States v Nixon (1974). Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/separationofpowers.htm>. Acesso em: 20 abr 2022.

1.4 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Ao longo de nossa história constitucional, o Brasil, por longos períodos, vivenciou momentos de subordinação autoritária – seja nos tempos da monarquia absolutista ou no período republicano –, portanto, o acolhimento da Teoria da Separação dos Poderes no constitucionalismo nacional se deu por conta da necessidade de moderação do poder político e da garantia da liberdade.

A consolidação do princípio da separação de poderes no século XIX, ingrediente axiomático da definição e estrutura dos Estados democráticos e determinante da própria Constituição, repercutiu também em nosso jovem sistema constitucional.

Desta feita, é inegável a importância que a teoria da separação teve durante o processo de constitucionalização e formatação do Estado brasileiro. De fato, a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, influenciou as constituições brasileiras, refletindo – cada qual com suas semelhanças e discrepâncias – os pensamentos do filósofo francês. Assim, a teoria foi se amoldando de acordo com as circunstâncias políticas do momento, nas quais sempre havia um protagonismo maior de um poder em relação aos demais. Como salienta Ferreira Filho (2015, p. 80), a ideia de separação dos poderes foi concebida pela doutrina em paralelo ao que estava sendo praticado mundo afora.

Assim, em um contexto de pós-independência, influenciado no plano internacional pela difusão dos ideais liberais e de contestação da ordem colonial e diante da necessidade de configuração de uma organização institucional, o princípio da separação dos poderes foi positivado em nossa primeira Constituição, outorgada por D. Pedro I, em 25 de março de 1824.

Desta forma, a divisão de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário foi introduzida como princípio em nossa primeira Constituição. Dado o momento histórico vivenciado à época, o real objetivo para a inclusão dessa divisão era o de transparecer que o país estava em consonância com as ideias liberais propagadas pelo Iluminismo, conquanto ainda estivéssemos amparados em um governo absolutista.

Nesse sentido, a mesma Constituição que oficializou o princípio da separação dos poderes em nosso ordenamento político-jurídico, inovou ao criar um quarto poder,

sob a influência da ideias do filósofo iluminista francês Benjamin Constant. O Poder Moderador exercido unicamente pela figura do Imperador, detinha a capacidade de desfazer e anular as decisões proferidas pelos outros poderes. A estratégia do Imperador era de, ao dividir os poderes políticos, estabelecer um poder com amplas atribuições para se sobrepor sobre os demais.

Nota-se, que já nos primórdios de nossa organização como Estado, mesmo com a positivação do princípio em nossa primeira Constituição, concomitantemente, surgiam ali as primeiras amostras de como a relação entre os poderes viria a se tornar complexa e conflituosa.

Em vista disso, Marco Antônio Villa (2011), ressalta:

Não é acidental que o autoritarismo esteja tão presente no Brasil. O país já nasceu com uma organização política antidemocrática. E o poder nunca se reconheceu como arbitrário. Ao contrário, D. Pedro I inaugurou o arbítrio travestido de defensor das liberdades. (VILLA, 2011, p. 20)

Desde então, o princípio esteve presente, de forma explícita, no texto de todas as Constituições Brasileiras, da monarquia até a República que vivenciamos atualmente, com exceção feita ao texto da Constituição de 1937. Entretanto, embora presente de forma literal em nosso constitucionalismo, nem sempre se seguiu as orientações da proposta original de Montesquieu de harmonia e independência entre os poderes. As variantes políticas, econômicas e sociais de nossa história serviram para moldar a aplicação deste princípio no nosso ordenamento constitucional.

Bercovici (2001, p. 229), ao analisar a aplicação da separação dos poderes no Brasil e nos Estados Unidos aponta duas diferenças básicas deste princípio nesses países. Primeiro, a separação dos poderes nunca precisou estar consagrada explicitamente, da forma tradicional, no texto constitucional norte-americano, diferentemente do ocorrido nas Constituições brasileiras. Segundo o mecanismo utilizado pela Constituição americana não foi o da separação absoluta e total dos poderes, mas o sistema de freios e contrapesos. Assevera que não foi o que ocorreu no caso do Brasil, que adotou o sistema de separação de poderes no ordenamento constitucional por meio da interpretação literal, e, em sua opinião, equivocada, de Montesquieu.

Ferreira Filho (2015, p. 71) ilustra que apesar de estar presente em todas as Constituições brasileiras, a teoria da separação dos poderes nem sempre se

apresentou de forma ortodoxa, com uma divisão clássica em três poderes, harmônicos e independentes. Segundo autor, ressalvada o texto constitucional de 1937, as demais constituições se apoiaram em formatos heterodoxos de separação dos poderes.

Na mesma linha, Bulos (2014) faz uma apanhado histórico da Teoria da Separação dos Poderes nos textos constitucionais brasileiros:

Desde a Carta imperial de 1824 que o princípio vem reconhecido entre nós. Nessa época, por influência de Benjamin Constant, adotou-se a quadripartição funcional do poder. Nas Constituições seguintes a fórmula consagrada foi a de Montesquieu, com a doutrina tripartite das funções estatais do poder político. O constituinte de 1988 manteve o pórtico, contudo o enunciou de maneira um pouco diferente em relação aos textos constitucionais passados, que prescreviam o jargão "Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro". (BULOS, 2014, p. 517)

Para compreender as dificuldades na implantação do princípio da separação dos poderes no direito brasileiro é importante analisar a própria evolução de nossa história política, recheada de momentos de instabilidade tão relevantes para a aplicação do princípio da separação de poderes no Brasil.

A desorganização institucional do período monárquico pós-independência, autoritarismo, patrimonialismo, descontinuidade democrática dos anos ditatoriais e presidencialismo personalista extremado e um patrimonialismo estatal são dimensões relevantes para a compreensão da aplicação do princípio da separação de poderes no direito brasileiro.

Partindo de uma leitura literal das nossas Constituições é possível notar a semelhança na redação do princípio da separação dos poderes. Porém, apesar de estar consagrado como aspecto essencial da estrutura política do Estado, esse desenho institucional sofreu diversas intempéries que se conjugam com a própria evolução do constitucionalismo no Brasil. Nesse sentido, discorre Bonavides (2000):

Até agora esse modelo permanece, todavia, inacabado, após cerca de dois séculos de renovadas diligências e sacrifícios; é projeto fugaz sujeito às oscilações da ideia e da realidade com as quais não logrou ainda se compatibilizar. Projeto bloqueado inúmeras vezes pelas resistências absolutistas, pelo continuísmo e vocação de perpetuidade governista, bem

como pelos interesses representativos comprometidos com um status quo de dominação que a classe política busca manter inalterável, debaixo de seu jugo, insensível por inteiro ao rápido senão vertiginoso agravamento das desigualdades sociais e regionais, cujo quadro é sobressaltante enquanto prelúdio de uma tragédia de sangue e guerra civil, de consequências imprevisíveis. (BONAVIDES, 2000, p. 155)

Paixão e Pinheiro (2018), salientam que, em quase dois séculos, já produzimos sete constituições. Isso demonstra que há em nossa história constitucional uma relação significativa entre mudança política e construção constitucional, ou seja, há uma ligação direta entre as alterações do ambiente político e o advento de um novo texto constitucional.

A história da nossa evolução constitucional, desde o Império, e ao longo da República é entremeada por crises e ruptura das instituições constitucionais, com a alternância entre regimes fechados e mais democráticos, com a respectiva repercussão em nossas Constituições. Fenômenos como o absolutismo, autoritarismo, populismo, hiperpresidencialismo e, mais recentemente, ativismo judicial denotam como o quadro institucional brasileiro é inacabado e deriva de uma série de fatores políticos, conjunturais e sociais.

Tais fatores acabaram por moldar a atuação de cada um dos Poderes em nossas Constituições, acentuando as disputas de poder entre eles. Destarte, o que vivenciamos atualmente pode ser reflexo da concepção político-jurídica da separação dos poderes no direito brasileiro.

Nesse sentido, Piçarra (1988, p. 184), alerta para o fato de que apesar de contar com um sistema de freios e contrapesos a prática constitucional demonstrou não um equilíbrio permanente entre os poderes, mas uma prevalência periódica de um sobre o outro.

A evolução do constitucionalismo impõe uma nova perspectiva de ordenação de poder, na medida em que a rigidez material da separação foi materialmente abandonada, e hoje presenciamos uma intensa interpenetração entre os Poderes, que resultam em usurpação de competências e preponderância de um poder sobre o outro.

Segundo (SILVA, 2013)⁵⁴, “a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”. (SILVA, 2013, p. 110)

Nesse sentido, o avanço desse sistema acentuou a problemática que perpassa a atual modelagem das instituições públicas. Como resultado, presenciamos o surgimento de novas demandas sociais por direito que já não encontram respaldo na clássica definição de separação dos poderes. Afinal, a nova ordenação dos poderes deve estar em uma dimensão que confira eficiência à ação governamental, preservando a harmonia e equilíbrio na relação entre os poderes.

Registre-se, por oportuno, que se, por um lado, no século XIX, houve o predomínio político do Executivo e, em menor grau, do Legislativo, o mesmo não se pode afirmar acerca do período posterior à Segunda Guerra Mundial. Com o surgimento do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário ganhou protagonismo e passou a ampliar seu campo de atuação, por vezes adentrando na competência dos outros poderes.

Não obstante a doutrina contar com um sistema de freios e contrapesos, a convivência harmônica e independente positivada no texto constitucional vem sendo testada no seu limite. Em um cenário de intensas transformações, como a consolidação da supremacia da Constituição, a expansão da democracia, o intenso fluxo de desenvolvimento social e institucional exigem uma estrutura estatal mais eficiente.

De acordo com Giacomolli, os poderes no Brasil ainda estão em uma fase de equalização de seus limites:

Ainda se observa no Brasil um momento de calibragem institucional na realização dos instrumentos de *accountability* do Poder Judiciário sobre os agentes políticos, pois, por exemplo, o combate à corrupção não justifica a

⁵⁴SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 934 p.

desconsideração do devido processo judicial, impondo-se o respeito aos direitos fundamentais dos investigados e dos acusados, além de não ser constitucionalmente adequada a intervenção do Poder Judiciário em atos políticos por excelência. Por sua vez, é uma tendência no constitucionalismo atual a ampliação dos papéis atribuídos aos juízes e aos Tribunais. (apud BARBOZA; FILHO, 2019, p. 79-97)

Hodiernamente, estamos diante de um fenômeno contemporâneo decorrente do pluralismo e diversidade atual da nossa sociedade e do aumento das demandas sociais, que vêm promovendo quase um reordenamento institucional, com o deslocamento cada vez maior das resoluções políticas dos centros naturais de decisão – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário.

A seguir, faremos um apanhado da separação dos poderes nas Constituições brasileiras, inclusive apresentando os artigos que abordavam o assunto.

1.4.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

Essa Constituição marca a fase inicial do constitucionalismo brasileiro, que tem como marco a declaração da Independência em 1822. A efervescência dos ideais liberais da Revolução Francesa e Americana influenciou na formulação desta Constituição. Entretanto, por se tratar de um país recentemente independente, acabou mesclando aspectos do colonialismo, com alguns matizes do constitucionalismo francês.

No que se refere ao princípio da separação de poderes, o que foi positivado nessa Constituição diferenciava-se da proposta original de Montesquieu. A redação do Art. 9º dizia⁵⁵:

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer *effectivas* as garantias, que a Constituição *offerece*. (BRASIL, 1824)

Contudo, inspirada no pensamento de Benjamim Constant, a Constituição de 1824 acrescentou um quarto poder, o Poder Moderador, à divisão tripartite de

⁵⁵BRASIL. Constituição. Constituição Política do Império do Brazil de 1824. Presidência da República. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

Montesquieu, mantendo a harmonia, mas não lhes garantindo a independência. Assim dispunha o texto constitucional em seu art. 10⁵⁶:

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

A instituição do Poder Moderador criava um claro desequilíbrio na relação entre os poderes e tinha, como corolário, o desejo do Imperador em controlar os demais poderes do Estado. Desse modo, havia em nosso ordenamento uma combinação ambígua de traços do liberalismo e absolutismo⁵⁷.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Ademais, a leitura das disposições constitucionais apontava para um sistema de governo baseado em uma monarquia constitucional, marcado por intensas discussões políticas e revoltas que lutavam contra a estrutura de poder fortemente centralizada.

Ao Poder Legislativo, foram reservadas algumas atribuições, como a elaboração, suspensão e revogação das leis, a decisão sobre sucessão da coroa, o estabelecimento de meios para o pagamento da dívida pública e a concessão de autorização para que o governo pudesse contrair empréstimos. Por fim, os legisladores eram escolhidos pelo Imperador, o que garantia, de certo modo, a subserviência do parlamento.

Já o Poder Judiciário, à luz da doutrina da separação dos poderes, poderia ser considerado como o mais debilitado. Houve a criação do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), porém sem qualquer controle sobre a constitucionalidade das leis. Dispunha a carta constitucional de 1824 que o Judiciário era dependente do Poder Executivo. Nas palavras de Octaciano Nogueira (2012):⁵⁸

⁵⁶Idem 56

⁵⁷Idem 56

⁵⁸NOGUEIRA, Octaciano. A constituição de 1824; constituições do Brasil. 3 ed. Brasília: Senado Federal, v. 1, 2012. 105 p. (Coleções Constituições brasileiras).

Isso mostra que o Executivo não só se arrogava o direito de discutir a justiça das decisões do Judiciário, como também estava disposto a punir todos aqueles que, no seu exclusivo juízo, agissem em desacordo com suas crenças. Não se pode dizer, ante tal realidade e ante o poder expressamente concedido ao Imperador, pela própria Constituição, de decretar aposentadorias compulsórias e transferências de magistrados vitalícios, que o Judiciário do Império fosse efetivamente um poder independente. (NOGUEIRA, 2012, p. 27)

Assim, diante das inúmeras possibilidades de intervenção do Poder Moderador nas competências legislativas e judiciais, o princípio da separação dos poderes restou atacado em um dos requisitos básicos, a independência. Tem-se, então, o primeiro registro de conflito entre poderes do nosso constitucionalismo.

1.4.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com o advento da Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, ocorreram diversas mudanças representativas em nosso sistema político e econômico, tais como a abolição do trabalho escravo; a urbanização; a descentralização – que deu origem a federação –; o abandono do modelo monarquista e a sua transformação em república e a sucessão do parlamentarismo pelo presidencialismo.

No terreno da separação dos poderes, a queda da Monarquia e consequente adoção da forma Republicana significou a extinção do Poder Moderador e o retorno ao modelo de divisão tripartite de Montesquieu. Outra alteração relevante foi o estabelecimento da independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁵⁹.

Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Ademais, o Poder Legislativo continuou sendo bicameral e foi dada ao parlamento a atribuição para julgar o Presidente nos casos de crime de

⁵⁹BRASIL. Constituição. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Presidência da República. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

responsabilidade. Por fim, cabe destacar que o texto constitucional, por influência da Constituição americana, atribuiu a função de Vice-Presidente da República ao Presidente do Senado Federal.

Outra inovação, influenciada pelo constitucionalismo americano, foi o dispositivo que atribuía ao Poder Judiciário a função de realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos. Pode-se dizer que houve uma pequena ascensão desse Poder.

Todavia, o Poder Executivo se mantinha fortalecido em relação aos demais poderes e com a previsão de uma cláusula de inacumulabilidade de funções instituída pelo art. 79 da Constituição, mas que não limitava a delegação de funções, abriu espaço para que o Executivo pudesse legislar em determinadas situações.⁶⁰

Art. 79 - O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro.

Assim, nossa na primeira Constituição da República restabeleceu a teoria clássica de Montesquieu e repudiou a monarquia. Foi através da Constituição de 1891 que surge no Brasil o paradigma de Estado Liberal e o sistema presidencialista de governo.

1.4.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 16 de julho de 1934 ficou marcada pela inovação trazida pelo constitucionalismo social, com inspiração na Constituição da República de Weimar, de 1919, os direitos sociais ganharam destaque.

O texto constitucional de 1934 buscou fortalecer a centralização do poder no âmbito federal. Manteve-se, também, em seu art. 3º a forma da separação dos poderes nos moldes da anterior, prevendo além da independência, a adoção de um sistema de coordenação dos poderes pelo Legislativo⁶¹.

⁶⁰Idem 60

⁶¹BRASIL. Constituição. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Brasília, DF. Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

Coube ao Senado Federal a incumbência de coordenar os poderes federais entre si. Esse dispositivo trouxe complexidade ao princípio da separação dos poderes, visto que remetia a ideia de ressurgimento do Poder Moderador⁶².

Art. 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.

Foi mantida a cláusula da inacumulabilidade de funções, porém acrescida da proibição expressa da delegação de funções, prevista no art. 3º, § 1º. Essa cláusula foi inserida com o objetivo de frear a usurpação pelo Poder Executivo das funções legislativas do parlamento.

Com relação ao Poder Judiciário, houve uma tímida demonstração de valorização de independência da Corte Suprema, com a mudança do nome para Supremo Tribunal Federal e a subordinação de todos os tribunais a ele. E também na medida o controle de constitucionalidade ganhou maior relevância e foi inserido em nosso sistema jurídico o mandado de segurança e a ação popular.

Não obstante, os efeitos da crise econômica de 1929 foram determinantes para que o Poder Executivo voltasse a ter preponderância e ingerência sobre os demais poderes, em especial o Legislativo, com a demasiada edição de Decretos-Leis.

Diante desse cenário, a Constituição de 1934 foi a que menos tempo vigorou no Brasil, durante apenas três anos.

1.4.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

Diferente da Constituição anterior, a de 1937 foi resultado de um golpe de Estado orquestrado pelo Presidente Getúlio Vargas. De maneira ditatorial, seguindo

⁶²Idem 62.

as práticas dos regimes totalitários europeus, Getúlio revogou a carta de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou o texto constitucional de cunho fascista, inspirado na Constituição Polonesa de 1935, que concentrava ainda mais o poder na figura do chefe do Poder Executivo.

Não havia nenhuma preocupação com o princípio da separação dos poderes, visto que esta Constituição tinha o desígnio de aparentar traços de legalidade ao período ditatorial do Estado Novo. Não havia, no texto, a previsão expressa da separação dos poderes presente nas constituições anteriores.

O desprezo quanto a separação dos poderes demonstrou-se mais latente em virtude das várias reformas feitas ao texto, cuja finalidade era apropriar-se do Poder Constituinte originário, verificadas nos artigos 12 e 13.⁶³

Art. 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

Art. 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.

Tese que foi reforçada como a edição da Lei Constitucional nº 9, de 1945,⁶⁴ que defendia a ideia de que o Poder Constituinte residia no Chefe de Governo.

Art. 14 - O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização da Administração

⁶³BRASIL. Constituição. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Presidência da República. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 23 out. 2021.

⁶⁴Idem 64.

federal e o comando supremo e a organização das forças armadas.
(Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945)

O cenário era de verdadeira afronta ao princípio clássico da separação dos poderes. Houve, nitidamente, um enfraquecimento dos poderes Legislativo e Judiciário, em favor do poder Executivo, que somava inúmeras atribuições, tais como a possibilidade de tornar sem efeito a decisão judicial de inconstitucionalidade de uma lei e também a de suspender projeto do Congresso, no caso de o Executivo manifestar a intenção de apresentação de proposição no mesmo sentido.

No que tange ao Poder Legislativo, foi extinto o bicameralismo rígido com a divisão do parlamento em duas Câmaras (Deputados e Conselho Federal), com a redução das atribuições do Senado Federal, agora chamando de Conselho Federal. Além disso, o Legislativo exercia suas funções com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República. Além de outras várias restrições às prerrogativas do Congresso Nacional.⁶⁵

Art. 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

§ 1º - O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.

§ 2º - Ninguém pode pertencer ao mesmo tempo à Câmara dos Deputados e ao Conselho Federal.

Ao Poder Judiciário, era vedado conhecer sobre questões exclusivamente políticas e, apesar da previsão dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, não havia, dentre os órgãos do Governo, um com as prerrogativas para julgar esses crimes.

⁶⁵Idem 64.

1.4.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Com a derrocada da Ditadura de Vargas em 1945, foi elaborado um novo texto constitucional fruto de um esforço para a implantação da redemocratização e reconstrução do país. Nele, buscava-se restabelecer a harmonia entre os poderes⁶⁶, além de reduzir as extensas prerrogativas do Poder Executivo, presentes na Constituição de 1937.

Art. 36 – São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Apesar do esforço para reestabelecer o princípio da separação, Bonavides (1991) critica a utilização da fórmula baseada em um formalismo retórico e velho dos Estados liberais do século XIX.⁶⁷

O artigo 36, que estabelece o princípio da separação de poderes, traz por exemplo uma velha e desprestigiada técnica do Estado liberal, um formalismo retórico das Constituições individualistas do século XIX, uma arma ultrapassada de contenção do poder do Estado, uma postulação doutrinária de Montesquieu, a qual serviu de eficaz instrumento de luta nos primeiros combates de Estado burguês com a realza absolutista, mas que perdeu já de todo o significado histórico. (BONAVIDES, 1991, p. 407)

Malgrado a crítica do ilustríssimo professor Paulo Bonavides, a Constituição de 1946 cumpriu, enquanto pode, seu papel em reestabelecer os princípios democráticos e da separação dos poderes.

Dentre as medidas que contribuíram para esse reequilíbrio, estão: a escolha para o cargo de chefe do Executivo por eleição direta, com mandato de cinco anos, o reestabelecimento do cargo de Vice-Presidente da República; a incorporação da justiça do trabalho e do Tribunal Federal de Recursos ao Poder Judiciário, o julgamento dos crimes comuns do Presidente pelo Supremo Tribunal Federal, a

⁶⁶BRASIL. Constituição. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Presidência da República. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁷BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 924 p.

ampliação da utilização do Mandado de Segurança, a alteração no controle de constitucionalidade das leis e a consagração de acesso ao Poder Judiciário; o Poder Legislativo novamente dividido de maneira bicameral (Senado e Câmara), os cargos do Legislativo (deputados e senadores), com direito à reeleição, sendo que os deputados com mandato de quatro anos, e senadores com mandato de oito anos.

Por outro lado, cabe ressaltar que as emendas promulgadas à carta de 1946 alteraram a dinâmica da separação dos poderes. Nesse período, passamos pela experiência de regime parlamentarista, mas que logo retornou ao presidencialismo. Outro fator que contribuiu foi a destituição do Presidente da República pelos militares em 1964, retomando um período de autoritarismo no sistema político nacional.

1.4.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967

A retomada de um contexto de autoritarismo resultante do golpe militar de 1964 fez com que fosse editado um novo texto constitucional, que, mais uma vez, serviria para dar um ar de aparente legalidade ao regime imposto.

Em que pese a previsão, no art. 6º, dos elementos da teoria tripartite de Montesquieu, na prática, não se verificava um equilíbrio entre os poderes, mas, sim, uma prevalência do Executivo.⁶⁸ Essa posição fica ainda mais acentuada após a Emenda Constitucional 1/1969, quando as hipóteses de cabimento de decreto-lei foram significativamente ampliadas.

Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

Não obstante a preservação do Congresso Nacional, havia por parte do regime militar um domínio e controle sobre o Legislativo. O disposto no parágrafo único do

⁶⁸BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Presidência da República. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

art. 6º abria espaço para exceções, que relativizavam a Teoria da Separação dos Poderes.

Sucessivas alterações no texto constitucional mediante a edição de Atos Institucionais serviram como mecanismos de legitimação e legalização do autoritarismo da época. O Ato Institucional nº 5, de 1968⁶⁹, promoveu quase um poder absoluto nas mãos do chefe do Poder Executivo. Nesse diapasão, o parlamento foi fechado e houve a supressão das prerrogativas do Poder Legislativo.

Com relação ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal teve sua composição aumentada de 11 para 16 ministros, com o objetivo de enfraquecê-lo e fazer prevalecer as decisões do regime autoritário. O ato que deu imensos poderes ao Executivo e causou o fechamento do Congresso, teve reflexo no Judiciário com a cassação de três ministros do Supremo contrários aos abusos do regime.

O sistema autoritário perdurou por 21 anos e encerrado este ciclo, iniciou-se a fase conhecida como Nova República, com a convocação de uma nova Assembleia Constituinte.

1.4.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após o fim do regime autoritário que perdurou de 1964 até 1985, o país emerge, novamente, em um processo de redemocratização que surge conjugado a elaboração de um novo texto constitucional que expressasse a realidade social e política nacional. O novel texto consagrou expressamente o princípio da separação dos poderes e o encapsulou como cláusula pétrea. Ademais, formatou todo um arcabouço estrutural, com vistas a assegurar a independência entre os poderes, com atribuições de controle recíproco.⁷⁰

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

⁶⁹BRASIL. Presidência da República. Ato Institucional n. 5, de 12 de dezembro de 1968. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

⁷⁰BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

Diferente de outros textos, a Constituição Cidadã de 1988 não previu a cláusula de inacumulabilidade das funções e sua indelegabilidade. Essa lacuna poderia acarretar flexibilização do princípio da separação de poderes e, conseqüentemente, influir na interpenetração das funções entre eles.

É certo que o processo de redemocratização do Estado brasileiro provocou o aumento das demandas por direitos fundamentais e pacificação social pela aplicação do direito aos casos concretos. Nota-se disso a necessidade de reorganização da estrutura do Estado e suas funções.

Constata-se, pois, que o aumento das demandas promove a ascensão institucional do Poder Judiciário, frente aos demais poderes. Assim, transfere-se para o Judiciário o debate acerca da concretização de políticas públicas que originariamente seriam de competência do Executivo e Legislativo. A predominância da jurisdição constitucional sob o manto do neoconstitucionalismo remodelou o sistema político-jurídico a ponto de retirar o Judiciário do papel de coadjuvante e alçá-lo a protagonista do debate político.

Hodiernamente, notamos que a complexidade que perpassa a atual relação entre os poderes vem demonstrando uma interferência e interpenetração das funções estatais, e promovendo quase um reordenamento institucional, com o deslocamento cada vez maior das resoluções políticas dos centros naturais de decisão – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário. Acrescentam-se, a esse contexto, a desilusão política e descrença nos membros do Poder Legislativo e a crise de representatividade que coloca em dúvida a legitimidade desse poder na concretização dos valores constitucionais.

1.5 CRÍTICAS À TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

As modernas sociedades politicamente organizadas assentaram suas estruturas de sustentação no constitucionalismo, um sistema normativo, cujo ápice é a Constituição. Para Marcelo Neves (2009), o constitucionalismo é o resultado de um acoplamento estrutural de poder e lei, inseridos nos textos constitucionais e cuja origem deveu-se às transformações modernas da estrutura social.

A Constituição enquanto acoplamento estrutural e, ao mesmo tempo, como mecanismo de diferenciação funcional entre política e direito ou, em outras palavras, de desintrincamento entre poder e lei, que surgiu na esteira de transformações radicais da estrutura social na modernidade, foi – como já salientado – fator e produto de uma nova semântica, o constitucionalismo. (NEVES, 2009, p. 60)

Como aponta Gustavo Bercovici (2004), o Estado é pressuposto pela Constituição, cuja função é regular os órgãos estatais, seu funcionamento e esfera de atuação, o que irá, conseqüentemente, delimitar a esfera da liberdade individual dos cidadãos. A Constituição é também um instrumento de governo, pois legitima procedimentalmente o poder, limitando-o.⁷¹

As premissas desse sistema estão assentadas na ideia do império da lei, na tutela dos direitos fundamentais e no controle do poder absoluto. Nas palavras de Canotilho (2003), trata-se de uma “técnica específica de limitação do poder”⁷². Posição compartilhada pela sociologia, que o define como um movimento que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado.

Assim, o constitucionalismo tem como atributo prevenir e proteger o povo de um governo autoritário, projetando mecanismos que determinam quem pode governar, como e para quais propósitos. A separação de poderes é o motor que permite ao corpo político manter seus compromissos com a liberdade, os direitos fundamentais e a condução do país por um bom governo.

Nesse processo de busca pela organização político-social e sistematização das estruturas de governo, sem dúvida, o princípio da separação dos poderes se projeta como princípio político central do constitucionalismo moderno. Trata-se de um ideal valioso e essencial a ser mantido e aprimorado para a própria sustentação da teoria constitucional.

A Teoria da Separação dos Poderes, em sua concepção moderna, foi sendo construída e sistematizada no decurso da história, tendo sido influenciada pelas transformações políticas e sociais vivenciadas pelos países onde esse princípio

⁷¹BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 61, p. 5-24, 2004. Lua Nova. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2022.

⁷²CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, f. 731, 2003. 1461 p.

estava positivado. Entretanto, essas modificações intensificaram a esfera de atuação dos Estados Contemporâneos e colocaram em xeque essa teoria como dogma. De acordo com Bonavides (2016)⁷³:

Quando se preconizava a separação de poderes como o melhor remédio para garantia das liberdades individuais, estas liberdades alcançavam na organização do Estado constitucional uma amplitude de valores absolutos, inviolavelmente superiores à coletividade política, acastelados nas Declarações de Direitos, que ideologicamente eram a parte de fundo das Constituições, sua peça básica, a que a discriminação de competência entre poderes deliberadamente divididos e enfraquecidos servia tão-somente de meio, de moldura, de couraça. As Constituições viam menos a sociedade e mais o indivíduo, menos o Estado e mais o cidadão. Desde, porém que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contrassensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada. O princípio perdeu, pois, autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda. Demos, porém, algumas razões críticas que contribuiram apreciavelmente a expungí-lo da ciência política, tornando-o em sua aplicação radical uma extravagância, uma reminiscência, um anacronismo do passado irreversível. (BONAVIDES, 2016, p. 186)

Não obstante, a Teoria da Separação dos Poderes tenha se tornado uma ideologia forjada como um princípio fundamental da teoria constitucional, muitos aspectos da concepção clássica tripartite de separação rigorosa, em termos funcionais, e a sistemática de controles mútuos passaram a ser objeto de críticas. Mormente, tem sido atacado por ser inadequado para responder às realidades institucionais e por gerar forte conflito político.⁷⁴

Levando em conta todo o contexto do absolutismo do século XVIII, a Teoria da Separação dos Poderes exigia uma separação rigorosa em linhas funcionais e um sistema de controles e equilíbrios projetado como vigoroso mecanismo sancionador.

⁷³BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 627 p.

⁷⁴Para Bonavides (2016): A sociedade política contemporânea patenteia uma angustiante crise nas relações dos poderes tradicionais, do mesmo passo que a interferência ostensiva de novos poderes parece alterar aquele quadro habitual do equilíbrio mantido formalmente pelos textos das Constituições, cada vez mais irreais em espelhar o verdadeiro estado das forças atuantes. (Ibid. p. 183)

Perante o exposto, a verdade é que o modelo puro de separação de poderes de Montesquieu, baseado em um conceito material das funções estatais divididos em três órgãos distintos, exercendo o poder de maneira independente, não foi engendrado na estrutura organizacional de nenhum estado moderno. Tratou-se, na realidade, um modelo de intricada concretização, ou mesmo extemporâneo, uma vez que não caberia reduzir os vastos poderes exercidos pelas instituições do Estado a uma visão reducionista aludida em uma divisão tripartite de tarefas.⁷⁵

Dessa forma, critica-se a Teoria da Separação dos Poderes pelo seu caráter meramente formal, já que não teria como ser aplicada na prática. Uma análise sobre o comportamento dos poderes do Estado indica uma interpenetração entre eles. Com a prática de atos que, a rigor, se enquadram na competência de outro e um predomínio de um poder sobre os demais. Assim, como resultado, teríamos somente a aparência de separação.

Waldron (2013) considera que o princípio da separação dos poderes exige que as funções do governo:

[...] tenham, cada uma delas, uma integridade em si mesma, que é contaminada quando considerações executivas ou judiciais afetam o modo em que a legislação é realizada, que é contaminada quando considerações legislativas e executivas afetam o modo em que a função judicial é cumprida, e que é contaminada quando tarefas específicas do executivo são confundidas com as tarefas de legislar e de julgar.⁷⁶ (WALDRON, 2013, p. 460).

Ademais, Waldron (2013) critica os filósofos políticos que estruturaram os fundamentos da Teoria da Separação dos Poderes no século XVIII, especificamente Montesquieu e Madison, por deixarem brechas em suas argumentações. Para ele, o

⁷⁵ACKERMAN (2000) concorda com a ideia de que reduzir a atuação de cada poder a uma determinada função sem que, em determinados casos, um acabe por exercer as competências que marcadamente seria de outro, mas que, uma vez realizada de maneira diferente, atende melhor àqueles pressupostos, seria muito insignificante. Para o autor, dessa forma, a Teoria da Separação dos Poderes serviria aos propósitos da democracia, da eficiência de cada poder e para a proteção dos direitos fundamentais. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. Harvard Law Review, v. 113, jan 2000, p. 2. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2022.

⁷⁶WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice? Boston College Law Review, Newton, v. 54, 2013. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>. Acesso em: 18 nov. 2021.

resultado foi uma confusão prática e teórica entre os princípios da separação dos poderes, divisão dos poderes e dos freios e contrapesos.

Dessa forma, a ideia da separação dos poderes foi amplamente criticada, em muitos casos tais críticas foram direcionadas à sua natureza abstrata e fictícia. Em grande parte, essas críticas estão associadas às aplicações práticas da teoria, principalmente, no que se refere a fatos específicos que derivem de abordagens ligadas à sua forma clássica de divisão entre os poderes.

Nessa conjuntura, segundo Waldron, os argumentos utilizados por Montesquieu para justificar a separação dos poderes, por exemplo, eram principalmente tautologias.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor⁷⁷.

Justamente em função do seu caráter tautológico e do seu status como um princípio ubíquo do constitucionalismo moderno, a separação dos poderes permanece como uma teoria imprecisa, caso não se esclareça, com a maior precisão possível, as legítimas esferas de atuação de cada Poder, com vistas a evitar a arbitrariedade e o autoritarismo.

Como resultado, grande parte do desenvolvimento da teoria ignorou os problemas práticos de estabelecer uma separação de poderes em uma democracia. Uma época em que o papel desempenhado pelo Estado era mínimo na maioria das sociedades, e, essencialmente baseava-se na manutenção da ordem interna e condução da política externa.⁷⁸

⁷⁷MONTESQUIEU, Charles de Secondat - Baron de. O Espírito das leis. Tradução Fernando Henrique Cardoso; Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 187.

⁷⁸Conforme os apontamentos de Vile (1998): “ A doutrina da separação dos poderes” não é de forma alguma um conjunto de conceitos simples e imediatamente reconhecível, inequívoco. Pelo contrário, representa uma área do pensamento político em que tem havido uma confusão extraordinária na definição e uso dos termos. Além disso, muito do conteúdo específico dos escritos dos séculos anteriores é bastante inadequado para os problemas de meados do século XX. A doutrina da separação de poderes, isolada como uma teoria de governo, falhou uniformemente em fornecer uma base adequada para um sistema político eficaz e estável. Foi, portanto, combinado com outras ideias

Assim, tendo em vista que cada ramo de poder procura atuar de acordo com suas preferências, a despeito da incapacidade de realizar de forma unilateral essas predileções, é fatal que a discordância seja permanente e esses atores políticos procurem ampliar o poder e a influência atinente a cada ramo.

Isso está longe de ser um defeito do sistema, dado que esse conflito é a própria essência do que os formuladores da Teoria da Separação dos Poderes pretendiam, a saber: que nenhum poder pudesse acumular poder suficiente para dominar os outros. Entretanto, esses mesmos formuladores da doutrina não explanaram de forma clara os termos de uma teoria que pudesse conectar divisão de poderes com controle e harmonia entre eles. Naquela época, não foram tratadas com exatidão as perspectivas institucionais entre separação e controle entre os poderes.

Assim, como distinguir o ponto de equilíbrio entre um controle institucional e uma interferência negativa na independência funcional de outro poder? Essa dúvida, em grande parte geradora de disputas entre os poderes, pode ser considerada como um dos principais fatores de crítica a construção abstrata da Teoria da Separação dos Poderes.

Nesse sentido, para Piçarra (1988), o sistema de *checks and balances* não foi capaz de garantir o equilíbrio permanente entre os poderes, o que ocorreu foi uma predominância cíclica de cada um deles.⁷⁹ Para confirmar essa afirmação, o autor recorre ao exemplo da doutrina americana de separação dos poderes que projetou um fortalecimento dos Poderes Executivo e Judiciário frente ao Poder Legislativo, uma preocupação dos formuladores diante do contexto sociopolítico da época. (PIÇARRA, 1988, p. 36)

Apesar das críticas, faz-se necessário lembrar que a maioria dos filósofos da Teoria da Separação dos Poderes teve contato com sistemas de governo não democráticos ou democracias muito incipientes, nas quais não havia separação dos poderes. Destarte, excessivamente, suas reflexões eram basicamente normativas, voltadas para a descrição de como o sistema deveria ser.

políticas, a teoria do governo misto, a ideia de equilíbrio, o conceito de freios e contrapesos, para formar as complexas teorias constitucionais que forneceram a base dos sistemas políticos ocidentais modernos." (Ibid. 15, p. 2)

⁷⁹PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988. 281 p.

No Brasil, tendo em vista que o processo de redemocratização soma pouco mais de três décadas, nossa jovem democracia ainda sofre alguns percalços para concatenar a distribuição das competências constitucionalmente atribuídas a cada poder. O regime impositivo e autoritário vivenciado pela sociedade brasileira, anterior à Constituição Federal de 1988, pode ter influenciado no balanceamento do marco institucional previsto no texto constitucional.

Nossa Constituição consagrou em seu texto a república presidencialista como forma de governo. Ademais, estabeleceu, como um de seus princípios fundamentais, a divisão das funções estatais em três distintos órgãos: o Poder Legislativo, a ser exercido pelo Congresso Nacional; o Poder Executivo, a cargo da Presidência da República, e o Poder Judiciário, atribuído aos tribunais e aos magistrados federais e estaduais, variando a competência de cada juízo conforme o determinado em lei.

Esse formato institucional foi importante no processo de redemocratização do país, mas também contribuiu para um acirramento das relações entre os poderes estatais. De fato, em regimes democráticos é frequente e natural que os poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário – testem os limites de sua influência e autoridade. Um fenômeno que passa a ser um problema quando essa tensão gera crise e, no limite, uma ruptura institucional com efeitos sobre a democracia.

Não obstante termos adotado o tradicional esquema de tripartição dos Poderes, com o sistema de freios e contrapesos dele decorrente, a convivência harmônica e independente positivada no texto constitucional vem sendo testada no seu limite. A rigidez material dessa separação foi materialmente abandonada e, hoje, presenciamos uma intensa interpenetração entre os Poderes, que resulta em usurpação de competências e preponderância de um poder sobre o outro. Esse ambiente de tensão não é salutar para nossa jovem democracia.

A disputa entre os poderes pode afetar o ambiente democrático do país, as transformações do Estado Constitucional e a forma como esses poderes se relacionam. A busca por uma nova forma de relação entre eles é legítima, mas o preço não pode ser a ameaça ao regime democrático.

1.6 REVISITAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ATUALIDADE

No decurso de nossa história, o Brasil vivenciou diversos períodos autocráticos, nos quais a separação dos poderes de maneira harmônica e independente foi apenas formal. A divisão das funções estatais nos textos constitucionais anteriores ao nosso atual texto normativo deixa isso evidente.

Mesmo nos curtos períodos nos quais experimentamos um regime democrático, havia uma preponderância do Poder Executivo, fortalecido pelo nosso sistema de governo presidencialista, sobre os demais Poderes. Ou seja, a predominância do Poder Executivo há tempos desconstrói a finalidade clássica da teoria de Montesquieu.

Destarte, o desenho institucional brasileiro de divisão dos poderes e de suas respectivas funções não vem se mostrando apropriado ao comando estatal. Afinal, os vários entraves surgidos dessa disposição em nosso sistema constitucional indicam uma enorme capacidade de gerar conflitos.

Nesse sentido, é importante repensar a doutrina da separação dos poderes sem a rigidez como foi concebida nos séculos passados. Até para corrigir distorções de preponderância de um Poder sobre o outro, faz-se necessário adaptar a formatação atual à estrutura do Estado Moderno, com todas as variantes multidimensionais que nos cercam.

A discussão sobre uma nova forma de separação dos poderes é importante para o aperfeiçoamento do aparelho estatal. Assim, tomamos como ponto de estudo a proposta do professor Ackerman (2014), que questiona a atual serventia das ideias de Montesquieu. Para o autor⁸⁰:

Apesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em legislativo, judiciário e executivo — sendo o direito administrativo

⁸⁰ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 265, jan/abr 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/18909/17652/35038>. Acesso em: 8 mar. 2022.

comparado inserido, de alguma forma, dentro do último ramo da trindade. (ACKERMAN, 2014, p. 14)

Para ele, a concepção de três poderes ignora o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciais ou executivas. Nas palavras do professor americano:

Embora a tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos. Uma “nova separação de poderes” está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias — ou talvez mais. (ACKERMAN, 2014, p. 15)

A proposta de Ackerman é reformar a Constituição e, com isso, fazer uma adequação na estrutura da separação dos poderes, com vistas a adaptar o sistema à complexidade das novas necessidades e funções do Estado.

O pensamento dele está em consonância com as mudanças de paradigma presentes no constitucionalismo contemporâneo, quais sejam: direitos fundamentais e democracia. Ele defende que haja uma estruturação constitucional das funções estatais isoladas da influência política. Ademais, adiciona em sua proposta a necessidade do profissionalismo no aparato burocrático para garantir a aplicação imparcial da lei e garantir uma legitimidade democrática.

Ackerman demonstra ter uma predileção pelo sistema parlamentarista de governo. Entretanto, ele sugere uma releitura da separação de poderes com foco na distribuição de funções, e não em uma divisão do poder propriamente dita.

Dessa forma, ele propõe uma revisão do modelo tripartite de Montesquieu e a criação de instituições funcionalmente independentes. Para o autor, quatro pressupostos devem ser preenchidos para se averiguar a legitimidade das “novas” instituições, que não se resumem ao Legislativo, Judiciário e Executivo: i) ligação com o valor democracia ou teorias econômicas; ii) proteção constitucional especial, em relação a forças externas; iii) insulamento dessas instâncias, o que conduzirá a um trabalho melhor; e iv) análise empírica comparada de como instituições independentes funcionam em outros países.

Não obstante esses pressupostos, Ackerman destaca dois problemas que devem ser tratados quando da criação dessas instituições independentes: o primeiro é que deve haver uma coordenação entre os poderes, de forma que se conduza a uma coesão, e segundo problema trata do déficit democrático, já que quanto maior o número de instituições independentes isoladas de controle político direto, maior a privação do processo democrático.

No que se refere a jurisdição constitucional, Ackerman sustenta ser necessária uma limitação ao poder majoritário do parlamento e que esse controle deva ser exercido por uma corte constitucional, principalmente com o intuito de proteger certas decisões referendadas em virtude de maiorias ocasionais. Ele também sugere alterações significativas na Suprema Corte, tais como: quórum mais expressivo para a escolha dos ministros, estabelecimento de mandatos e fim da vitaliciedade.

Como vimos, o pensamento de Ackerman nos estimula a refletir sobre uma reforma constitucional capaz de promover uma reorganização na separação dos poderes, de modo a reduzir as tensões institucionais.

Entretanto, no caso brasileiro, teríamos certa dificuldade para implementar as ideias do aclamado constitucionalista americano. Primeiramente porque nosso sistema presidencialista de governo, inspirado no modelo americano e criticado demasiadamente por Ackerman, tem como característica um presidente eleito diretamente pelo povo, enquanto os representantes do povo são eleitos pelo sistema proporcional.

Na visão de Ackerman, o presidencialismo é um sistema com evidentes desvantagens, pois dele emerge o risco de impasse, principalmente quando o vencedor das eleições presidenciais é originalmente de um partido diferente do partido ou partidos detentores das maiorias congressuais.

Logo, o sistema é potencialmente conflituoso e gerador de instabilidade política, da qual, eventualmente, emergem crises de governabilidade. A necessidade de produção de coalizões complexas para garantir a maioria no parlamento, formadas por meio da distribuição de cargos e verbas orçamentárias, favorece uma ruptura institucional, processo no qual um poder se sobrepõe ao outro. De acordo com Ackerman (2013)⁸¹:

⁸¹ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. 116 p.

Uma vez iniciada a crise, ela dá origem a um ciclo vicioso. Os presidentes quebram impasses legislativos “resolvendo” problemas urgentes com decretos unilaterais que, muitas vezes, vão muito além de sua autoridade constitucional formal(...) os presidentes subsequentes usam tais precedentes para ampliar ainda mais o seu poder, além disso, essa prática pode ser sistematizada por emendas constitucionais posteriores. (ACKERMAN, 2013, p. 16)

Em contraponto ao pensamento de Ackerman, de crítica ao sistema presidencialista, no Brasil foi cunhada, pelo cientista político Sérgio Abranches, a expressão “presidencialismo de coalizão”. Para o professor Abranches, nosso modelo de presidencialismo, baseado na formação de coalizões para garantir maioria congressual – modelo relativamente comum em regimes parlamentaristas –, vem servindo bem aos propósitos para garantir a governabilidade.

Diferentemente de Ackerman, Abranches defende que a combinação de sistema proporcional com multipartidarismo traz os benefícios exigidos pela necessidade de legitimação ao mesmo tempo em que não gera os riscos de fragmentação. Contudo, é necessário analisar o contexto sociológico das colocações de Abranches. Na visão dele, naquele momento da história do país, era preciso uma proposta de regime que respondesse aos desafios da transição de uma ordem autoritária para uma ordem democrática.

Entretanto, essa concepção de organização política institucional, concentrada principalmente na figura do Presidente da República, gera um desbalanceamento na relação com os demais Poderes constituídos.

1.7 PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

Em um artigo publicado em 1988, Abranches descreve esse desenho institucional cujas principais características são a combinação de sistema proporcional de eleição para os representantes do povo no parlamento, o multipartidarismo, o presidencialismo e a formação de grandes coalizões para garantir maiorias congressuais⁸². De acordo com o autor:

⁸²ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988.

O Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o 'presidencialismo imperial', organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, 'presidencialismo de coalizão'. (ABRANCHES, 2018, p. 19)

Para Abranches, o presidencialismo de coalizão não é um fenômeno recente, já havia traços desde a Constituição de 1946, e nem exclusivo do Brasil. Contudo, o modelo se apresentou como uma solução adequada para determinados problemas do sistema de governo, bem como serviu como mecanismo de funcionamento do regime político-institucional brasileiro. Pela lógica, o presidente da república consegue obter maioria no parlamento e, assim, estabilidade e governabilidade. Nas palavras do autor:

Constituem o que se poderia classificar, com acerto, as bases de nossa tradição republicana: o presidencialismo, o federalismo, o bicameralismo, o multipartidarismo e a representação proporcional. Seria ingênuo imaginar que este arranjo político-institucional se tenha firmado arbitrária ou fortuitamente ao longo de nossa história. Na verdade, expressa necessidades e contradições, de natureza social, econômica, política e cultural, que identificam histórica e estruturalmente o processo de nossa formação social. Tais características compõem uma ordem política que guarda certas singularidades importantes no que diz respeito à estabilidade institucional de longo prazo, sobretudo quando analisadas à luz das transformações sociais por que passou o País nas últimas quatro décadas, do grau de heterogeneidade estrutural de nossa sociedade e da decorrente propensão ao conflito. (ABRANCHES, 1988, p. 10)

Apesar de defender o presidencialismo de coalizão como um sistema necessário à estabilidade do país, o cientista político Fernando Limongi (2006) aponta que Abranches reconhece a existência de uma dificuldade de instauração de um regime democrático estável no Brasil, uma vez que a sustentação se baseia no desempenho corrente do governo e na sua disposição a respeitar os principais pontos ideológicos da nação. O texto de Abranches está repleto de referências à possibilidade de crises e juízos acerca das dificuldades enfrentadas pelo Brasil em suas experiências com um regime democrático.⁸³

⁸³LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, n. 76, 2006. p. 17-41.

É um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão. (LIMONGI, 2006, p. 27)

Para além das vantagens e alguns problemas apontados por Abranches, o presidencialismo de coalizão é um sistema que gera um desequilíbrio na separação entre os poderes, com a evidente concentração de poderes legiferantes e de agenda no Poder Executivo.

Os vários estímulos no sentido de reforçar seu poder sobre os demais, oriundos em sua maioria do texto constitucional, garantem ao presidente recursos para obter apoio a suas propostas e coalizões, ao mesmo tempo que promovem uma ascensão do Executivo sobre os demais poderes.

Ademais, em momentos de sérios problemas políticos, econômicos e de impasse social, quando a popularidade do chefe do Executivo é baixa, a probabilidade de instabilidade do governo é alta, com a fuga dos parceiros da coalizão e a possibilidade de afastamento do presidente.

Diante desse cenário, não é difícil que o Poder Executivo avance de forma autoritária usurpando as competências constitucionais dos outros poderes, com riscos sérios para a ordem democrática. É aqui que surge o receio de que essa atuação do Executivo acabe desvirtuando para um fenômeno contemporâneo denominado “Constitucionalismo Abusivo”.

Hodiernamente, vemos o uso de mecanismos de mudança constitucional para corroer a ordem democrática, uma vez que os métodos tradicionais para criar regimes autoritários e semiautoritários já estão em declínio.

1.8 UMA NOVA PROPOSTA PARA A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL: O SEMIPRESIDENCIALISMO

Em dois momentos da história brasileira, resultantes de um contexto sociopolítico de crise – em especial, relacionada ao Poder Executivo –, o povo foi

convocado a participar de consultas destinadas a ratificar e/ou escolher o sistema de governo mais adequado para o país.

No dia 6 de janeiro de 1963, foi realizado oficialmente o primeiro referendo no país, com o objetivo de endossar a manutenção do sistema parlamentarista implantado em 1961⁸⁴. O resultado deste referendo foi o retorno ao sistema presidencialista.

Apesar de um contexto diferente daquele presente no começo da década de 1960, porém ainda sob os efeitos de um processo de impeachment resultante no afastamento do Presidente da República ocorrido em 30 de dezembro de 1992⁸⁵, novamente a população foi convocada para escolher entre o sistema presidencialista e o parlamentarista. Em 21 de abril de 1993, o plebiscito⁸⁶ versou sobre a escolha

⁸⁴Segundo consta no Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas – FGV: “Em meio à crise política aberta com a renúncia do presidente Jânio Quadros em 25 de agosto de 1961, a presidência da República foi formalmente ocupada pelo presidente da Câmara dos Deputados, Pascoal Ranieri Mazzilli, do Partido Social Democrático (PSD) de São Paulo, o segundo na linha sucessória. De acordo com a Constituição de 1946, o cargo pertencia ao vice-presidente da República, João Goulart, que na ocasião encontrava-se em viagem oficial ao Extremo Oriente. Embora Mazzilli tenha-se tornado o presidente em exercício, o poder efetivo concentrou-se nas mãos dos três ministros militares — o general Odílio Denis, da Guerra, o brigadeiro Gabriel Grün Moss, da Aeronáutica, e o almirante Sílvio Heck, da Marinha — que se opunham frontalmente à posse do vice-presidente. Por ser ex-ministro do Trabalho de Getúlio Vargas e manter ligações com os sindicatos, Goulart era acusado de promover agitação nos meios operários. Por outro lado, havia outros setores da sociedade, incluindo políticos e mesmo militares, que apoiavam a “legalidade” defendendo sua posição. Como solução para a crise política, o Congresso recomendou que a posse de Goulart fosse acompanhada da instalação no país do regime parlamentarista. No dia 2 de setembro, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 4 que instituiu o novo sistema de governo prevendo, entretanto, para o início de 1965 um plebiscito que decidiria sobre sua continuidade. No dia 7 de setembro, Goulart foi empossado com poderes limitados, na medida em que grande parte das atribuições do Executivo passava ao Conselho de Ministros, chefiado por um primeiro-ministro. A crise política que se arrastava desde a implantação do parlamentarismo, fez com que o Congresso cedesse às pressões, aprovando a Lei Complementar nº 2, que estabelecia a realização do plebiscito no dia 6 de janeiro de 1963. No dia 6 de janeiro 11.531.030 eleitores votaram no plebiscito, de um eleitorado de 18 milhões de pessoas. O resultado determinou a volta ao presidencialismo, por 9.457.448 votos contra 2.073.582”. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/plebiscito> Acesso: 20 fev. 2022

⁸⁵“Com o início da crise do governo Collor de Melo, houve uma tentativa de antecipar o plebiscito para 1992, que o ainda presidente logrou impedir. No entanto, em abril de 1992, quando tornou-se claro que a crise de governabilidade atingia proporções incontroláveis, o Congresso decidiu antecipar o evento em alguns meses. Quando os brasileiros finalmente foram às urnas, em abril de 1993, Collor já havia sofrido o impeachment, fato por vezes utilizado por ambos os lados da campanha como argumento em favor do presidencialismo ou do parlamentarismo.” Fonte: Arquivo Nacional. Disponível em: <http://querepublicaeessa.an.gov.br/uma-supresa/235-o-plebiscito-de-1993.html>. Acesso: 20 fev 2022

⁸⁶O segundo artigo do Ato das Disposições Transitórias da Constituição promulgada em 1988 determinava a realização de um plebiscito previsto para setembro de 1993 (que acabou antecipado para abril de 93) que decidiria a forma (Monarquia ou República) e o sistema (parlamentarismo ou presidencialismo) de governo. Assim, seguindo-se a determinação constitucional, o povo brasileiro foi chamado a escolher a forma e o sistema de governo. Fonte: Arquivo Nacional. Disponível em: <http://querepublicaeessa.an.gov.br/uma-supresa/235-o-plebiscito-de-1993.html>. Acesso: 20 fev. 2022

entre a monarquia e a república, o presidencialismo e o parlamentarismo, como mecanismos de governabilidade do Brasil. Novamente, o sistema presidencialista prevaleceu e se consolidou nos moldes atuais.

O sistema presidencialista, por sua vez, está baseado em uma estrutura unitária de governo na figura do Executivo e em uma sólida separação entre os poderes. Nesse modelo, o presidente eleito está legitimado pelas urnas e acumula as decisões externas e internas como Chefe de Estado e de Governo. Outra característica marcante do presidencialismo é que não existe responsabilidade do Presidente em relação ao Congresso, já que o chefe do Executivo é eleito para exercer um mandato com prazo certo.

A despeito da consolidação do sistema presidencialista, mesmo após duas consultas feitas à população, suas constantes crises políticas, principalmente relacionadas à governança⁸⁷, segundo Ferreira Filho (2021), não impedem as críticas

⁸⁷Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “ o acúmulo de tarefas e as crises de governança reacendem as críticas ao presidencialismo: No Estado de bem-estar, observe-se de pronto, a governança é complexa e delicada. Quando surgiu o sistema presidencial, a parte da governança que se atribuía ao presidente da República, embora este acumulasse a chefia de Estado e a chefia do governo, era em comparação às tarefas que hoje lhe são cometidas, relativamente reduzida. Cabia-lhe manter a segurança do país, a ordem pública, executar as leis e fazê-las executar. Para tanto, contava com uma Administração mínima e burocrática e as Forças Armadas, o que já não é pouco. Mas o Executivo não tinha como hoje a incumbência de regular a economia, de proteger os desvalidos, de promover a felicidade do povo. Apenas lhe cabia assegurar as condições para que cada um, pelo seu esforço e por seu mérito, numa competição diuturna com outros cidadãos, conquistasse o bem-estar. É o que decorria do liberalismo econômico, irmão do liberalismo político fonte do constitucionalismo moderno. Ora, o advento do Estado social, em razão da questão social, combinado com a democratização da participação eleitoral, lhe acarretou muitas outras tarefas. Levou-o a intervir no domínio econômico-financeiro, tornou-o o protetor dos desvalidos etc., obrigando-o inclusive a instituir serviços para o cumprimento dessas novas tarefas. E essa visão foi consagrada ao final da Primeira Guerra mundial, com o tratado de Versalhes e o modelo instituído por Weimar e mais tarde pelo *New Deal*. Ora, o Estado social evoluiu em seguida, rapidamente em meio século, para um Estado de bem-estar, como espelha, por exemplo, a Constituição brasileira em vigor. Esta não se limita a intervir na economia, torna-se "agente normativo e regulador da atividade econômica", põe a saúde como dever do Estado, bem como a educação, se responsabiliza pelo meio ambiente, pela difusão da cultura etc., afora promover o desenvolvimento em todos os planos. Propõe-se a estabelecer um estado de coisas constitucional que deve ser promovido por meio de políticas públicas. Ora, como é o Executivo o agente ativo da governança, ele, em decorrência dessa miríade de tarefas sofre uma sobrecarga. Mais. Torna-se a sua atuação complexa e delicada, pois, sua operação, em face de todas essas tarefas, exigidas como direitos, tem um limite inafastável, qual seja o volume de recursos financeiros. Obriga-o para fazer possível a governança uma arbitragem entre interesses, do que uns se alegram e outros se irritam. Não é de estranhar que sua atuação descontente a muitos, por ser insatisfatória ou pelas prioridades que seleciona, provoque crises de descontentamento ou decepção por parte dos governados. Nem que ela incida em erros e omissões, em políticas malsucedidas, ou sofra distorções e malfeitos. ” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A crise do presidencialismo e suas alternativas. Consultor Jurídico - Conjur. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/ferreira-filho-cri-se-presidencialismo-alternativas>. Acesso em: 21 fev. 2022.

a esse modelo. Nesse sentido, Martins (2006) aponta as desvantagens do modelo presidencialista⁸⁸:

Com exceção da experiência americana, que vive o regime presidencialista, mesmo assim fortemente fiscalizado pelo Parlamento, capaz de afastar presidentes, em nenhuma outra nação o presidencialismo foi bem-sucedido, pois confunde, em uma pessoa, o chefe de Estado e o chefe de governo, retirando daquele a liberdade, a imparcialidade e a confiança depositada para intervir nas crises não contornadas por este. Nas demais nações civilizadas, conhecidas e democráticas, não somente nas palavras, mas na vivência política, o parlamentarismo é a forma de governo mais conveniente, que menos danos provoca e que permite o surgimento de verdadeiros líderes populares e não falsos líderes impostos. (MARTINS, 2006, p. 135)

Gargarella (2015), em sua obra "*La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*" aponta que a escolha pelo modelo presidencialista na América Latina não é um fenômeno exclusivo do Brasil. De acordo com o autor argentino, a instabilidade política da região deriva das rupturas provocadas pelas sucessivas interrupções de governo, as quais resultaram em longevas ditaduras.⁸⁹ A característica marcante dos sistemas constitucionais presidencialistas latino-americanos seria o hiperpresidencialismo⁹⁰, com a concentração e verticalização do poder centrado na figura do chefe do Poder Executivo, o que, inevitavelmente, implica em dificuldades para a própria democracia.

Diante desse cenário, vem ganhando força o debate sobre a implantação do semipresidencialismo como alternativa ao problema da governabilidade e estabilidade das crises políticas entre os poderes⁹¹. Para os defensores desta tese, o

⁸⁸MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado de Direito e o Direito do Estado - Outros Escritos. São Paulo: Edições Aduaneiras, 2006. 224 p.

⁸⁹GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz Editores, 2015. 390 p.

⁹⁰O conceito de hiperpresidencialismo para Gargarella: "*Para él, como para muchos otros, resultaba claro que el hiperpresidencialismo implicaba concentrar demasiado poder, demasiadas responsabilidades y demasiadas expectativas en una sola persona por un período fijado. Culquier súbito desencanto com el presidente, culquir caída em su popularidad o quiebre em su salud tendia a traducirse entonces em una crisis del sistema político. Cualquier crisis política a econômica se transformaba así em una crisis sistêmica. Aún peor, dado que el sistema carecia de válvulas de escape com las que remediar los dasajustes, la "eyección" Del presidente tendia a aparecer como la única manera de evadir la crisis*". (Ibid, p. 272)

⁹¹Matéria publicada no site Conjur afirma "Congresso pode retomar debate sobre proposta de sistema semipresidencialista": A mudança no sistema de governo, de presidencialista para semipresidencialista, voltou a ganhar força desde que o presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira (PP-AL), lançou a ideia semanas atrás. Basicamente, trata-se de introduzir a figura do primeiro-ministro e aumentar o poder do Congresso. O presidente da República continuaria sendo eleito pelo voto direto, mas o novo

semipresidencialismo ajudaria a reduzir crises políticas, aumentaria a eficácia da condução governamental e reduziria a concentração de poderes no Poder Executivo.

Importante lembrar que essa discussão não é novidade no cenário político. Pouco tempo após o plebiscito de 1993, o – à época – Deputado Federal Eduardo Jorge (PT/SP), apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição nº 20, de 1995, que previa o estabelecimento do parlamentarismo no Brasil.

Em consoante com a proposta supracitada, a substituição do sistema presidencialista vem ganhando força no Congresso Nacional. Nesse sistema, o presidente da República, eleito por voto direto, seria o chefe de Estado, das Forças Armadas e responsável por sancionar projetos de lei, entre outras competências. Já o chefe do governo seria o primeiro-ministro, eleito pelo Congresso, e cuidaria do dia a dia da administração do país. Abraçando as linhas do semipresidencialismo, diversas autoridades, juristas e acadêmicos defendem esse sistema como solução para a estabilidade institucional para o Brasil. O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, é um entusiasta do modelo semipresidencialista, pois acredita que o sistema presidencialista, em especial o presidencialismo de coalização, tem dado claros sinais de exaustão. O ministro, inclusive, na ocasião em que presidia o Tribunal Superior Eleitoral, encaminhou ao Senado Federal uma sugestão de proposta legislativa abordando o tema.

O ex-Presidente Michel Temer (MDB/SP) também acredita que o sistema semipresidencialista é uma alternativa atrativa para o país. Durante um congresso realizado em Lisboa, Portugal, com o tema "Presidencialismo de Coalizão e Semipresidencialismo", Temer asseverou: "A adoção de um modelo semipresidencialista de governo pode dar ao Brasil uma tranquilidade institucional que há muito tempo não se vê por aqui, e da qual o país muito necessita".

regime delegaria a chefia do governo ao primeiro-ministro, responsável pela condução do Executivo, juntamente com um conselho de ministros. Pressionado a examinar os mais de 120 processos de impeachment contra o presidente Jair Bolsonaro que se acumulam no Legislativo, Lira teria apoiado publicamente o projeto, segundo seus críticos, para desanuviar o ambiente político e sinalizar alguma espécie de controle do Legislativo sobre as ações presidenciais. Nos últimos dias, diante das críticas, ele ressaltou que as mudanças valeriam somente para o pleito de 2026. A proposta de Lira baseia-se numa PEC de autoria do deputado Samuel Moreira (PSDB-SP). O deputado afirma que o Brasil vive um "presidencialismo de coalizão", mas aponta que "o equilíbrio para o governo se manter no poder custa o que a gente não sabe". "A fatura é alta e o Congresso não tem compromisso político. No semipresidencialismo, a governança muda e as composições são reveladas", afirma o parlamentar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-20/congresso-sinaliza-retomada-debate-semipresidencialismo>. Acesso: 20 fev. 2022.

É cediço que, após a promulgação da Constituição de 1988, o país ainda vive às sombras do hiperpresidencialismo, fortalecido pelo modelo de presidencialismo de coalização. Assim, como corolário, o sistema de separação dos poderes, o qual deveria gravitar de forma rígida no modelo presidencialista, torna-se desorganizado e instável. Com o Poder Executivo, muitas vezes, subjugando o Poder Legislativo.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a solução se encontra na combinação dos aspectos positivos do presidencialismo e do parlamentarismo e na rejeição dos aspectos negativos dos dois sistemas. Assim, segundo o emérito professor: "A fórmula mista visa, em síntese, combinar a flexibilidade e a concertação na governança, que propicia naturalmente o sistema parlamentar, corrigindo a sua instabilidade pelo elemento de estabilidade presente no sistema presidencial, com um *plus* que é dar maior peso na governança dado às questões de Estado."

Diante do exposto, conclui-se que os defensores dessa alternativa como forma de superar as crises políticas e contribuir para a estabilidade governamental acreditam que a implantação do semipresidencialismo no Brasil combateria algumas disfunções do presidencialismo brasileiro, a saber: i) a concentração de poder nas mãos do presidente; ii) maior flexibilidade no diálogo entre os poderes, em especial o Executivo e o Legislativo e iii) aumento dos mecanismos de controle sobre o Poder Executivo. Entretanto, esse é um debate que está longe de ser concluído.

2 CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALISMO E A CRISE DA DEMOCRACIA

“O autoritarismo não pretende mais ser uma alternativa real à democracia, mas podemos ver muito mais práticas e estilos autoritários sendo basicamente contrabandeados para governos democráticos.”

(Ivan Krastev)

“A grande força da democracia é confessar-se falível de imperfeição e impureza, o que não acontece com os sistemas totalitários, que se autopromovem em perfeitos e oniscientes para que sejam irresponsáveis e onipotentes “

(Ulysses Guimarães)

2.1 CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E AUTORITARISMO

A ideia de democracia proveniente do pensamento político grego praticamente não tem relação com a concepção moderna de democracia⁹² que surgiu, mormente, a partir do final do século XVIII e que obteve êxito no espectro político no século XX.

O conceito moderno⁹³ de democracia está diretamente ligado a concepção que o associa ao constitucionalismo originário dos movimentos revolucionários ocorridos nos EUA - após a independência e promulgação da constituição em 1787 – e na

⁹²Conforme os ensinamentos de Norberto Bobbio: “ Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como governo de um só, e da aristocracia, como governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república.” (BOBBIO, op. cit., p. 319-320)

⁹³Inicialmente esse constitucionalismo recebeu a alcunha de liberal ou político em contraposição ao constitucionalismo que se inaugura após a segunda grande guerra, que é batizado de Constitucionalismo Contemporâneo (STRECK, 2012, p. 59-63) ou garantista (FERRAJOLI, 2012, p. 22-27). STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam; FERRAJOLI, Luigi. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 260 p.

França – após 1789. Essas revoluções reivindicavam direitos libertários⁹⁴ e foi a partir delas que testemunhamos o surgimento das primeiras constituições escritas.

O constitucionalismo moderno é um movimento social e político que prima pelo princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos, mediante a reorganização do Estado, fundamentado na criação das constituições. Assim, constitucionalismo moderno representa uma forma de delimitar o exercício do poder estatal com fins garantísticos (CANOTILHO, 2003)

Da relação entre constitucionalismo e democracia foi se organizando gradativamente o regime que conhecemos hoje como democracia constitucional. Castells (2018) aponta algumas características básicas presentes nesse regime:

Respeito aos direitos básicos das pessoas e aos direitos políticos dos cidadãos, incluídas as liberdades de associação, reunião e expressão, mediante o império da lei protegida pelos tribunais; separação de poderes entre Executivos, Legislativo e Judiciário; eleição livre, periódica e contrastada dos que ocupam os cargos decisórios em cada um dos poderes; submissão do Estado, e de todos os seus aparelhos, àqueles que receberam a delegação do poder dos cidadãos; possibilidade de rever e atualizar a Constituição na qual se plasmam os princípios das instituições democráticas. E, claro, exclusão dos poderes econômicos ou ideológicos na condução dos assuntos públicos mediante sua influência oculta sobre o sistema político. (CASTELLS, 2018, p. 11)

A consolidação da democracia constitucional como regime político hegemônico no século passado se deu, principalmente, em razão do levante contra governos autoritários, responsáveis por duas grandes guerras e por atrocidades que marcaram profundamente aquele período. Como aponta Ferrajoli (2014, p. 10),

Porque a democracia, depois dessas catástrofes, se redefiniu e tomou nova consciência de si mesma, estipulando em normas de direito positivo rigidamente sobrepostas à legislação ordinária aqueles limites e vínculos até então somente políticos – a separação dos poderes, a paz, a igualdade e a

⁹⁴Jürgen Habermas nos ensina sobre a relevância das Revoluções do século XVIII para a atualidade: as ideias que inspiraram a democracia constitucional. Democracia e direitos humanos formam o núcleo universalista do Estado constitucional que emergiu das Revoluções Americana e Francesa de diferentes maneiras. Esse universalismo ainda mantém seu poder explosivo e vitalidade, não apenas no Terceiro Mundo e no Bloco Soviético, mas também nas nações europeias, nas quais o patriotismo constitucional adquire novo significado no curso de uma transformação de identidade. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. John Wiley & Sons, 2018. 363 p.

garantia dos direitos fundamentais – que o fascismo renegou. (FERRAJOLI, 2014, p. 10)

Ademais, naquele momento, o mundo estava diante de intensa conturbação, movida por uma batalha entre autoritarismo e democracia. Diante desse cenário, o constitucionalismo moderno serviu como arma para que a democracia pudesse se firmar como movimento político.

Para Bobbio (1991, p. 60), o que diferencia a democracia como um regime político superior aos demais reside no fato de que as regras do jogo democrático são mais elaboradas e dispostas em uma constituição. São elas que estabelecem como o Estado deve chegar a uma decisão política.⁹⁵

A vitória da democracia constitucional sobre os projetos autoritários de governo, ancorada na legitimação popular, limitação do poder estatal e no respeito aos direitos fundamentais, foi capaz de sintetizar a dimensão dos conflitos políticos, econômicos e sociais, na busca por soluções legítimas e mais eficientes para esses problemas.

Para que esse processo de construção democrática obtenha contínuo êxito, faz-se necessário a legitimação do funcionamento das instituições políticas para que não ocorra uma ruptura no tecido institucional com riscos consolidação de direitos e garantias. Afinal, não existe hipótese de exercício do Poder sem obediência às instituições políticas da Democracia.

Assim, as instituições políticas foram determinantes como catalisadoras no processo de consolidação da democracia constitucional, atuando como um instrumento para a resolução de conflitos capazes de afetar a ordem pública. Nesse sentido, para que ocorresse o despertar dos movimentos democráticos, foi necessário o fortalecimento das instituições, aliado a uma transformação no exercício da política. De acordo com Dahl (2012), a movimentação democrática de diversos países foi originada a partir de certas instituições pré-existentes:

Nos países que foram os principais centros de democratização bem-sucedida do final do século XVIII até cerca de 1920, os órgãos legislativos, sistemas de representação e até mesmo as eleições já eram instituições conhecidas. Em consequência disso, algumas das instituições mais marcantes da democracia moderna, inclusive o próprio governo representativo, não foram simplesmente o produto de raciocínios abstratos sobre os requisitos de um

⁹⁵BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Paz e Terra, 1991. 217 p.

processo democrático. Ao contrário, resultaram de modificações específicas e sucessivas de instituições políticas já existentes. Se elas tivessem sido gestadas apenas por defensores da democracia trabalhando exclusivamente com projetos abstratos para o processo democrático, os resultados provavelmente teriam sido muito diferentes. (DAHL, 2012, p. 342)

Nesse sentido, O'Donnell (1991, p. 32) argumenta que, para uma consolidação democrática, faz-se necessário haver uma representatividade institucional dentro de um processo de transição do autoritarismo para a democracia, os governos democraticamente eleitos se tornem democracias institucionalizadas. E que o sucesso ou fracasso da democracia está condicionado a construção de instituições democráticas que se tornem importantes pontos decisórios no fluxo de poder.

Ainda sobre instituições, Dahl (2000) indica que elas vão sendo gradativamente construídas nos regimes democráticos, variando o momento de sua emergência e o grau de efetivação em cada país, mas seguindo um padrão comum de consolidação. É o desenho institucional do país que representa seu modelo de democracia, sendo que tal modelo não é estático e está em constante mutação, dados os contextos histórico-culturais de cada país. Przeworski (1991) reconhece as implicações para a democracia de diferentes desenhos institucionais e como estes dependem também do contexto cultural específico no qual operam.

A mutação que ocorre nas instituições políticas de uma democracia é provocada tanto por condições endógenas quanto exógenas ao desenho institucional de um país. A preocupação que se coloca é que, nas democracias emergentes, a vulnerabilidade das instituições coloca em risco a consolidação do processo democrático. Nesse sentido, Przeworski (2020) faz um alerta⁹⁶:

Instituições políticas administram conflitos de modo ordeiro estruturando a forma como antagonismos sociais são organizados politicamente, absorvendo quaisquer distúrbios que podem ameaçar a ordem pública e regulando-os de acordo com regras certas. Uma ordem prevalecerá se apenas as políticas institucionais que constituíram acesso formalmente ao sistema representativo se em atividades políticas, e se essas organizações têm incentivo para buscar seus interesses através das instituições e incentivos para tolerarem resultados desfavoráveis por algum tempo. Conflitos são ordeiros se todas as políticas esperarem poder alcançar alguma coisa, no presente ou pelo menos num futuro não muito distante,

⁹⁶PRZEWORSKI, Adam. Crises da democracia. Tradução Berilo Vargas. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

processando seus interesses no âmbito institucional e venda que há pouca coisa a ganhar com ações para esse domínio. Consequentemente, a democracia funciona bem quando qualquer conflito que surja na sociedade é registro e processo dentro do âmbito institucional, sobretudo através de, mas também de sistemas coletivos de negociação, cortes e obrigações públicas, sem impedir quem quer que seja de ter acesso a essas instituições só por causa da substância de suas demandas. Em resumo, a democracia funciona quando os conflitos políticos são processados em liberdade e paz civil. (PRZEWORSKI, 2020, p. 175)

Evidencia-se que, na atualidade, estamos atravessando um período de descrença e contestação em relação as instituições políticas com reflexos sobre a democracia. A apoteose da democracia, a qual parecia incontornável, encontra-se ameaçada hodiernamente, mesmo naqueles países onde parecia mais estável. Esse panorama parece o epílogo de uma tendência global de democratização que vinha se estabelecendo no mundo nos últimos 30 anos.

A realidade que presenciamos, diante da complexidade do axioma social em que vivemos, demonstra um levante de descontentamento e questionamento sobre os rumos da democracia constitucional como sistema hegemônico.

Parece que estamos diante de um novo ciclo de batalha entre democracia e autoritarismo. Uma divisão entre a fidelidade aos valores da liberdade – que permitiu uma convivência pacífica – e a repressão e desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, características do autoritarismo.

Não obstante a dicotomia entre as práticas autoritárias e as democráticas, a profunda crise que perpassa a democracia constitucional vem tornando cada vez mais complexa a distinção clara entre autoritarismo e democracia.

Para Bobbio (1991), quatro quesitos mínimos são necessários em um regime democrático: i) garantia dos principais direitos e liberdades; ii) existência de vários partidos políticos em concorrência entre si; iii) eleições periódicas e sufrágio universal; iv) decisões coletivas ou tomadas com base no princípio majoritário, após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coligação política.

Já para Ginsburg e Huq (2018), os predicados essenciais de uma democracia constitucional dizem respeito a três componentes: eleições competitivas, direitos de expressão – liberdade de expressão e de associação –, instituições independentes e funcionando com base em leis (*rule of law*).

Entretanto, em vários países, têm ocorrido protestos questionando alguns desses requisitos essenciais em uma democracia, calcados na desconfiança frente as próprias instituições políticas que dão sustentação ao regime democrático e a democracia representativa.

Nas lições de Balkin (2017), esse é um processo que tem como fundamento: (i) o mal funcionamento das instituições que promovem os freios e contrapesos; (ii) a ausência de confiança da população de que os governantes vão exercer o poder de acordo com o interesse popular, e não de acordo com eventual benefício pessoal ou de seus aliados; e (iii) a ausência de tolerância por parte de funcionários públicos em suas afirmações de poder e de obediência a normas políticas de justa concorrência⁹⁷

Aqui podemos citar o exemplo do Brasil, que mergulhou em uma grande crise política após as manifestações em massa de 2013 contra a corrupção eleitoral e o descumprimento das obrigações constitucionais relacionadas aos direitos sociais e econômicos. Essa turbulência desestabilizou o establishment político e impactou severamente o comportamento das instituições políticas.

Essa crise que se instalou no sistema político democrático tem movimentado os debates da teoria política do século XXI. Ainda não está claro qual o rumo das transformações sofridas pela democracia constitucional. Castells (2018, p.18), alerta que a “crise da democracia liberal resulta da conjunção de vários processos que se reforçam mutuamente. A globalização da economia e da comunicação solapou e desestruturou as economias nacionais e limitou a capacidade do Estado-nação de responder em seu âmbito a problemas que são globais na origem, tais como as crises financeiras, a violação aos direitos humanos, a mudança climática, a economia criminosa ou o terrorismo.”

O certo é que o caminho em direção ao autoritarismo⁹⁸ populista, tanto em democracias consolidadas quanto naquelas nas quais esse sistema ainda está plenamente estabelecido, não é a melhor opção.

⁹⁷BALKIN, Op. cit. p. 149-151

⁹⁸Definição de Autoritarismo: “Na tipologia dos sistemas políticos, são chamados de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental e diminuem de forma mais ou menos radical o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocando em posição secundária as instituições representativas. Nesse contexto, a oposição e a autonomia dos subsistemas políticos são reduzidas à expressão mínima e as instituições destinadas a representar a autoridade de baixo para cima ou são aniquiladas ou substancialmente esvaziadas.” (BOBBIO, op. cit., p 94)

A retórica autocrática, em destaque por conta da insatisfação política dos cidadãos em diversos países, acompanhada de discursos iliberais e antissistema, é um importante fator para esse movimento de desconexão com os valores democráticos.

O panorama inclui como elementos dessa crise: restrições às liberdades e direitos, desrespeito ao princípio da separação dos poderes, tentativas de imposição de um pensamento político ideológico único em contraponto ao pluralismo e a ascensão de líderes populistas dispostos a afrontar as regras da convivência democrática⁹⁹.

O cenário atual é bem diferente do que foi projetado por Fukuyama (1992) no início da década de 1990, quando acreditava ter-se chegado ao “Fim da História”¹⁰⁰. O ponto de partida desse pensamento era de que, após a efetiva adoção de instituições democráticas e da aceitação por parte da população dessa organização social, supostamente haveríamos chegado ao “fim da história”.

O diagnóstico recente destoa da tese de Fukuyama e indica que estamos vivenciando uma crise sem precedentes da democracia constitucional, particularmente relacionada à insatisfação política dos cidadãos, sua relação com as instituições públicas e ao surgimento de novas lideranças políticas, as quais ascendem justamente com direcionamentos autoritários feitos de forma ainda mais evidente e organizada.

Segundo o relatório anual do Centro para o Futuro da Democracia da Universidade de Cambridge, o ano de 2020 ficou marcado pelo mais baixo patamar de satisfação com o desempenho da democracia desde meados da década de 1990.

⁹⁹Ao analisar os fatores da crise da democracia liberal, Castells defende que: A crise dessa velha ordem política está adotando múltiplas formas. A subversão das instituições democráticas por caudilhos narcisistas que se apossam das molas do poder a partir da repugnância das pessoas com a podridão institucional e a injustiça social; a manipulação midiática das esperanças frustradas por encantadores de serpentes; a renovação aparente e transitória da representação política através da cooptação dos projetos de mudança; a consolidação de máfias no poder e de teocracias fundamentalistas, aproveitando as estratégias geopolíticas dos poderes mundiais; a pura e simples volta à brutalidade irrestrita do Estado em boa parte do mundo (...) (CASTELLS, op. cit., p.111)

¹⁰⁰Em um polêmico artigo publicado na revista *The National Interest*, sob o título *The End of História*, e que, posteriormente, foi ampliado e transformado no livro “*O Fim da História e o Último Homem*”, Francis Fukuyama apresenta seu pensamento político-filosófico de que, com o triunfo do capitalismo após a queda do Muro de Berlim e o fim da União Soviética não haveria mais contestação quanto a democracia constitucional estaríamos diante do “ponto final da evolução ideológica humana”, a “forma final de governo humano” e, portanto, o avizinhamo do “fim da história. FUKUYAMA, Francis et al. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. 384 p.

O relatório aponta que a média mundial de cidadãos descontentes com os rumos da democracia em seus países alcançou 57,5%, índice que vem aumentando desde 2005.¹⁰¹

Ainda de acordo com o relatório, o descontentamento dos brasileiros em relação ao sistema democrático alcançou níveis recordes em meio à uma série de escândalos de corrupção, a partir do ano de 2007. O estudo aponta que menos de 20% dos brasileiros estão satisfeitos com o sistema democrático. Nota-se que há indignação da população contra o mal funcionamento do sistema político e das instituições e, por conseguinte, daqueles que conduzem a democracia brasileira.

Obviamente, o enfraquecimento global da democracia constitucional que estamos vivenciando atualmente é um fenômeno complexo, fruto de um conjunto de rupturas que fragilizam o sistema democrático. Vale destacar que o colapso da democracia constitucional, enquanto modelo político, abre espaço para o afloramento do autoritarismo.

Nesse sentido, o cenário mundial de desencanto com o modelo democrático pode estar correlacionado a leitura feita por Huntington (1994), quem identificou ondas de democratização, que seriam intercaladas por ondas reversas ou de autocratização. Huntington resumiu esses movimentos da seguinte forma:

Uma onda de democratização é um grupo de transições de regimes não democráticos para democráticos, que ocorrem em um período de tempo específico e que significativamente são mais numerosas do que as transições na direção oposta durante tal período. Uma onda normalmente envolve também liberalização ou democratização parcial nos sistemas políticos que não se tornam completamente democráticos. Três ondas de democratização ocorreram no mundo moderno [...] A cada uma das duas primeiras ondas de democratização seguiu-se uma onda reversa, em que alguns países, mas nem todos os que previamente haviam feito a transição para a democracia, reverteram para uma ordem não democrática. (HUNTINGTON, 1994, p. 23)

Segundo o autor, ao longo da história recente, o mundo passou por três ondas de democratização. A primeira dessas ondas ocorreu durante os anos de 1828 a 1926, um longo período que perdurou até o pós- Primeira Guerra Mundial. Logo após essa

¹⁰¹FOA, R.S et al. The Global Satisfaction with Democracy Report 2020. Centre for the Future of Democracy, Cambridge, United Kingdom, 2020. Disponível em: https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/media/uploads/files/DemocracyReport2020_nYqqWi0.pdf. Acesso em: 28 fev. 2022.

primeira onda, surge um fenômeno de autocratização, com o advento de regimes autoritários, como o nazismo e o fascismo, no período de 1922 a 1942.

A segunda onda de democratização teve uma duração menor que a primeira, iniciou-se em 1943 e seguiu até o ano de 1962. Novamente, o movimento de democratização foi sucedido por uma nova onda reversa, que durou de 1958 a 1975, época que inclui a Guerra Fria e o Regime Militar no Brasil.

Por fim, a última onda de democratização teve início em 1974, e foi marcada pela Revolução dos Cravos em Portugal. Todavia, não há como definir, precisamente, se esta terceira onda chegou ao fim e, conseqüentemente, se estamos vivenciando uma nova onda de autocratização.

Huntington alerta para o fato de que as transições da democracia para o autoritarismo, com algumas exceções que tiveram a intervenção de atores estrangeiros, quase sempre foram executadas pelos detentores do poder estatal ou que tinham proximidade com o poder no sistema democrático. Em sua grande maioria, essas transições autocráticas foram feitas na forma de golpes militares contra líderes eleitos ou mediante burla por parte dos próprios chefes do executivo.

Acontece que, atualmente, a democracia constitucional está sendo minada sob um disfarce legal. Nesse sentido, a ideia tradicional de declínio da ordem democrática com a presença de forças militares não tem sido mais utilizada. Percebe-se que hoje existem formas mais sutis de corromper os ideais democráticos.

Ademais, nota-se que vêm se criando maneiras engenhosas e aprimoradas de se derrocar uma democracia constitucional. Nesse sentido, com frequência, a implosão da democracia ocorre de maneira tão sutil e paulatina que as pessoas não percebem o estágio de degradação do sistema, pois os próprios governantes se aproveitam de alterações e dispositivos constitucionais, com a justificativa de aprimoramento da ordenação política. Por isso, para que a ordem constitucional seja preservada, são necessárias normas democráticas robustas, pois sem elas os *checks and balances* constitucionais não serão capazes de assegurar os princípios básicos da democracia. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 19)

Como alerta Runciman (2018), os golpes que vêm ocorrendo no século XXI são progressivos e emergem no interior das instituições políticas na surdina, sem maiores alardes. Nas palavras do autor:

Quanto mais a democracia é tida como segura, maiores são as possibilidades de que venha a sofrer uma subversão sem precisar ser derrubada. Em especial, a ampliação do poder do Executivo –em que homens fortes eleitos minam as instituições democráticas enquanto alegam defendê-las –parece ser a maior ameaça à democracia no século XXI. Há sinais de que esteja em curso, entre outros países na Índia, na Turquia nas Filipinas, no Equador, na Hungria e na Polônia; e é possível que também ocorra nos Estados Unidos. O problema é que pode ser difícil saber com certeza. A grande diferença entre um golpe de Estado clássico e esses outros tipos de golpe é que o primeiro é um evento isolado em que se decide entre tudo ou nada, enquanto os outros são processos graduais. (RUNCIMAN, 2018, p. 52)

O temor de que a democracia constitucional possa ser subvertida por mecanismos institucionais legais é compartilhado por Przeworski (2020), o qual enumera uma série de indicativos que apontam que a democracia constitucional está em crise, tais como: perda súbita de apoio aos partidos estabelecidos, diminuição da confiança popular nas instituições democráticas e nos políticos, conflitos explícitos sobre instituições democráticas ou incapacidade de os governos manterem a ordem pública sem repressão. O autor ainda nos adverte para o fato de que as experiências contemporâneas demonstram que “as democracias constitucionais não possuem mecanismos institucionais que impeçam que elas sejam subvertidas por governos devidamente eleitos segundo normas constitucionais.” (PRZEWORSKI, 2020, p. 47)

Levitsky e Ziblatt (2018) afirmam que as democracias podem sofrer derrocadas pela via eleitoral, sem que o cidadão mais desavisado perceba o movimento que a leva ao precipício. Isso porque “não há tanques nas ruas. Constituições e outras instituições nominalmente democráticas restam vigentes. As pessoas ainda votam. Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corre a sua essência”. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17)

Alertam os pesquisadores que várias ações antidemocráticas ocorrem de forma legal, seja pela aprovação pelo Legislativo, seja pela chancela dos tribunais. Muitas vezes, as medidas são tomadas em nome de um bem maior, em defesa da própria Democracia, tais como o combate à corrupção ou limpeza do processo eleitoral.

Em “Poderes Selvagens”, Ferrajoli (2014) defende a tese de que: “ a superação da crise atual requer o desenvolvimento, em nível político e social, de uma cultura constitucional e de uma concepção de democracia como sistema frágil e complexo de separações e de equilíbrios entre os poderes, de limites e garantias [...] Requer, em segundo lugar, que o nexo entre a forma e a substância da democracia, que

caracteriza o paradigma normativo da democracia constitucional, venha, o quanto mais plenamente possível, realizado por meio da construção de um sistema de garantias e de instituições de garantia capazes de dar significado à distinção, que nos últimos anos se tornou patológica, entre o dever ser constitucional e o ser efetivo do direito e do sistema político.”

Nesse sentido, Levitsky e Ziblatt (2018, p. 21) apontam que, além das instituições democráticas protocolares, instituições do Executivo, Congresso, Judiciário, é necessário a atenção e respeito às regras e instituições informais, tais como a tolerância mútua ou a ideia de que de que ao utilizarem de suas prerrogativas institucionais, cada poder deve fazê-las de maneira comedida, dentro dos limites constitucionais.

2.2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A ORDENAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

O constitucionalismo contemporâneo¹⁰², como movimento social, político e jurídico, vem sendo construído e transformado de maneira gradual e o resultado é o surgimento de profundas alterações teóricas e nos métodos de interpretação da constituição, com reflexos no fundamento organizacional da separação dos Poderes.

Em sua gênese, o constitucionalismo está interligado ao empenho na positivação dos direitos e garantias dos indivíduos contra o arbítrio do Estado, bem como a ideia de estruturação racional na separação das funções estatais, com vistas a evitar a concentração do poder estatal em único órgão. Todavia, o constitucionalismo contemporâneo ou garantista¹⁰³, que emerge da necessidade de maior efetivação na busca dos direitos fundamentais, vem promovendo algo como um reordenamento institucional, com o deslocamento cada vez maior das decisões

¹⁰²O constitucionalismo contemporâneo é uma expressão que surge para se contrapor às teses do chamado neoconstitucionalismo, numa perspectiva contrária à metodologia da ponderação e subsunção defendida pelas correntes neoconstitucionalistas. Dessa forma, o constitucionalismo contemporâneo vem buscando por um direito que não aceita discricionariedade e tem como matriz teórica a crítica hermenêutica do direito. STRECK, Lenio Luiz. O QUE É ISTO: O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 2, 10 jan 2014. p. 27–41.

¹⁰³FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional - ABDconst. Tradução André Karam Trindade, Curitiba, 2011. p. 95-113. Disponível em: <https://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2022.

políticas dos centros naturais – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário, gerando uma tensão institucional entre os poderes.

A supervalorização do constitucionalismo contemporâneo, que encontra no Constitucionalismo Abusivo um aliado ideal¹⁰⁴, reflete seus efeitos na equalização dos limites institucionais e acaba afetando o próprio sistema constitucional, ocasionando uma disputa entre os Poderes.

Essa nova conjuntura no ordenamento jurídico brasileiro se justifica pela necessidade de efetivação das políticas públicas negligenciadas pelos demais poderes e pela tendência de alargamento na proteção e na efetivação dos direitos fundamentais, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Afinal, foi a partir desta que o respeito pela separação dos Poderes foi suplantado pela prevalência dos direitos do cidadão face o Estado¹⁰⁵.

A disputa de poder e a interpenetração entre os poderes estatais são passíveis de ocorrer, conforme ressalta Dallari (2007), mesmo com esse princípio positivado nas democracias constitucionais¹⁰⁶. Podemos considerar que o paradigma da separação dos poderes é um fenômeno dinâmico, a partir do qual as instituições agem de forma mais proativa ou contida conforme lhes permite o ambiente político.¹⁰⁷

Diante do exposto, vemos que o Brasil tem se mostrado instável, muito em razão da forma como cada Poder interpreta seu papel na Constituição. Em tempos turbulentos, em termos políticos e econômicos como os atuais, é importante relembramos os elementos definidores do Estado de Direito, como aqueles ordenamentos nos quais os poderes constituídos se sujeitam às leis, não apenas no aspecto formal, mas também no conteúdo¹⁰⁸. O conceito de separação de poderes designa um princípio de organização política¹⁰⁹, com a vinculação desses poderes a

¹⁰⁴AMADO, Juan Antonio García; CARBONELL, Miguel (Org.). *Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

¹⁰⁵STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 919 p.

¹⁰⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 184 p.

¹⁰⁷MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação e poderes e deliberação*. São Paulo, 2008 Tese (Departamento de Ciência Política) - Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

¹⁰⁸FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. in *Estado de Direito, O: História, Teoria E Crítica*. Martins Fontes, 2006. 1027 p.

¹⁰⁹KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 392 p.

preceitos substantivos contidos nas normas constitucionais que enalteçam o equilíbrio entre os poderes.¹¹⁰

É importante fazer essa conceituação, pois trata-se de uma expressão multívoca, mas que basicamente refere-se à utilização de alterações ou interpretações constitucionais, na tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes.

Para Barboza e Inomata (2019), atualmente, o Brasil passa por uma crise política e democrática e de deterioração constitucional com a utilização do Constitucionalismo Abusivo, em especial pelo Poder Executivo contra o Poder Judiciário.¹¹¹

Por outro lado, Estorilio, Benvindo e Veronese (2017) consideram que o Supremo Tribunal Federal (STF), em muitos casos vem assumindo papel de oráculo decisório e, ao mesmo tempo, adotando uma postura pragmática, pode se tornar agente central do Constitucionalismo Abusivo.¹¹²

2.3 CONSTITUCIONALISMO E REGIMES HÍBRIDOS

O movimento jurídico-político denominado constitucionalismo, que organizou o Estado em texto denominado Constituição, com a finalidade de limitar o abuso do poder estatal e respeito aos direitos e garantias individuais, foi, ao longo da História, recebendo diversas nomenclaturas com o propósito de identificar suas peculiaridades e idiossincrasias. Talvez a explicação para essa amplitude temática, segundo Canotilho (2003), é que, na verdade, não existe um constitucionalismo, mas movimentos constitucionais, cada um com suas especificidades.

¹¹⁰ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007. 173 p.

¹¹¹BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana; ARCARO, Luiz Guilherme (Org.). *Constitucionalismo Abusivo e o ataque ao Judiciário na Democracia Brasileira*. et al. Crise das Democracias Liberais. Academia.edu. Disponível em: https://www.academia.edu/40534685/Constitucionalismo_Abusivo_e_o_Ataque_ao_Judiciário_na_Democracia_Brasileira. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹¹²ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden; VERONESE, Alexandre (Org.). *O Supremo Tribunal Federal como Agente do Constitucionalismo Abusivo*. In: *POLÍTICA E PODER JUDICIÁRIO*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2017.

Diante desse fato, o constitucionalismo foi sendo classificado de acordo com seu marco evolutivo. Essas etapas de desenvolvimento não foram rigorosamente marcadas por datas, e sim por circunstâncias que definiram seu ponto de partida.

Outrossim, as etapas que marcaram esse desenvolvimento podem ser divididas em: Constitucionalismo antigo, remota ao tempo do povo Hebreu e sua práxis teocrática¹¹³; Constitucionalismo moderno, a partir dos movimentos ideológicos contrários ao absolutismo e voltados a limitar o poder político com o surgimento das constituições escritas, no final do século XVIII; Constitucionalismo Social, resultante das Constituições do México, de 1917 e Weimar, de 1919 e preponderância dos direitos fundamentais sociais nelas positivados; Constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, a partir do fim da II Guerra Mundial, tendo como foco a dignidade da pessoa humana e reconhecimento da superioridade hierárquica das constituições.

Nesse panorama, recentemente, acompanhando o declínio da democracia constitucional e o ressurgimento do autoritarismo em muitas regiões do mundo, surge um novo movimento constitucional, oriundo do embate entre democracia e autoritarismo, que vêm ameaçando as conquistas logradas pelos regimes democráticos.

A premissa básica desse fenômeno, como apontam vários estudiosos, é a utilização de instrumentos legais com o propósito, manifesto ou dissimulado, de ampliar poderes e reduzir o grau de democracia e de direitos e garantias fundamentais em um determinado país. Em geral, esse movimento vem ocorrendo mesmo em países com democracias estáveis. Dessa forma, convencionou-se defini-los como regimes híbridos, nos quais ocorre a combinação de componentes autoritários e democráticos.

Diversas expressões têm sido apresentadas por estudiosos do tema, a fim de rotular esse fenômeno: Constitucionalismo Abusivo, nas palavras de Landau (2020), Constitucionalismo Autoritário e Jogo Duro Constitucional, conforme Tushnet (2015), Legalismo Autoritário, para Scheppele (2018), Autoritarismo Competitivo, segundo Levitsky e Way (2010) e Podridão Constitucional, de acordo com Balkin (2017).

¹¹³LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

Conquanto, apesar das distintas nomenclaturas para se referir a esse fenômeno, todos encontram similaridade: quando detentores do poder utilizam suas prerrogativas constitucionais até seu limite, provocam um desgaste institucional fatal e, por conseguinte, uma regressão do regime democrático. Afinal, esse movimento constitucional, diferentemente dos anteriores – que limitavam o poder do Estado por meio de direitos e separação dos poderes –, utiliza-se do constitucionalismo para potencializar o poder político.

2.4 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Ao proferir uma decisão liminar que suspendia trechos de decreto editado pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, que restabeleceu os mandatos dos antigos conselheiros do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, fez menção a um fenômeno, relativamente, novo caracterizado por atos aparentemente legais, mas que ameaçam a democracia constitucional¹¹⁴.

Trata-se de um fenômeno que vem chamando a atenção de juristas ao redor do mundo nas últimas décadas, e que está relacionado com problemática vinculação entre constitucionalismo e autoritarismo.

No ano de 2013, o constitucionalista americano David Landau deu um nome para esse fenômeno, que passou a ser denominado como Constitucionalismo Abusivo. Landau (2020) define o Constitucionalismo Abusivo: “como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar-se um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, o meu foco é sobre os métodos de mudança formais (não informais) - emenda e substituição constitucionais. Ao me referir às manobras que tornam um regime “significativamente menos democrático”, conceituo a democracia num espectro, reconhecendo que existem vários tipos de regimes autoritários híbridos ou competitivos entre o raio que vai do autoritarismo completo à democracia plena.

¹¹⁴ JOTA, Redação. **Barroso fala em constitucionalismo abusivo ao suspender decreto de Bolsonaro**. Jota. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-fala-em-constitucionalismo-abusivo-ao-suspender-decreto-de-bolsonaro-30122019>. Acesso em: 13 jul. 2022.

Finalmente, ao me referir ao grau de democracia em um determinado país, concentro-me em duas dimensões distintas: (1) a esfera eleitoral e até que ponto os mandatários políticos em exercício e os membros da oposição competem em igualdade de condições; e (2) a extensão pela qual são protegidos os direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários. Conceitualmente, essas duas dimensões são independentes e podem divergir, mas, nos regimes discutidos aqui, o retrocesso no campo eleitoral parece estar altamente correlacionado com o recuo nas questões de direitos.”

Além disso, nesses regimes, os atores e forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilização horizontal que deveriam verificar atores políticos. Assim, instituições como tribunais, *ombudsmen*, procuradorias gerais e comissões eleitorais tendem a ser controladas por titulares. Em vez de servirem como verificações independentes sobre o poder do governo, essas instituições estão trabalhando ativamente em nome de seus projetos políticos. O resultado não é apenas para minar a concorrência eleitoral, mas também para limitar drasticamente a extensão da proteção dos direitos para grupos minoritários dentro desses sistemas. O problema central, então, é que é bastante fácil construir um regime que pareça democrático, mas na realidade não é totalmente democrático, pelo menos ao longo de duas dimensões importantes: verificações verticais e horizontais sobre líderes eleitos e proteção de direitos para grupos descapacitados. Um regime com essas duas características - uma relativa ausência de responsabilização e falta de proteção de direitos - é significativamente menos democrático do que um regime com níveis mais elevados de responsabilização vertical e horizontal e proteção de direitos mais significativos. Além disso, a ausência de responsabilização está plausivelmente associada a outros males, como o aumento dos níveis de corrupção. Nos exemplos abaixo, eu demonstrei como os regimes incumbidos em três países - Colômbia, Venezuela e Hungria - tentaram usar mecanismos de mudança constitucional para avançar em direção a esse regime. (LANDAU, 2020, p. 200)

Entretanto, é importante salientar que trata-se de um fenômeno que não consegue capturar toda a complexidade das nuances constitucionais de cada país e está intrinsecamente ligado a noção de constitucionalismo liberal.

2.5 CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO

Atualmente, estamos testemunhando a restrição da democracia liberal ou sua transformação em novas formas, mais ou menos autoritárias. Como consequência, a constituição às vezes é utilizada para a execução de metas contrárias aos valores fundamentais que tal documento deve proteger.

Já mencionamos no tópico anterior, que juristas e estudiosos do direito têm criado rótulos para descrever regimes que não deveriam ser considerados propriamente como democracias constitucionais.

Nesse sentido, Tushnet (2015) levanta a hipótese da possibilidade de relação entre o constitucionalismo e o autoritarismo, ao analisar os movimentos constitucionais contemporâneos. O argumento dele é que, apesar do modelo de constitucionalismo democrático pender para a limitação do poder do Estado mediante a separação dos poderes, direitos e garantias fundamentais, outros tipos de constitucionalismo podem ser empregados para expandir os poderes do governante.

Dessa forma, o autor adota o conceito de “Constitucionalismo Autoritário” para aqueles regimes que não devem ser considerados como políticas constitucionais adequadas, na medida em que simplesmente usam um conjunto de ferramentas de reforma constitucional para burlar repetidamente as normas superiores que limitam o poder.

Ele argumenta que essa vertente de constitucionalismo, geralmente, concretiza-se onde o governo é exercido por um grupo dominante, com opositores sem capacidade de insurgir contra a ordem; com mecanismos que garantam que a desavença seja conservada em um nível aceitável; com escolhas e disputas eleitorais ocorrendo de forma livre e íntegras, até certo ponto; e tribunais aparentemente independentes, porém com magistrados alinhados com os interesses do governante. (TUSHNET, 2015, p. 451- 452)

Desta forma, ele considera que o constitucionalismo é uma ideologia que justifica tanto o uso do poder quanto suas restrições justificadas, e que modelos liberal-democráticos de constitucionalismo são propensos a limitar o poder do Estado através de direitos e separação de poderes, mas também podem usá-lo para aumentar os poderes do governo.

2.6 LEGALISMO AUTORITÁRIO

Há um crescente movimento nas democracias constitucionais de descontentamento com as suas instituições políticas. Esse é um movimento que vem afetando, principalmente, países que foram atingidos por crises institucionais e econômicas. O declínio constitucional causado por esse arquétipo tem como resultado o surgimento de líderes autocratas carismáticos, que se beneficiam dessas crises para consolidar seus poderes. Eles atacam as bases dos princípios liberais e da democracia constitucional utilizando-se de seus mandatos para remover, de maneira legal, os aparatos de controle do Estado.

Scheppele (2018), define esse movimento como Legalismo Autoritário, onde líderes carismáticos são eleitos de forma democrática, mas, ao assumirem o poder, dão início a um movimento de esfacelamento do aparato de controle do seu próprio poder, utilizando-se, para isso, das regras do jogo constitucional. Segundo a autora, “mandatos eleitorais somados a mudanças constitucionais e legais usados a serviço de uma agenda autoritária” podem ser chamados de legalismo autoritário. Outrossim, ela aponta as características do legalismo autocrático¹¹⁵:

Ao invés de operar no mundo do liberalismo, os legalistas autocráticos operam no mundo do legalismo. O constitucionalismo liberal e democrático, como uma teoria político-normativa, está comprometido com a proteção dos direitos, com a contenção do poder, com a defesa do Estado de Direito e com os valores liberais da tolerância, pluralismo e igualdade. Em contraste, os reclamos do legalismo são simplesmente formais: o direito atende um padrão positivista de promulgação como uma questão técnica quando segue as regras estabelecidas, sem observar o conteúdo ou o compromisso axiológico dessas regras. Quando a legalidade mina o constitucionalismo, é porque os valores subjacentes às novas leis se sobrepuseram aos valores do constitucionalismo e não o contrário, como o próprio constitucionalismo exige. (SCHEPPELE, 2018, p. 557)

Ademais, outra característica desses regimes apontada pela autora é a de que os líderes eleitos prometem combater as disfuncionalidades do sistema político, em especial problemas como a corrupção e a burocracia, para satisfazer a uma parcela da população que anseia por mudanças.

¹¹⁵SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, 2018. p. 545-583.

Nesse sentido, Scheppele (2018) alerta não apenas para o fato da erosão democrática em muitos países, mas particularmente diante de como isso vem ocorrendo: o apoio eleitoral das majorias tem sido utilizado para “esconder projetos autocráticos no pluralismo de formas jurídicas legítimas”. Assim, para a autora: “ O majoritarianismo intolerante e a aclimatação plebiscitária de líderes carismáticos agora se disfarçam de democracia, liderados por novos autocratas que chegaram ao poder por meio de eleições e depois traduziram suas vitórias em constitucionalismo iliberal.”

A autora conclui, assim, que em vez de uso das forças armadas, líderes autocráticos contemporâneos se valem do próprio sistema jurídico para alterar as Constituições e outros dispositivos legais com a finalidade de eliminar os mecanismos de *accountability* essenciais nas democracias.

2.7 AUTORITARISMO COMPETITIVO

Após o período da Guerra Fria, o mundo assistiu a uma proliferação de regimes híbridos. Uma combinação de governos democráticos e autoritários, considerados como formas incompletas da transição democrática. Esse tipo de regime tende progressivamente a minar as instituições democráticas e criar condições desfavoráveis para oponentes políticos.

Levitsky e Way (2010), definiram o conceito de “Autoritarismo Competitivo” como sendo um regime não democrático, mas que realiza eleições regulares, nas quais os partidos de oposição possuem chances de vencer. A característica similar desse regime autoritário competitivo com a democracia reside no fato de que em ambos são regidos pela incerteza. Os dois lados – situação e oposição – disputam a eleição sem saber o resultado final.

Entretanto, em regimes autoritários competitivos, o abuso do poder do Estado pelos atuais mandatários viola propriedades básicas de uma democracia, tais como: eleições livres, sistemas de partidos, divisão formal de poderes, certas liberdades monitoradas. Um regime híbrido com a combinação de práticas autoritárias com institutos próprios das democracias constitucionais.

Assim, autoritarismo competitivo poderia ser classificado como um tipo de regime no qual os atuais mandatários usam os recursos à sua disposição para reduzir a incerteza eleitoral. (LEVITSKY; WAY, 2010, p. 37)

Entretanto, o autoritarismo competitivo é diferente do que pode ser chamado de regimes eleitorais de "fachada" – ou seja, no autoritarismo competitivo as eleições são realizadas com regularidade, com partidos de oposição possuem chance de vencer, mas não são democráticos porque o campo de jogo é fortemente distorcido em favor dos que estão no poder.

Ademais, há uma característica em comum que atraem os regimes autoritários competitivos e democracias, qual seja — a incerteza — pois nenhum dos lados têm conhecimento do resultado da eleição.

2.8 PODRIDÃO CONSTITUCIONAL

Desde a década de 2010, estamos vivenciando um momento de desafio para as democracias constitucionais liberais. Acompanhamos o surgimento e disseminação de ideologias extremistas em nível global, que vem contribuindo para a polarização da política. Como corolário, assistimos a um retrocesso constitucional que busca promover alterações pontuais, que não desconfigurem de maneira radical os regimes políticos, mas que modificam essencialmente o caráter democrático do Estado.

Balkin (2017), classifica esse fenômeno como Podridão Constitucional que refere-se à decadência de características de um sistema constitucional que o mantém como uma república saudável. A podridão constitucional vem acontecendo há algum tempo nos Estados Unidos e gerou o atual estado de política nacional disfuncional do país. Ela também tornou a política americana cada vez menos democrática, menos republicana e mais oligárquica.

As causas da podridão constitucional são quatro fenômenos interligados, que podemos chamar de os quatro cavaleiros da podridão constitucional: (i) polarização política; (ii) perda de confiança no governo; (iii) aumento da desigualdade econômica; e (iv) desastres políticos.

Para o autor, à medida que um sistema político se torna cada vez mais oligárquico, também se torna menos igualitário, mais polarizado e gera maior desconfiança, tanto do governo em geral quanto dos oponentes políticos. As pessoas não apenas perdem a confiança no governo, mas em outras pessoas que discordam delas. Os opositores políticos aparecem menos como concidadãos dedicados ao bem comum e mais como ameaças internas à nação. Quando as pessoas perdem a fé no governo, é provável que se voltem para demagogos que prometem consertar tudo e restaurar as glórias anteriores. (BALKIN, 2017, p. 151)

3 CAPÍTULO III - CRISES CONSTITUCIONAIS

"Nunca se deve deixar prosseguir uma crise para escapar a uma guerra, mesmo porque dela não se foge, mas apenas se adia para desvantagem própria."

NICOLAU MAQUIAVEL

3.1 CRISES CONSTITUCIONAIS: POLISSEMINA CONCEITUAL E CASO BRASILEIRO

A década de 2010 praticamente marca um novo ciclo de debates sobre as crises constitucionais e seus desdobramentos no mundo. O surgimento desses estudos esteve relacionado às sucessivas crises do Estado contemporâneo como regime democrático. No caso brasileiro, as discussões sobre esse fenômeno iniciam-se de modo mais efetivo após os fatos que marcaram o ano de 2013, seguindo uma trajetória de ascensão até os dias atuais.

Após um período de certa estabilidade democrática pós-88, testemunhamos manifestações sociais com pedidos por aumento da democracia, resultado da insatisfação com os rumos da política e da crise de representatividade que gerou questionamentos quanto ao papel das instituições. Desde os anos de 1980, não testemunhávamos um processo tão intenso de mobilização social e de desprezo pelas instituições democráticas.

Esse ambiente que tomou conta do Brasil vem sendo, cada vez mais, marcado por turbulência e desarmonia entre os poderes. Uma nova realidade, centrada no desejo de protagonismo no exercício do poder político, tem gerado episódios como o levante popular de 2013, questionamentos sobre a legitimidade da eleição presidencial, ativismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal em relação às competências do Congresso Nacional, bem como prisão e suspensão de mandatos de parlamentares, processo controverso de impeachment da Presidente da República, são fios condutores nesse processo de crise que ameaça nossas instituições.¹¹⁶

¹¹⁶Segundo Avritzer (2019), “o “mal-estar” democrático começou com manifestações importantes, ainda em 2013, por melhores políticas públicas, potencializadoras de um conjunto de ações que dificilmente contribuiriam para o fortalecimento da democracia. Entre elas, valeria a pena destacar a hostilização pública de membros do sistema político e a concentração da atenção da sociedade em questões ligadas à corrupção, que acabaram sendo tratadas de forma anti-institucional e antipolítica

Por conseguinte, de modo geral, a maioria das reflexões acadêmicas sobre a instabilidade política – a qual se arrasta desde 2013¹¹⁷ e que se acirrou depois do impeachment da Presidente da República em 2016, modificando a maneira como os poderes da república se relacionam –, indica que estamos diante de uma crise. Resta saber se tais acontecimentos se enquadram dentro dos conceitos de crise constitucional.

Vários são os autores, da ciência política ao direito constitucional comparado, citados no capítulo II deste trabalho, que têm concentrado suas pesquisas no sentido de compreender o caráter polissêmico das denominadas crises constitucionais. Muitos termos têm sido usados para descrever o fenômeno onde a Constituição e as leis são utilizadas para corromper a democracia, incluindo o "Constitucionalismo Abusivo", o "legalismo autocrático" e o "retrocesso constitucional".

Há uma preocupação marcante de que a erosão institucional gerada por essas crises seja resultado do autoritarismo crescente no mundo¹¹⁸. De acordo com o

pela Operação Lava Jato. No ano de 2015, manifestações fortemente conservadoras no Brasil reforçaram o clima de forte intolerância entre diferentes grupos sociais. Em 2016, ocorreu o impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, baseado em alegações extremamente frágeis, já que a ideia de pedalada fiscal não constituía um diferencial de comportamento da presidente em relação a outros presidentes ou aos governadores, e devido a fortes evidências posteriores ao impeachment de acordos políticos com o intuito de retirada de Dilma Rousseff da presidência. No mesmo ano, teve lugar também o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados, sua prisão posterior e a tentativa de afastamento do presidente do Senado. Por fim, a população brasileira tem assistido, pasma, a conflitos importantes entre o Judiciário e o Congresso Nacional. Esses conflitos se expressaram em 2016 na tentativa de reversão de lei aprovada na Câmara dos Deputados contra abusos de autoridade e em conflitos entre o STF e o ex-presidente do Senado Renan Calheiros. O ano de 2017 acrescentou, a todos esses fatores, um conflito *interna corporis* ao Poder Judiciário acerca da corrupção que terminou com a proibição da assim chamada "condução coercitiva" em dezembro de 2017, um dos instrumentos "jurídicos" amplamente utilizados pela Operação Lava Jato. A todos esses elementos institucionais se soma um conjunto de elementos extrainstitucionais, tais como os enfrentamentos nas redes sociais entre esquerda e direita, o novo nível de repressão dos movimentos populares e padrões renovados de violência policial que culminaram com a intervenção federal no Rio de Janeiro em fevereiro de 2018 e a designação de um general como chefe da segurança no estado. Todos esses elementos apontam para a necessidade de uma análise mais cuidadosa da democracia brasileira e do seu estágio de consolidação. " AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia. São Paulo: Todavia, v. 3, 2019. p. 273

¹¹⁷“Desde 2013, quando os jovens se rebelaram contra políticas sociais insuficientes, corrupção sistêmica, impunidade e viés na aplicação das leis (o movimento de exigir promessas constitucionais aos políticos), o debate político tornou-se turbulento, com crescente intolerância, uma postura conflitante entre o corpo jurídico e o corpo político, onde prerrogativas institucionais e mandatos políticos são usados como forma de garantir o direito e a integridade do jogo democrático ou como forma de enfraquecer adversários e "entrincheirar-se" no poder.”(VIEIRA, op. cit., p.16)

¹¹⁸O conceito de autoritarismo pode ser definido como um comportamento em que instituição ou pessoa se excede no exercício da autoridade de que lhe foi investida. Para Bobbio, o autoritarismo é um dos conceitos que, tal como "ditadura" e "totalitarismo", surgiram e foram usados em contraposição a "democracia", pretendendo-se acentuar num caso ou noutro parâmetros antidemocráticos. (BOBBIO, op. cit., p. 95)

relatório *Democracy Index*, a democratização sofreu vários reveses em 2021, com a porcentagem de pessoas vivendo em uma democracia caindo para bem abaixo de 50% e regimes autoritários ganhando terreno¹¹⁹. À vista disso, Mounk (2019) alerta que crises e estagnações historicamente sempre favoreceram o surgimento ou ascensão de regimes autoritários, principalmente quando aliadas a altos índices de corrupção.¹²⁰

Diante dessa perspectiva, sabemos que, em regimes constitucionais, a ferramenta mais importante utilizada pelos Estados para garantir a estabilidade e a ordem democrática é a Constituição. Eventualmente, não obstante, momentos de tensionamento entre os poderes constituídos a ameacem, perturbando a estrutura institucional de um país.

É certo que a ideia de crise constitucional, caracterizada pelo confronto entre os poderes, parece, a princípio, irremediavelmente vaga. No entanto, atendo-se a nossa realidade político-institucional, não há como deixar de reconhecer um esgarçamento de nossas instituições e um ambiente belicoso de tensão, capazes de comprometer a própria Constituição.

Nesse contexto, é importante lembrar uma circunstância muito especial relacionada à sociedade complexa na qual vivemos atualmente. Segundo Carvalho Netto (2010), ao contrário de uma sociedade estática, a sociedade em que estamos inseridos vive e se move em função das crises.¹²¹

Devemos ter presente que vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa e em permanente crise; pois, ao lidar racionalmente com os riscos da sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade. (CARVALHO NETTO, 2010)

¹¹⁹Relatório Democracy Index 2021, THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2021. Disponível em: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>. Acesso: 15 abr 2022.

¹²⁰MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 443 p.

¹²¹CARVALHO NETTO, Menelick de. Crise e desafios à Constituição reflexões acerca da relação entre Constituição, Povo e Estado a partir da discussão de uma Constituição para a Europa. Justiça & Cidadania. 2010. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/2512/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

Dado o contexto de complexidade da sociedade moderna, é necessário, primeiramente, antes mesmo de analisarmos os apontamentos constitucionais, definir o que entendemos pela expressão “crise”. Para tanto nos socorremos ao Dicionário de Política em Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998), que define crise como:

Um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame. As crises são habitualmente caracterizadas por três elementos. Antes de tudo, pelo caráter de subitaneidade e por vezes de imprevisibilidade. Em segundo lugar, pela sua duração normalmente limitada. E, finalmente, pela sua incidência no funcionamento do sistema. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 303)

A tipologia do termo crise nos ajuda a refletir sobre as perspectivas de uso do conceito de crise constitucional. Essa situação paradoxal ocorre quando há um risco eminente de que a Constituição não consiga realizar sua tarefa central de manter esses embates dentro dos limites de atuação de cada poder, bem como garantir os direitos fundamentais e as liberdades civis. A possibilidade de crise está umbilicalmente ligada ao que concebe como o papel central de uma Constituição, que diz respeito à canalização de desacordos e disputas de poder para prevenir violência, guerra civil ou insurreição.

Adams (2021), por sua vez, define crises constitucionais como aquelas em que o pacto constitucional adotado por país está sendo descumprido. Normalmente, as crises constitucionais revelam-se no conflito dos poderes de uma República Constitucional. Ademais, ele acredita que algumas crises constitucionais servem para estabelecer novos limites de uma constituição e geram novos entendimentos para a sua aplicação. Ademais, cita como exemplo o famoso e já citado caso de *Marbury vs. Madison*, o qual estabeleceu a doutrina de controle de constitucionalidade na Suprema Corte americana.¹²²

¹²²ADAMS, Luís Inácio. Crise constitucional e crise política. Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-30/publico-privado-crise-constitucional-crise-politica>. Acesso em: 4 abr. 2022.

Para Whittington (2002), dada a importância das constituições, é provável que uma crise constitucional seja um sintoma e uma causa de crise política, mas vale a pena reconhecer que os ambos são distintos entre si. As crises políticas não precisam implicar a Constituição, e as crises constitucionais não precisam ter consequências dramáticas para o sistema político ou para a sociedade de forma ampla. Crises constitucionais, por exemplo, não precisam se tornar crises de regime, ameaçando a conversão de um regime democrático para um regime autoritário. Da mesma forma, as crises constitucionais não precisam, do ponto de vista externo, ser consideradas normativamente problemáticas. Em alguns casos, uma crise constitucional pode até ser considerada um bem positivo, se a Constituição em questão estiver conduzindo para resultados profundamente injustos.¹²³

Paixão et al. (2018) fazem alguns apontamentos interessantes sobre as crises constitucionais. Na visão dos autores, há um outro elemento importante: uma crise constitucional nunca é a crise de uma constituição. Documentos constitucionais só podem produzir efeitos em contextos de interpretação e possuem textura aberta, que decorre da amplitude das matérias ali versadas e da necessidade de vincular o futuro. Uma dada constituição, nesse contexto, não entra em crise por si só. Constituições podem ser mais ou menos exitosas na tarefa de apresentar respostas a contextos políticos mutáveis, mas isso não significa que sejam fontes de crises constitucionais. Passando para a faceta “afirmativa” do conceito, uma primeira conclusão já se apresenta: crises constitucionais decorrem, sempre, dos usos de uma determinada constituição. Isso quer dizer que não se pode invocar uma espécie de “vício de origem” que justificaria a existência ou a frequência de crises constitucionais. Uma constituição sempre se desdobra, se desenvolve, se reconfigura. Nesse sentido, pouca coisa é “originária” na vida de uma constituição.¹²⁴

Para esses autores, a experiência histórica do constitucionalismo aponta que os contornos do conceito de crise constitucional envolvem a ampliação não planejada do espaço de deliberação disponíveis aos atores e instituições da política e do direito. E que, ao persistirem as situações de conflito, novas possibilidades são cogitadas e

¹²³WHITTINGTON, Keith E... Yet Another Constitutional Crisis? *William & Mary Law Review*, n. 43, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss5/6/>. Acesso em: 4 abr. 2022.

¹²⁴PAIXÃO, Cristiano et al. *História do Direito: entre rupturas, crises e descontinuidades*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. 232 p.

testadas por atores e instituições, pois é inerente ao conceito de crise uma pressão por decisão, abrindo-se o risco de que a solução proposta atinja o núcleo da constituição.¹²⁵

Vieira (2018) interpreta que as crises constitucionais configuram períodos específicos em que a capacidade constitucional de canalizar os conflitos institucionais encontra-se abalada, o que impõe aos atores políticos e institucionais a necessidade de tomar decisões hábeis ao restabelecimento do equilíbrio e funcionalidade do sistema constitucional. Contudo, tais decisões devem ser constitucionalmente válidas. Isso porque o que estaria em jogo, nessas hipóteses, seria a própria sobrevivência constitucional, isto é, a capacidade dos atores políticos e institucionais de coordenar seus conflitos em conformidade com as regras e procedimentos constitucionais¹²⁶.

Segundo o pensamento de Lassalle (1988), os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.¹²⁷

Feitas essas considerações sobre as crises constitucionais, algumas outras questões se colocam, tais como: há condições para que se legitime uma crise constitucional no Brasil atual? Qual o ponto de fissura para a configuração de uma crise constitucional? Nossa Constituição tem sido capaz de garantir a estabilidade democrática?

Balkin (2017) aponta algumas causas para que ocorra uma crise constitucional, tais como: (i) o mal funcionamento das instituições que promovem os freios e contrapesos; (ii) a ausência de confiança da população de que os governantes vão exercer o poder de acordo com o interesse popular, e não de acordo com eventual benefício pessoal ou de seus aliados; e (iii) a ausência de tolerância por parte de funcionários públicos em suas afirmações de poder e de obediência a normas políticas de justa concorrência.

¹²⁵Id. 127

¹²⁶VIEIRA, op. cit., p. 93

¹²⁷LASSALLE, Ferdinand. A Essência da constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. 49 p.

A ninguém é dado desconhecer que vivemos no Brasil um momento de aguda crise. Mais especificamente de 2013 até os dias atuais, estamos presenciando uma contraproducente degradação da identidade constitucional prevista na Constituição Brasileira de 1988. Como já supracitado, o país tem enfrentado diversas crises políticas, econômicas e institucionais. O desenho constitucional, esboçado em 1988, entrou em um ciclo de instabilidade político-institucional, com vários eventos dando o tom para essa crise complexa que poderá lograr cingir a essência da nossa institucionalidade.

A batalha de narrativas, com retaliações políticas e jurídicas, demonstra que não estamos imunes ao surgimento gradual de um autoritarismo dentro da democracia brasileira. Os sinais são difusos, visto que embates pontuais entre um poder e outro são naturais e até saudáveis em uma democracia. Entretanto, o que tem sido frequente é uma guerra do Executivo contra o Congresso, do Congresso contra o Judiciário, do Judiciário contra o Congresso – isto é, uma luta de todos contra todos.

De fato, há de se reconhecer uma crise política, na qual os Poderes da República vêm testando a Constituição ao limite. Entretanto, apesar dos questionamentos de invasão de competências por um ou outro poder, esse acirramento de ânimos, ao menos por enquanto, ainda não transbordou para uma crise constitucional.

3.2 ATIVISMO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E HIPERPRESIDENCIALISMO COMO FATORES DA CRISE ENTRE OS PODERES

Diante da nossa realidade político-institucional, devemos reconhecer que fatores como o ativismo judicial¹²⁸, a judicialização da política, a crise de

¹²⁸O termo ativismo judicial foi criado pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr., em 1947, quando escrevia uma matéria jornalística para a revista Fortune. Porém, a definição de ativismo judicial descrita pelo jornalista, difere do contexto atual usado para descrever o fenômeno. Na atualidade, o conceito de ativismo está mais ligado ao processo conhecido como judicialização da política, que é a transferência de uma parcela do poder político das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário.

representatividade¹²⁹ e o hiperpresidencialismo¹³⁰, para além do delineado na constituição, podem comprometer a essência dos mecanismos de equilíbrio, as competências dos poderes e gerar crises constitucionais. Aliado a esses fatores, temos que levar em conta as assimetrias existentes entre os Poderes.

É cediço que nosso modelo de ordenamento jurídico predomina a concepção da supremacia constitucional, em contraponto à ideia de soberania parlamentar. A associação entre constitucionalismo e supremacia judicial, com ênfase no papel do Supremo Tribunal Federal como detentor da prerrogativa da última palavra na interpretação das normas constitucionais, tem sido continuamente objeto de críticas e conflitos com o Poder Legislativo e Executivo.

Para Vieira (2008), o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade. O autor ainda cunhou o termo *Supremocracia*, que se refere à expansão da autoridade do STF em detrimento dos demais poderes.¹³¹

A pretensa judicialização da política e a ampliação do ativismo judicial¹³², mediante a tomada de decisões com o fulcro em atender demandas da população,

¹²⁹Podemos definir crise de representatividade, no contexto da democracia contemporânea, como a ausência de identidade entre as aspirações da população e as decisões políticas tomadas por seus representantes no parlamento.

¹³⁰GARGARELLA, op. cit., p.60

¹³¹VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, n. 8, jul/dez 2008. p. 441-464. p. 443

¹³²Nas palavras de ABBOUD e OLIVEIRA (2014), "na última década, assistimos a uma acentuada valorização o STF como ator político. Esse fenômeno, que já foi chamado "protagonismo judicial", acirra-se, ainda mais, no contexto daquilo que vem sendo nomeado como judicialização da política e das relações sociais. Recentemente, o Supremo Tribunal passou a ser chamado a atuar, cada vez com maior frequência, para se pronunciar sobre questões que envolvem diretamente a relação do Judiciário com os demais poderes – em especial o legislativo – bem como para firmar sua posição na arena política. Em abril de 2014, a corte foi acionada, pelo MS 32.889, para apreciar a constitucionalidade de uma proposta de instauração de CPI no senado.2 Em dezembro de 2013, o Supremo Tribunal iniciou o julgamento da ADI 4.650 que trata de possível inconstitucionalidade que viciaria o sistema de financiamento de campanhas eleitorais no ponto específico em que a legislação permite doação realizada por pessoas jurídicas. Em dezembro de 2012, no julgamento de liminar do MS 31.816, o tribunal determinou a suspensão da urgência determinada pelo Congresso Nacional para votar o veto no projeto de lei de distribuição de royalties do petróleo. Na mesma oportunidade ficou assentado, pelo relator, Min. Luiz Fux, o entendimento de que os vetos deveriam ser analisados pelo congresso em ordem cronológica de apresentação, determinando, assim, o modo como o legislativo deveria proceder no exercício de uma competência constitucional. Outro exemplo significativo desse mesmo contexto pode ser retirado do MS 32.033. Nesse caso, foi reafirmada pelo tribunal a possibilidade de utilização do writ, com limitação de legitimidade ativa para admitir apenas a interposição por parlamentares, para efetuar controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade contra projetos de emenda à Constituição ou projetos de lei que se apresentem em contrariedade com a Constituição. Nesse caso, vale lembrar, que a fonte de uma tal competência é a própria jurisprudência do Supremo Tribunal. Como é cediço, não existe – no texto da Constituição de 1988 – qualquer menção a um controle jurisdicional

represadas em virtude da inércia legislativa, tem sido interpretada como uma ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional da Suprema Corte¹³³

Para Barroso (2009), a judicialização faz com que algumas questões de larga repercussão política ou social estejam sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Para justificar uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, Barroso (2006) faz a seguinte constatação:¹³⁴

preventivo de constitucionalidade. Por fim, podemos mencionar, ainda, a Rcl 4.335 – julgada pela Corte no primeiro quadrante de 2014 – no interior da qual o tribunal assentou, por maioria de votos, o entendimento de que a eficácia das decisões que a Corte profere no exercício do controle difuso de constitucionalidade, passou a ser dotada de eficácia erga omnes. Isso em virtude de uma série de alterações legislativas que ampliaram a dimensão vinculativa e transcendente dos efeitos das decisões, não apenas do STF, mas, também, dos Tribunais Superiores (v.g., o caso das "súmulas impeditivas de recursos", art. 38 da Lei 8.038/1990; o art. 557, § 1º.-A, do CPC, entre outros). Assim, seria dispensável o pronunciamento do Senado (nos termos da competência fixada pela Constituição, no art. 52, X) para que a decisão do Tribunal, no âmbito do controle difuso, pudesse atingir outros casos, que não aquele julgado pelo STF. Todos esses casos, pinçados aqui por amostragem, apontam não apenas para uma incisividade maior da jurisdição na relação com o legislativo – chegando às vezes no limite da ingerência – como, também, para uma transformação, até certo ponto velada, na configuração de nossa separação de poderes. ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. " ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. Revista de Processo, v. 233, jul 2014. p. 1-18. Disponível em: <https://www.sentidounico.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-Georges-Abboud-e-Rafael-Tomaz-STF-separa%C3%A7%C3%A3o-de-poderes-e-nova-engenharia-constitucional.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2022.

¹³³Luiz Flávio Gomes aponta que: existe outro tipo de ativismo judicial - o ativismo judicial legislativo - que consiste em o juiz tangenciar a atividade legislativa para complementar o ordenamento jurídico, ou seja, para dar os contornos finais do Direito. O STF está fazendo disso uso constante nas suas súmulas vinculantes. No ativismo judicial que complementa o Direito há uma espécie de intromissão do Judiciário na função legislativa. O juiz, nesse caso, revela (a palavra está sendo utilizada sem conotação religiosa) o Direito existente no ordenamento jurídico. Ele ativa o sentido e a extensão de um princípio, por exemplo. Do princípio democrático de que todo o poder emana do povo o Supremo Tribunal Federal extraiu a regra da fidelidade partidária, que impede o político de mudar de partido injustificadamente depois da eleição. Essa regra não estava expressamente prevista, mas latente, no ordenamento.

Disponível

em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y>

¹³⁴BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2006. 333 p.

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da Sociedade com as instituições judiciais. É certo que os métodos de atuação e argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político. (BARROSO, 2006, p. 60)

Esse tipo de abordagem é questionável, na medida em que os ministros da Corte vêm utilizando de argumentos de política para justificar suas decisões.¹³⁵ O fato é que essa expansão jurisdicional da Corte Constitucional acabou tornando-se tão natural que já foi cunhado o termo “papel representativo”¹³⁶ e “vanguarda iluminista”¹³⁷ para designar essa nova atribuição.

Para Torrano (2015), iniciado o processo contingente de “vanguarda iluminista”, não há mínimo espaço para a noção democrática de freios e contrapesos: o Poder Estatal – no caso, o STF – imiscui-se na prerrogativa de delimitar a extensão de sua própria autoridade, sem se sujeitar a nenhum limite externo (nem mesmo os

¹³⁵O Supremo entrou na crise política do governo da ex-presidente Dilma, que culminou no impedimento da posse do ex-presidente Lula como ministro-chefe do governo Dilma, em oposição à subsequente autorização da posse de Moreira Franco como ministro do governo Temer em circunstâncias semelhantes; o afastamento do deputado Eduardo Cunha do prefeito (AC 4070), após o término do processo de impeachment; nas diversas questões centrais à Operação Lava Jato, como a constitucionalidade da execução provisória da pena condenatória, com impacto na manutenção da prisão do ex-presidente Lula; com José Dirceu condenado por receber recursos financeiros periódicos em troca de apoio no interesse eleitoral do governo. (VIEIRA, 2018, op. cit., p. 197)

¹³⁶Em conferência proferida em Belo Horizonte, em homenagem ao professor alemão de direito constitucional Robert Alexy, o ministro do STF Luís Roberto Barroso afirmou que: Cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, também, em diversas situações, um papel representativo. Isso ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador. Disponível em: <https://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/198223509/stf-exerce-papeis-contramajoritario-e-representativo>. Acesso: 20 abr. 2022.

¹³⁷Na mesma conferência, Barroso defendeu o papel iluminista do STF: Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. (Id. 140)

limites do texto constitucional). Afinal, se seguirmos à risca o pensamento de Barroso, teremos invariavelmente um, e só um, critério para determinar se um caso pode ou não servir como “mola moral” da sociedade: o juízo individual, seletivo e *interna corporis* de “cautela, parcimônia e autocontenção”, feito por ele mesmo ou, no limite, pelo colegiado da instituição jurídica que integra – o Supremo Tribunal Federal. E segue, se levada a sério a tese da “vanguarda iluminista”, não há mínimos elementos de previsibilidade quanto ao conteúdo substantivo que o Supremo Tribunal Federal pode vir a atribuir ao vago termo “progresso moral”: diferentes Ministros, com diferentes concepções pessoais de Justiça, visando “empurrar” a sociedade para “avanços civilizatórios”, podem manipular a contento a expressão, produzindo consequências diversas e conflitantes entre si. Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal pode ser considerado autoritário, tanto nos casos em que pretende “empurrar” a sociedade para um posicionamento qualificado como de “esquerda” quanto nos casos em que guina seu ativismo para um entendimento de “direita”.¹³⁸

Esse cenário de crescente ativismo e judicialização da política revela um quadro de assimetria entre os poderes¹³⁹, ascendendo o Poder Judiciário a um degrau mais elevado em relação ao seu papel institucional ante os demais Poderes. Isso atribui ao Judiciário o condão de transformar a jurisdição constitucional em um fenômeno eminentemente político e gerador de crises constitucionais.

Na esteira desse fenômeno, reacende-se a discussão sobre o exercício da jurisdição constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal, quando este toma decisões acerca de questões tipicamente políticas e assim invade a esfera de competência do Congresso Nacional.

A jurisdição constitucional pátria tem inspiração no modelo americano do *judicial review*, apesar da nossa escola jurídica estar baseada na *Civil Law*, diferentemente do *Common Law*, adotado pelo sistema americano. Como

¹³⁸TORRANO, Bruno. Contra A 'Função Iluminista' Do Supremo Tribunal Federal. SSRN. 2015. 16 p. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705223. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹³⁹Para KELSEN, jurisdição constitucional “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Destarte, jurisdição constitucional é a outorga a um órgão jurisdicional que ficará encarregado de exercer suas funções na solução de eventuais conflitos constitucionais, atuando com imparcialidade, neutralidade e com a necessária neutralidade política da ordem jurídica. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2 ed. Martins Fontes, 1987. 112 p.

consequência dessa diferença, o instituto da jurisdição constitucional no país ainda vem sendo aperfeiçoado.

Nesse sentido, como forma de legitimar a sua jurisdição constitucional e, conseqüentemente, sua atuação mais intensa no sistema político, a Corte vem se manifestando sobre o tema em alguns julgados.

A força normativa da Constituição e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem a se atribui a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor sobre o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (ADI 3.365, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 25-08-2005, Plenário, DJE de 20-8-2010. No mesmo sentido: AI 733.387, relator Ministro Celso de Mello, EM 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-2-2013; RE 132.747, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17-6-1992, Plenário, DJ de 7-12-1995).

Nas palavras de Mendes (2014), a guarda da Constituição nos Estados constitucionais contemporâneos é responsabilidade da jurisdição constitucional, contudo, essa incumbência deve ser exercida sem prejuízo dos demais Poderes democraticamente constituídos. Para ele, para alcançar o sucesso nessa árdua missão, o legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis de destaque. Uma vez que, a interpretação e a aplicação da Constituição são papel relegado a todos os Poderes, bem como a toda a sociedade.¹⁴⁰

Streck (2002) assevera que, na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*. Destarte, cabe ao Poder

¹⁴⁰MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 446 p.

Judiciário a função intervencionista, agindo, assim, na garantia dos direitos fundamentais.¹⁴¹

Em contraposição, a corrente procedimentalista critica a invasão da política pelo direito, autores como Ely (1980) defendem um Judiciário com poderes mais limitados em respeito aos processos democráticos, rejeitando a ideia de ativismo judicial.¹⁴²

Waldron (2002) também questiona a legitimidade desse papel mais ativo do judiciário, no caso do Supremo Tribunal Federal, que, em última instância, acaba funcionando como legislador, na medida em que delibera sobre questões que efetivamente competiriam ao Poder Legislativo.¹⁴³

Diante do exposto, percebe-se, então, que o Poder Judiciário se expande, também, quando há uma omissão do Poder Legislativo em sua tarefa de legislar. A crise de representatividade leva à descrença e desqualificação do parlamento como representante dos interesses da população.

A raiz do problema da crise de representatividade está ligada, em grande parte, ao caráter fragmentário da representação partidária e a heterogeneidade ideológica presente no Congresso Nacional. A alta propensão de conflitos de interesse em razão das clivagens sociais, a tradição presidencialista e proporcional, o insuficiente quadro institucional para resolução de conflitos somado à inexistência de mecanismos institucionais de destituição de governos ilegítimos são alguns dos fatores do atual sistema político-partidário que se conjugam para desencadear a crise que ora se desenrola.¹⁴⁴

Destarte, devido à não mediação de seus conflitos internos do Congresso Nacional, o STF se converte em uma nova arena deliberativa. Nesse sentido, assevera Sarmiento e Neto (2016), a sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política, haja vista que conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições

¹⁴¹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 919 p.

¹⁴²ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980. 280 p.

¹⁴³WALDRON, Jeremy. *Dignidade Da Legislação*, a. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 214 p.

¹⁴⁴VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

dos Estados-membros, dentre outras entidades, o poder de provocar o STF. Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema para que dê a palavra final à controvérsia com base na sua interpretação da Constituição. E tal modelo vem se aprofundando desde 88, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (SARMENTO; NETO, 2016, p. 86-87).

Outro ingrediente fomentador de crises e instabilidade política presente no nosso sistema presidencialista é o hiperpresidencialismo, definido por Gargarella (2015) como uma estrutura característica das ditaduras, cuja particularidade é marcada pela concentração exagerada de poderes na figura do Presidente da República.

No Brasil, a organização do Estado presente na Constituição de 1988 atribuiu generosos poderes legislativos à figura do chefe do Poder Executivo, favorecendo o conflito entre os poderes. Nas palavras de Limongi e Figueiredo (1998):

A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, confere iniciativa exclusiva ao presidente em matérias orçamentárias e veda emendas parlamentares que impliquem a ampliação dos gastos previstos. O presidente brasileiro tem ainda a exclusividade de iniciativa em matérias tributárias e relativas à organização administrativa. A implicação da prerrogativa exclusiva é óbvia. Se o presidente preferir o status quo ao ponto preferido pela maioria da legislatura, antecipando as modificações a serem introduzidas pelo Legislativo via emendas, o Executivo "engavetará" as propostas que porventura tenha para a área. Isto é, o presidente antecipará as alterações dos legisladores e manterá o status quo, negando aos parlamentares a oportunidade de fazer valer suas preferências na área. No caso do orçamento, em que o Executivo é forçado a iniciar legislação todo ano, tal prerrogativa não parece conferir qualquer vantagem ao Executivo. No entanto, ao definir o montante dos gastos, o presidente limita a ação possível dos parlamentares. Ademais, o Executivo conta com outros poderosos instrumentos para neutralizar a ação do Legislativo na área orçamentária. Como a Constituição não regula as consequências da não-aprovação do orçamento, o Executivo não tem por que temer atrasos na apreciação do orçamento que envia. Isto é, o Legislativo brasileiro não é dotado de um poderoso trunfo para barganhar o orçamento com o Executivo. De outra parte, o Executivo pode retardar o envio da proposta orçamentária com o objetivo de limitar o tempo disponível para a apreciação da matéria pelo Legislativo. O presidente brasileiro não apenas tem o poder exclusivo de iniciar legislação em determinadas áreas como também tem o poder de forçar, unilateralmente, a apreciação das matérias que introduz dentro de determinados prazos. De acordo com o artigo 64 parágrafo 2 da Constituição

brasileira de 1988, o presidente pode solicitar urgência para apreciação de projetos por ele apresentados, o que significa um prazo máximo de 45 dias para apreciação da matéria em cada uma das casas. A solicitação de urgência impede que minorias possam, por seu controle de veto points, "engavetar" as propostas presidenciais.¹⁴⁵ (LIIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 88)

Essa concentração exacerbada de poder na figura do Presidente da República aumenta sobremaneira as chances de conflito entre o Legislativo e o Executivo. Visto que um presidente, quando provido de fartos poderes legislativos, pode utilizar desses mecanismos para impor a sua agenda ao parlamento e, de certa maneira, controlar os trabalhos desse Poder.

Diante de uma perspectiva de conceito de crise constitucional, resta evidente como os fatores aqui apresentados se encarregam de demonstrar que, provavelmente, se mantidas as assimetrias institucionais, continuaremos a presenciar diversos embates entre os Poderes da República.

3.3 O USO ABUSIVO DO CONSTITUCIONALISMO NA RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NO BRASIL

A transição democrática no Brasil, ocorrida no final da década de 90 e que culminou com o texto constitucional de 1988, requereu uma enorme mobilização política entre diversos atores, forças políticas e setores da sociedade civil. Havia, naquele momento, um demasiado grau de ceticismo entre os envolvidos na elaboração da carta Magna. Entretanto, o projeto de constitucionalismo democrático foi capaz de agregar a mediação entre as instituições e o resultado foi a construção de uma esfera pública com fortalecimento dos poderes constituídos.

Passados mais de 30 anos, o cenário atual demonstra que o país não escapou do processo de declínio da democracia constitucional presente no mundo atualmente. A democracia brasileira tem vivido em constante crise, na medida em que o panorama atual reflete a insatisfação de que os anseios e demandas da sociedade não estão

¹⁴⁵LIIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 44, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/7P5HPND88kMJCYSmX3hgrZr/?lang=pt>. Acesso em: 25 abr. 2022.

sendo cumpridos por seus representantes políticos. É esse desgosto antipolítico que vem provocando a erosão democrática no país.

Com a crise política efetivamente estabelecida a partir de 2013, o acirramento da crise democrática e a radicalização do embate político marcam o início de um intensivo uso instrumental que os poderes constituídos passaram a fazer do texto constitucional, no sentido de ampliar seus poderes. É o que Vieira (2018) chama de constitucionalismo em tempos bicudos:

Passamos a viver da perspectiva constitucional, em tempos bicudos, em que a coordenação política parece ter sido substituída por uma constante e recíproca retaliação institucional, em que ferramentas voltadas à estabilização de expectativas jurídicas e procedimentos concebidos para favorecer a competição democrática passaram, em determinadas circunstâncias, a ser empregados como facas afiadas na luta pelo poder. (VIEIRA, 2018, p. 16)

Diante desse contexto, a democracia constitucional no Brasil tem passado por sucessivos testes. Episódios paradigmáticos envolvendo os Poderes da República têm sido constantes nos últimos anos. Prerrogativas constitucionais e mandatos eletivos são utilizados para combater adversários e para a manutenção no poder, para além dos interesses públicos.

Resta saber se a utilização de instrumentos constitucionais nesses casos se enquadraria na definição de Constitucionalismo Abusivo ou autoritário, de acordo com as definições trazidas por diversos estudiosos sobre o tema. Na pesquisa desenvolvida nesse trabalho, buscou-se investigar a polêmica do constitucionalismo no Brasil e suas implicações para o princípio da separação dos poderes.

Há, no que concerne essa temática vários exemplos de acontecimentos que marcaram uma nova fase no relacionamento institucional entre os poderes do Brasil.

Um dos primeiros a ilustrar a mudança na dinâmica da relação entre os Poderes veio com a promulgação pelo Congresso Nacional do Decreto nº 424, de 2013¹⁴⁶, que sustou a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nº 23.389/2013. Com

¹⁴⁶BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto Legislativo n. 424, de 2013. Susta os efeitos da Resolução nº 23.389, de 9 de abril de 2013, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmaras Legislativas para as eleições de 2014. Diário Oficial. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-424-4-dezembro-2013-777558-publicacaooriginal-142140-pl.html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

fundamento no inciso XI do art. 49 da CF, o Congresso sustou a resolução que modificava o número de Deputados por Estado e Distrito Federal (DF) para as eleições de 2014.¹⁴⁷

Com o argumento de que o TSE não teria poder para definir o tamanho das bancadas nos Estados e no DF na Câmara dos Deputados, a resolução foi julgada inconstitucional, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 33 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4947, 4963, 4965, 5020, 5028 e 5130¹⁴⁸.

No mesmo julgamento, o decreto legislativo também foi considerado inconstitucional pelo STF, sob a alegação de que não haveria previsão constitucional para a edição de decretos legislativos com objetivo de sustar atos do Poder Judiciário.

Nesse caso, o uso do instrumento do decreto legislativo para a superação da decisão exarada pelo TSE foi uma reação legislativa do Congresso Nacional com o intuito de zelar pela sua prerrogativa constitucional frente à invasão de suas competências por parte da Corte Eleitoral.

No intuito de frear essa atuação mais ativista do STF sobre o que os congressistas acreditam ser competências do Poder Legislativo, ao longo dos anos, têm sido apresentadas várias propostas de emenda à Constituição para revisar os atos do Poder Judiciário.

Um exemplo dessa articulação legislativa é a PEC 93/2019¹⁴⁹, de autoria da Deputada Chris Tonietto (PSL/RJ), que sugere alterar o inciso V do artigo 49 da Constituição Federal para ampliar o poder do Legislativo para sustar os atos do Poder Judiciário.

Art. 1º. O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

¹⁴⁷BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23389, de 08 de abril de 2013. Dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2013>. Acesso em: 29 abr. 2022.

¹⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4947/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=resolu%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+23.389%2F2013+do+tribunal+superior+eleitoral>. Acesso em: 29 abr. 2022.

¹⁴⁹BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 93, de 2019. Diário Oficial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207351>. Acesso em: 10 mai. 2022.

“Art. 49.....”

V – Sustar os atos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário que exorbitem seu poder regulamentar, os limites de delegação legislativa, ou violem a competência exclusiva do Poder Legislativo. ”

Claramente, essa alteração provocaria mudanças na atuação do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade de normas que alterem a Constituição Federal, isto é, o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais.

No texto da proposta, sugere-se ao Poder Legislativo a possibilidade de sustar os atos do Poder Judiciário que exorbitem o poder regulamentar e aqueles que invadirem a competência exclusiva do Congresso Nacional. O objetivo da emenda é claro, desacelerar o ativismo, mas não qualquer um, tão somente aquele que usurpar o poder regulamentar e as competências do legislativo. É provável que o mérito da proposta terá sua constitucionalidade questionada, pois a proposta não explicita claramente a definição de quais atos e competências serão sustados.

Sob esse aspecto, para uma melhor compreensão dos objetivos da proposta, precisamos entender o conceito de atos normativos, os quais se definem como atos de natureza infralegal, cujo objetivo é regulamentar ou explicitar uma lei. Decretos, regulamentos, regimentos, resoluções são exemplos desses atos.

Atos normativos não podem criar direito novo ou obrigações que não estejam previamente estabelecidos em lei, e têm como característica a generalidade e abstração. Não podem inovar o ordenamento jurídico e devem respeitar o princípio da legalidade previsto no inciso II do art. 5º da Constituição Federal. Sendo assim, um ato normativo pode ser impugnado através de ação direta de inconstitucionalidade, se respeitados os procedimentos corretos para essa ação.

Destacamos, também, que a previsão constitucional de sustação de atos normativos do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo tem natureza de controle de constitucionalidade. Mas para que isso ocorra, há que se configurar exorbitância do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, a critério do Poder Legislativo. O que também se configura em ambas as situações, no caso de inconstitucionalidade.

De acordo com essas definições do que seriam atos normativos, ainda não fica claro quais seriam os atos do Poder Judiciário que poderiam ser sustados. Portanto, nos termos descritos na proposta de emenda constitucional, resta a dúvida se poderão ser sustados atos referentes às atividades típicas do Poder Judiciário, ou seja, decisões propriamente ditas, como Acórdãos, sentenças, suas funções típicas; ou, se a sustação será somente sobre aqueles atos normativos atípicos do Judiciário, não jurisdicionais, como as resoluções da Justiça Eleitoral.

Outra sugestão, de autoria do Deputado Domingos Sávio (PL/MG)¹⁵⁰, mas que ainda está na fase de coleta de assinaturas - requisito constitucional para dar início ao processo legislativo -, propõe sustar a decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha transitado em julgado sem aprovação unânime dos seus membros, e que extrapole os limites constitucionais.

Art. 1º - O art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XIX:

“Art. 49.....

XIX – deliberar, por três quintos dos membros de cada Casa legislativa, em dois turnos, sobre projeto de Decreto Legislativo do Congresso Nacional, apresentado pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que proponha sustar decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha transitado em julgado sem aprovação unânime dos seus membros, e que extrapole os limites constitucionais.

Parágrafo único. O Decreto Legislativo a que se refere o inciso XIX será promulgado pelo presidente do Congresso Nacional e comunicado ao Supremo Tribunal Federal, com vigência imediata.” (NR)

Art. 2º - Esta emenda constitucional entra em vigor na data de sua publicação”.

O autor justifica a proposta da seguinte forma: “o Supremo Tribunal Federal, de forma controversa e sem o entendimento “unânime” de seus membros decide e julga contrariando a ampla maioria dos representantes do povo, o estado democrático de direito é colocado em risco. Desta forma, é fundamental que haja recurso capaz de

¹⁵⁰Em consulta ao site da Câmara dos Deputados em junho de 2022, a PEC ainda não havia alcançado as 171 assinaturas necessárias para dar início à sua tramitação. Entretanto o texto da proposta foi divulgado pelo autor e está disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/06/pec-domingos-savio-stf.pdf>. Acesso: 17 mai. 2022

rever a decisão de afronta a vontade da ampla maioria do povo devidamente representado no Congresso Nacional. Por esta razão, considerando o ambiente cada dia mais tenso diante de decisões polêmicas e controversas, proferidas muitas vezes por um indivíduo em detrimento da opinião de milhões de brasileiros. Considerando que, da decisão de todos os demais poderes da República em todas as instâncias cabe recursos, ficando apenas o Supremo Tribunal Federal imune a qualquer possibilidade de revisão. (...) Apresentamos a presente Proposta de Emenda à Constituição brasileira na esperança de estarmos fortalecendo nossa democracia e assegurando o justo e imprescindível equilíbrio, harmonia e independência entre os poderes, essenciais à manutenção do estado democrático de direito”.

Ainda nessa seara de questionamentos sobre invasão de competências, o Deputado Sóstenes Cavalcante (PSD-RJ) apresentou um PL nº 4754/2016¹⁵¹, para tipificar como crime de responsabilidade dos ministros do STF a usurpação de competência do Poder Legislativo. Outros 23 deputados assinaram a proposta em apoio a iniciativa do autor. A proposta altera a Lei 1.079/50, conhecida como Lei do *Impeachment*, que regulamenta os procedimentos para afastamento de presidente da República, ministros do STF, procurador-geral da República e governadores, por crime de responsabilidade. Para o autor, o PL tem como objetivo evitar que as decisões emanadas pelo STF esvaziem as atribuições do Poder Legislativo. Somente em 2021 é que a matéria foi rejeitada na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados.

Apesar de ter sido apresentado no início do ano de 2016, o projeto voltou à baila de discussões após uma decisão da Primeira Turma do STF no HC 124.306/RJ, que descriminalizou o aborto no primeiro trimestre da gravidez. O colegiado considerou não recepcionados os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, segundo o Voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso.

No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como

¹⁵¹BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4754, de 2016. Diário Oficial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 10 mai. 2022.

consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP.¹⁵²

A decisão foi muito criticada pelos Deputados e ensejou ao Presidente daquela Casa a criar uma comissão especial para analisar a PEC nº 58/2011¹⁵³ e nela incutir a possibilidade de inclusão na Constituição Federal de uma regra clara sobre aborto. O Presidente da Câmara dos Deputados à época, Rodrigo Maia (DEM/RJ), justificou a medida como uma resposta à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), sobre a descriminalização do aborto¹⁵⁴.

Ainda no ano de 2016, o STF julgou nos autos da ADI 4983/CE, a inconstitucionalidade da prática desportiva conhecida como “vaquejada”.

A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.¹⁵⁵

Como reação, o Congresso Nacional aprovou e encaminhou à sanção o PL nº 24/2016¹⁵⁶, convertido na Lei nº 13.364/2016¹⁵⁷, que reconheceu a vaquejada como patrimônio cultural e imaterial do Brasil. Além disso, para reverter a decisão sobre a inconstitucionalidade da vaquejada, os parlamentares promulgaram a EC 96/2017¹⁵⁸,

¹⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 124.306/RJ. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹⁵³BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 58, de 2011. Diário Oficial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=513290>. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹⁵⁴BRASIL. Câmara dos Deputados. Agência Câmara. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/503814-depois-de-decisao-do-stf-sobre-aborto-maia-cria-comissao-para-discutir-tema/>. Acesso: 10 mai. 2022

¹⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4983/CE. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹⁵⁶BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara n. 24, de 2016. Diário Oficial. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125802>. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹⁵⁷BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.364, de 2016. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹⁵⁸BRASIL. Presidência da República. EC n. 96, de 2017. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

denominada como “emenda da vaquejada”, acrescentando parágrafo 7º ao art. 225 da Constituição Federal. O referido dispositivo desconsiderava como cruéis as práticas desportivas que se utilizam de animais, salvo se forem reconhecidas, legalmente, como manifestações culturais.

Essa reforma constitucional promovida pelo Congresso Nacional, em seu papel de constituinte reformador, claramente procurou reverter a jurisprudência do STF no entendimento quanto a vaquejada.

Em outra frente de confronto entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo estão as decisões monocráticas exaradas por um único ministro da Corte Suprema. Nesse sentido, um caso emblemático de uso abusivo dos poderes constitucionais foi a liminar concedida pelo então ministro do STF Marco Aurélio de Mello nos autos da ADPF 402, em 2016, na qual afastou o Presidente do Senado Federal da linha sucessória do Presidente da República.

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO
FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE. (S): REDE SUSTENTABILIDADE
DECISÃO

Rede Sustentabilidade, por meio da petição/STF nº 69.260/2016, subscrita por profissionais da advocacia regularmente habilitados, protocolada às 11h16 de 5 de dezembro de 2016, reitera, ante o surgimento de fatos novos, o pedido liminar descrito no item 55, “b”, da inicial. Segundo narra, postulou, ao formalizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o deferimento de medida acauteladora voltada à fixação, em caráter provisório, do impedimento preconizado no artigo 86, § 1º, da Constituição Federal relativamente aos ocupantes dos cargos em cujas atribuições figure a substituição do Presidente da República. Consoante destaca, além da plausibilidade do direito, o requisito da urgência se fazia presente, à época do ajuizamento, em virtude de a Presidência da Câmara dos Deputados estar ocupada por parlamentar que respondia a ação penal em trâmite no Supremo. Esclarece o afastamento deste do cargo antes da apreciação do pleito de urgência considerada a decisão do ministro Teori Zavascki na ação cautelar nº 4.070, posteriormente referendada pelo Pleno (...) defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado o senador Renan Calheiros. Com a urgência que o caso requer, deem cumprimento, por mandado, sob as penas da Lei, a esta decisão.¹⁵⁹

¹⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 402/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975492>. Acesso em: 10 mai. 2022.

A decisão liminar ensejou uma reação por parte da Mesa Diretora do Senado Federal, no sentido de não cumprir a determinação contida na ordem emanada pelo STF. Tanto a liminar quanto a decisão da Mesa do Senado foram criticadas por agravarem o risco de uma crise institucional entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Somente após a derrubada da liminar os ânimos se restabeleceram.

Decisão da Mesa do Senado Federal - A Mesa do Senado Federal, no exercício das atribuições dadas pelo art. 58 da Constituição da República e definidas pelo Regimento Interno do Senado Federal, CONSIDERANDO:

1. A decisão monocrática prolatada na data de ontem, 5 de dezembro de 2015, pelo eminente Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF n. 402, que determinou liminarmente, e em caráter incidental, o afastamento do cargo do Presidente do Senado Federal;
2. Que os efeitos da referida decisão impactam gravemente no funcionamento das atividades legislativas, em seu esforço para deliberação de propostas urgentes, para contornar a grave crise econômica sem precedente que o país enfrenta;
3. Que a última sessão deliberativa está agendada para 14/12/2016, conforme acordo entre as lideranças partidárias, portanto, dentro de 8 dias;
4. Que o acórdão de recebimento parcial da denúncia em face do Presidente do Senado no Inquérito n. 2.593 não foi publicado;
5. Que a referida decisão ainda aguarda confirmação do Plenário do Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 5º, caput e §1º, da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999;
6. Que a Constituição Federal assegura o direito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República) e que o Presidente do Senado nem a Mesa do Senado foram notificados a participar da referida ADPF;
7. Que a Constituição Federal estabelece a observância do princípio da independência e harmonia entre os Poderes constituídos (art. 2º da Constituição da República) e o direito privativo dos parlamentares de escolherem os seus dirigentes (art. 57, §4º, da Constituição da República);
8. Que o disposto no art. 53, §3º, da Constituição da República, atribui ao Senado Federal a competência para deliberar acerca da sustação do processo criminal eventualmente instaurado em face de Senador da República;
9. Que o art. 55, § 3º, da Constituição da República atribui à Mesa competência para declarar a perda do mandato nas hipóteses previstas nos incisos I, II e VI, assegurada a ampla defesa e que na presente data foi impetrado o mandado de segurança nº 34.534 e agravo regimental na ADPF 402 que aguardam deliberação do STF;
10. Considerando a decisão proferida no MS 25.623 da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que determinou a concessão de prazo para a apresentação de defesa ao parlamentar;
11. Que não há previsão de sucessão presidencial pelo Presidente do Senado, DECIDE:

12. **Art. 1º Aguardar a deliberação final do Pleno do Supremo Tribunal Federal.**

13. Art. 2º Conceder prazo regimental ao Presidente do Senado Federal para apresentação de defesa, a fim de viabilizar a deliberação da Mesa sobre as providências necessárias ao cumprimento da decisão monocrática em referência. (Grifos nossos)¹⁶⁰

Outra decisão polêmica do STF, que gerou reação por parte do Congresso Nacional, foi a suspensão da tramitação no Senado Federal, com o consequente reenvio para a Câmara dos Deputados, do projeto de lei nº 4850, de 2016¹⁶¹. O projeto foi apresentado na Câmara dos Deputados como de iniciativa popular depois da coleta de milhares de assinaturas e nele continha propostas do Ministério Público Federal de combate à corrupção, que ficou conhecido como 10 (dez) medidas contra a corrupção. O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu liminar no Mandado de Segurança (MS) 34530:

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.530/DF
RELATOR: MIN. LUIZ FUX
IMPTE. (S): EDUARDO NANTES BOLSONARO
IMPDO. (A/S): MESA DIRETORA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
DECISÃO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Deputado Federal no exercício do mandato em face de ato da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados no que se refere à tramitação da Emenda de Plenário (EMP) nº 4, acessória ao Projeto de Lei (PL) nº 4.850/2016 (...) Ex positis, defiro a medida liminar inaudita altera parte para suspender, na forma do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 e do art. 203, § 1º, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, os efeitos dos atos praticados no bojo do processo legislativo referente ao Projeto de Lei (PL) nº 4.850/2016, determinando, por consequência: (i) o retorno do Projeto de Lei da Câmara nº 80/2016, em tramitação no Senado Federal, à Casa de origem e (ii) que a Câmara dos Deputados autue o anteprojeto lei anticorrupção encaminhado àquela Casa legislativa com as assinaturas de 2.028.263 (dois milhões, vinte e oito mil e duzentos e sessenta e três) eleitores, como Projeto de Iniciativa Popular, observando o rito correlato previsto no seu Regimento Interno, consoante os artigos 14, III, e 61, § 2º, da Constituição. Destaco, ainda, que ficam sem efeito quaisquer atos, pretéritos ou supervenientes, praticados pelo Poder Legislativo em contrariedade à presente decisão. Oficie-se às mesas da

¹⁶⁰BRASIL. Senado Federal. Decisão da Mesa Diretora do Senado Federal. Diário Oficial. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/decisao-da-mesa-do-senado-federal-em-face-da-decisao-do-ministro-marco-aurelio-mello>. Acesso em: 17 mai. 2022.

¹⁶¹BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4850, de 2016. Diário Oficial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 11 mai. 2022.

Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com urgência, comunicando o teor da presente decisão.¹⁶²

Para o então presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros (MDB-AL), a decisão do Ministro Luiz Fux de mandar o pacote anticorrupção de volta para a Câmara é "indefensável" e uma interferência no Legislativo.¹⁶³ Ele ainda ensejou a seguinte nota pública:

O Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, ressaltando as excepcionais relações cultivadas entre a Instituição e o ministro Luiz Fux que, inclusive, presidiu a Comissão do Senado que atualizou o Código de Processo Civil, entende que a liminar do magistrado interfere no processo legislativo. Embora trate-se de um jurista de atributos, competência e experiência inegáveis, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento divergente do ministro Luiz Fux. Em face disso, o Senado Federal irá agravar a decisão.

Em situação análoga, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o ministro Teori Zavascki, assentou uma jurisprudência onde afirmou ser "inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação". O acórdão, de 20 de junho de 2013, é enfático e cristalino:

"A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade". Assessoria de Imprensa Presidência Senado Federal.¹⁶⁴

Na mesma linha do Presidente do Senado Federal, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Rodrigo Maia, manifestou-se contrário à decisão do STF, afirmando que se tratava de uma supressão ao direito parlamentar e que

¹⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 34.530/DF. Relator: MIN. LUIZ FUX. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo851.htm#transcricao1>. Acesso em: 17 mai. 2022.

¹⁶³CLAUDIO, João; CARAM, Bernardo. Renan chama liminar de Fux de 'indefensável' e diz que vai pedir revisão. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-diz-que-decisao-de-fux-e-indefensavel-e-interfere-no-legislativo.ghtml>. Acesso em: 11 mai. 2022.

¹⁶⁴BRASIL, Senado Federal. Nota pública do presidente do Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/nota-publica-do-presidente-do-senado>. Acesso em: 12 mai. 2022.

poderia trazer insegurança jurídica e impactar outros projetos já aprovados. Citou, ainda, o projeto da Lei da Ficha Limpa¹⁶⁵, também de iniciativa popular.¹⁶⁶

Aqui, cabe fazermos um parêntese e lembrarmos dos ensinamentos do grande jurista e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard, que em um dos momentos mais críticos da história brasileira pós-redemocratização, o *impeachment* do Presidente Fernando Collor em 1992, apresentou o seguinte voto em um Mandado de Segurança que questionava atos do Poder Legislativo. O seu voto no MS nº. 21.564/DF foi nos seguintes termos:

Senhor Presidente, hoje, mais que ontem, estou convencido de que o STF não deve interferir em assuntos de competência privativa do Congresso Nacional, agora da Câmara, depois do Senado, da mesma forma que ao Congresso não cabe introduzir-se nas decisões do Supremo, nem mesmo na ordem dos seus trabalhos. Cada poder tem sua área própria de atuação, da qual decorre a regra segundo a qual ele, e só a ele, compete dispor. Tenho como sacrilégio a interferência do Poder Judiciário na intimidade do outro poder, para dizer o que ele pode e como pode obrar¹⁶⁷.

O fato é que essa intromissão do STF em assuntos privativos do Congresso Nacional, no caso específico da tramitação de proposições nas Casas parlamentares, ensejou, na mesma semana em que os presidentes das duas Casas do Congresso Nacional manifestaram contrariedade à decisão exarada pelo Ministro Fux, a discussão do Projeto de Lei nº 280, de 2016, de autoria do Senador Renan Calheiros. Tal projeto define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por membro de Poder ou agente da Administração Pública, servidor público ou não, da União, Estados,

¹⁶⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 518, de 2009. altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Diário Oficial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=452953>. Acesso em: 12 mai. 2022.

¹⁶⁶CARAM, Bernardo. Decisão de Fux 'é supressão do direito do parlamentar', diz Maia. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/decisao-de-fux-e-supressao-do-direito-do-parlamentar-diz-maia.ghtml>. Acesso em: 13 mai. 2022.

¹⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24.654/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>. Acesso em: 12 mai. 2022.

Distrito Federal e Municípios, que, no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, abusa do poder que lhe foi conferido.¹⁶⁸

Segundo a justificativa do autor, o projeto estaria calcado na necessidade de atualizar os crimes de abuso de autoridade em situações específicas, para coibir e punir condutas que escapem ao Estado de Democrático de Direito. Entretanto, várias entidades representativas dos magistrados e do ministério público se manifestaram no sentido de que o projeto atacava as prerrogativas do Poder Judiciário¹⁶⁹. Após a ameaça de votá-lo com urgência, o Presidente do Senado encaminhou a projeto à Comissão de Constituição e Justiça da Casa para uma análise e discussão mais aprofundada.

Entretanto, após o episódio supracitado, outras decisões monocráticas continuaram sendo proferidas, as quais, no entendimento dos parlamentares, invadiam a competência do Congresso Nacional. Nesse sentido, para enfrentar o problema dessas decisões monocráticas, foi apresentada a PEC nº 82/2019, pelo Senador Oriovisto Guimarães (PODE/PR), com a intenção de limitar a concessão de medidas cautelares pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e impedir a concessão de liminares e cautelares de forma monocrática em procedimento de controle concentrado de constitucionalidade.

Em sua justificativa, o autor defende que o desenvolvimento da jurisdição constitucional tem avançado, perigosamente, na direção de transformar o STF em um legislador positivo. E que, no Brasil, haveria um risco ainda maior à separação dos Poderes e ao Estado de direito provocados pelo ativismo irrefletido, pela postura

¹⁶⁸BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 280, de 2016. Diário Oficial. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>. Acesso em: 13 mai. 2022.

¹⁶⁹ Em encontro, ocorrido em julho de 2016, na cidade de Curitiba-PR, que teve o apoio da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e das entidades que compõem a Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público da União (Frentas). O vice-presidente de Comunicação da AMB, Gil Guerra, explicou que vários dispositivos do PLS 280 abrem a possibilidade de punição ao juiz pelo simples fato de ele interpretar a lei, o que atinge diretamente a independência da magistratura e criminaliza a atividade judicial. “É o crime de hermenêutica, assim chamado porque pune uma dada interpretação que o magistrado confere ao texto legal. A AMB alerta que a pauta do Congresso Nacional precisa estar alinhada com os anseios da sociedade em temas que fortaleçam leis e medidas de combate à corrupção, e não ao contrário”, destacou. Para o secretário-geral da AMB, desembargador Marcos Daros, que também esteve no encontro, o PLS 280/2016, tem o objetivo de intimidar o Judiciário, sobretudo em casos de corrupção. “Parabenizo à AMB e todos os diversos ramos do Poder Judiciário que estão aqui reunidos contra essas medidas que são um atentado à independência judicial”, pontuou. Em seu discurso, o presidente da Ajufe, Roberto Veloso, reforçou que sem um Judiciário independente “os juízes não poderão fazer seu trabalho e ficarão à mercê dos alvos das operações investigativas”. Disponível em: <https://www.amb.com.br/ato-contra-mudancas-na-lei-de-abuso-de-autoridade-reune-magistratura-e-entidades-de-outras-carreiras-juridicas-em-curitiba/>. Acesso em: 20 mai. 2022

errática, desconhecedora de limites e, sobretudo, pela atuação francamente atentatória do princípio da colegialidade no STF. A proposta acabou sendo rejeitada, entretanto, o autor afirmou ter a intenção de reapresentar uma nova PEC com o mesmo objetivo e justificou:

Cabe ao Poder Legislativo normatizar regras, para que não haja atritos entre os três Poderes. É claro que nenhuma normatização, por mais perfeita que seja, impedirá 100% que algum agente crie brigas ou problemas desnecessários. Mas avalio que o Brasil compreende melhor hoje que o poder monocrático dos ministros do STF pede um regramento restrito. E faço questão de deixar claro que não tenho nenhuma intenção de agradar ao atual governo, muito pelo contrário; também votarei a favor de qualquer proposta que limite o Poder Executivo de criar confusões desnecessárias.¹⁷⁰

Ainda nessa seara de embates entre os Poderes, o Congresso Nacional e o Presidente da República também já protagonizaram algumas batalhas. Até 2015, o orçamento federal tinha uma natureza autorizativa na relação entre os poderes Legislativo e Executivo. A situação mudou após um processo de constitucionalização da obrigação das emendas parlamentares com a aprovação da EC nº 86/2015. Essa Emenda tornou obrigatória a vinculação de recursos para a execução de emendas parlamentares individuais.¹⁷¹

Já em 2019, o Congresso Nacional novamente modificou a Constituição e promulgou a EC nº 100/19, que tornou obrigatória a execução das emendas apresentadas pelas bancadas estaduais ao Orçamento Federal. Essas Emendas Constitucionais revelam, de certa forma, um ativismo legislativo por parte do Congresso Nacional, já que a medida tira do Poder Executivo o manejo das contas públicas.¹⁷²

Essa obrigação de execução das emendas parlamentares altera o caráter autorizativo do orçamento, no qual o Poder Executivo detém predominância quanto às decisões de gastos. Além disso, introduz o modelo impositivo, no qual Poder Legislativo se fortalece na definição das políticas públicas. Há uma preocupação de

¹⁷⁰BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n. 82, de 2019. Diário Oficial. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136913>. Acesso em: 13 mai. 2022.

¹⁷¹BRASIL. Presidência da República. EC n. 86, de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.

¹⁷²BRASIL. Presidência da República. EC n. 100, de 2019. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc100.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.

que a obrigatoriedade possa engessar a máquina estatal, já que o governo federal tem uma margem menor para remanejar o orçamento.

Ademais, quando da aprovação da primeira Emenda Constitucional relativa ao modelo de orçamento impositivo, houve também uma preocupação quanto à possibilidade de a PEC afetar a separação dos poderes:

Durante as discussões do orçamento impositivo surgiram vários alertas quanto aos riscos de inconstitucionalidade da PEC do orçamento impositivo. Dentre os argumentos, o principal defendia que esse modelo poderia afrontar a separação dos Poderes, na medida em que o Legislativo não poderia interferir no caráter autorizativo do orçamento, impedindo o equilíbrio fiscal e impossibilitando o exercício de funções administrativas (...)¹⁷³

Mas não é somente o Poder Legislativo que vem mantendo um acirrado embate com o Poder Judiciário. O quadro institucional também tem sido afetado por desentendimentos entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. A combinação de diversos acontecimentos ao longo da última década tem criado um risco para o equilíbrio desses poderes e a estabilidade das instituições.

Em setembro de 2019, o Presidente da República Jair Bolsonaro editou o Decreto nº 10.003/2019, alterando a estrutura do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). O decreto reduziu de 56 para 36 o número de representantes no conselho, enfraquecendo assim o principal órgão do Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente. A destituição de todos os membros eleitos, bem como alteração na quantidade de organizações da sociedade civil presentes no conselho, a garantia de um controle majoritário do Estado e reuniões ordinárias trimestrais e à distância alteraram significativamente o funcionamento do conselho e suas características democráticas.¹⁷⁴

O decreto, ao alterar a composição, reduzir a representatividade e autonomia do conselho, atentou contra a Lei nº 8.242/91, que regulamenta o CONANDA. O art. 5º da Lei permite que o Presidente da República nomeie ou destitua o presidente do

¹⁷³BRASIL, Congresso Nacional. Estudo Técnico Conjunto nº 1, de 2015: O Regime do Orçamento Impositivo das Emendas Individuais – Disposições da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, e da LDO 2015. 2015. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/ESTC01_2015.pdf. Acesso em: 19 mai. 2022.

¹⁷⁴BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 10.003, de 2019. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10003.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

conselho, todavia não autoriza a alteração completa do colegiado e nem a destituição de membros eleitos.¹⁷⁵ Ademais, o decreto fere o art. 227 da Constituição Federal que preconiza ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Como resposta ao Decreto nº 10.003/2019, o STF julgou a ADPF 622/DF. A tese que vencedora foi que é inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos. Ademais, o relator Min. Luís Roberto Barroso fez uma alerta sobre a eventualidade do decreto se inserir dentro do conceito de Constitucionalismo Abusivo.

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 622 DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE. (S): PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

DECISÃO:

Ementa: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO Nº 10.003/2019. COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. Importância de evitar os riscos do Constitucionalismo Abusivo: prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação. Instrumento associado, na ordem internacional, ao retrocesso democrático e à violação a direitos fundamentais.

(...)¹⁷⁶

Outra polêmica entre os poderes ocorreu em abril de 2020, quando o Min. Alexandre de Moraes do STF suspendeu a nomeação do Delegado Alexandre Ramagem como diretor-geral da Polícia Federal. O ministro sustentou na decisão em sede do MS 37.097/DF, que o Presidente da República feriu o princípio da

¹⁷⁵BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.242, de 1991. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm. Acesso em: 25 mai. 2022.

¹⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 622/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611>. Acesso em: 20 mai. 2022.

impessoalidade, da moralidade e do interesse público. Ademais, o ministro fez um alerta quanto à separação dos poderes em sua decisão, alegando que o Presidente possuiu diversas atribuições, entretanto seus atos devem ser balizados pelos princípios constitucionais. Nesse sentido, afirmou o ministro:

MANDADO DE SEGURANÇA 37.097 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

IMPTE. (S): PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA

IMPDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

DECISÃO

Trata-se de Mandado de Segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), no qual se aponta como autoridade coatora o Presidente da República, o qual, segundo se afirma, teria incorrido em ilegalidade ao editar, em 27/4/2020, o Decreto de nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. (...)

Logicamente, não cabe ao Poder Judiciário moldar subjetivamente a Administração Pública, porém a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade da revisão judicial é impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional, inclusive no tocante às nomeações para cargos públicos, que devem observância não somente ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público (...)¹⁷⁷

Um novo episódio da batalha entre os Poderes ocorreu em 20, de agosto de 2021, quando, pela primeira vez na história do país, o Presidente da República protocolizou no Senado Federal um pedido de *impeachment* em desfavor de um ministro do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁸. Na peça encaminhada ao Presidente do Senado Federal, ele aponta uma série de desvios que estariam sendo praticados, em afronta à Lei 1.079/50 (Lei do *Impeachment*), e pede que o Ministro do STF Alexandre de Moraes seja destituído do cargo por crime de responsabilidade, além da aplicação da pena de oito anos de inabilitação para exercer cargo público.

O argumento principal defendido pelo Presidente Jair Bolsonaro é de que o ministro persegue seu governo, procedendo de modo incompatível com a honra e

¹⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 37.097/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2022.

¹⁷⁸ BRASIL. Senado Federal. Petição n. 20, de 2021. **Diário Oficial**, Brasília, 24 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149531>. Acesso em: 22 jun. 2022.

decoro de suas funções. Alega que, “não se pode tolerar medidas e decisões excepcionais de um Ministro do Supremo Tribunal Federal que, a pretexto de proteger o direito, vem ruindo com os pilares do Estado Democrático de Direito. Ele prometeu a essa Casa (Senado Federal) e ao povo brasileiro proteger as liberdades individuais, mas vem, na prática, censurando jornalistas e cometendo abusos contra o Presidente da República e contra cidadãos que vêm tendo seus bens apreendidos e suas liberdades de expressão e de pensamento tolhidas”. Em outro trecho, o Presidente destaca o fato do STF “vem ocupando um verdadeiro espaço político no cotidiano do país”, e critica algumas decisões que extrapolam os limites constitucionais daquele Poder.

Um dia após o pedido feito pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, coube ao Presidente do Senado Federal anunciar a rejeição da petição. Para motivar o arquivamento da peça, o Senador Rodrigo Pacheco invocou a independência dos poderes e alegou se tratar de petição sem justa causa, acolhendo a manifestação exarada em parecer pela Advocacia do Senado Federal.

PARECER Nº 659/2021 – NASSET/ADVOSF
Petição n. 20, de 2021
Processo SIGAD 00200.012606/2021-74

Denúncia por crime de responsabilidade contra o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes. Art. 52, inc. II, da Constituição da República. Lei nº 1.079/50. Juízo de admissibilidade. Insurgência contra decisões judiciais fundamentadas concreta e juridicamente. Natureza excepcional do impeachment. Ausência de mínima tipicidade por crime de responsabilidade. Exercício da função jurisdicional. Poder-dever do Supremo Tribunal Federal e do Ministro denunciado. Pela ausência de justa causa para o processamento do pedido. Pelo arquivamento.

(...) CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto nesta manifestação jurídica, recomenda-se a rejeição da denúncia de plano por manifesta ausência de tipicidade e de justa causa. Brasília, 24 de agosto de 2021.¹⁷⁹

¹⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. Petição n. 20, de 2021. **Diário Oficial**, Brasília, 24 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2021/08/25/parecer-da-advocacia-do-senado-federal>. Acesso em: 22 jun. 2022.

No parecer emanado pela Advocacia do Senado Federal há uma menção expressa, alertando que a continuidade do processo de *impeachment* poderia afetar o sistema de freios e contrapesos e, conseqüentemente, o próprio regime democrático.

Outra vez, agora no ano de 2022, novamente presenciamos outro embate entre o Presidente da República e o STF. Dessa vez, a crise se instalou devido ao fato de o Supremo ter condenado o Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ), aliado político do Presidente, a oito anos e nove meses de reclusão, a perda do mandato eletivo e a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação. O entendimento da Corte foi que o Deputado foi além no seu direito de livre expressão e exercício do mandato parlamentar, tendo incorrido no crime de coação no curso do processo (art. 344 do CP) e tentativa de impedir o livre exercício dos poderes da União (art. 23 da Lei de Segurança Nacional — Lei 7.170/1973).¹⁸⁰

AÇÃO PENAL 1.044 DISTRITO FEDERAL
RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REVISOR: MIN. NUNES MARQUES
AUTOR (A/S) RES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC. (A/S) RES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU (É) (S): DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA

VOTO

(...). Consideradas as penas para cada crime, a PENA FINAL é de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, o valor do dia-multa equivalente a 5 (cinco) salários-mínimos, considerado o patamar vigente à época do fato, que deve ser atualizado até a data do efetivo pagamento.

Fica fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena. Após o trânsito em julgado, ficam suspensos os direitos políticos do condenado, enquanto durarem os efeitos da condenação, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal; que é autoaplicável, sendo consequência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado, não se exigindo, inclusive, manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão condenatória e prescindindo-se de quaisquer formalidades. Dessa maneira, com o trânsito em julgado da presente condenação criminal, o réu estará suspenso automaticamente dos seus direitos políticos. O referido dispositivo constitucional, ao referir-se ao termo “condenação criminal transitada em julgado”, não distingue quanto ao tipo de infração penal cometida, aplicando-se integralmente à presente hipótese, pois a *ratio* do citado dispositivo é permitir que os cargos públicos eletivos sejam reservados somente para os

¹⁸⁰BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.170, de 1983. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 25 mai. 2022.

cidadãos insuspeitos, preservando-se a dignidade da representação democrática; nos mesmos termos do artigo 55, VI e VI, c.c o § 3º, da Constituição Federal e artigo 92 do Código Penal, que determinam a perda do mandato parlamentar, em relação ao réu DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA, a ser declarado pela Mesa da Câmara dos Deputados (...)¹⁸¹

O relator da Ação Penal (AP) 1044 foi o Min. Alexandre de Moraes, o qual destacou, em seu voto, que o réu, além de promover ameaças físicas, citou, de modo expresso, a cassação de ministros do STF e disse que desejava “um novo AI-5” para essa finalidade. Para o relator, a gravidade das intimidações teve potencial danoso relevante, especialmente porque foram disseminadas em ambiente virtual e amplamente divulgadas pela mídia e entre os seguidores de Silveira.

No entanto, antes mesmo da publicação do acórdão da decisão do STF, o Presidente Jair Bolsonaro publicou o Decreto S/N de 22 de abril, de 2022, nos termos do art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, combinado com o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, concedendo graça constitucional ao Deputado Daniel Silveira:

DECRETO DE 21 DE ABRIL DE 2022

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e

Considerando que a prerrogativa presidencial para a concessão de indulto individual é medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito, inspirado em valores compartilhados por uma sociedade fraterna, justa e responsável;

Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações;

Considerando que a concessão de indulto individual é medida constitucional discricionária excepcional destinada à manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes;

Considerando que a concessão de indulto individual decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis;

Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e

Considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião

¹⁸¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 1.044/DF. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6207102>. Acesso em: 25 mai. 2022.

deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão;

DECRETA:

Art. 1º Fica concedida graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos:

I - no inciso IV do caput do art. 23, combinado com o art. 18 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983; e

II - no art. 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 2º A graça de que trata este Decreto é incondicionada e será concedida independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Art. 3º A graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos.

Brasília, 21 de abril de 2022; 201º da Independência e 134º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO ¹⁸²

De acordo com o texto do decreto, o Presidente concede o perdão judicial e determina a anulação de todos os efeitos secundários da condenação, incluindo a inelegibilidade, resultante da condenação do Deputado. Essa decisão tomada pelo Presidente foi motivo de críticas e alegações de abuso de poder e desvio de finalidade. Além dos temores de nova desestabilização entre os Poderes da República.

Por fim, não podemos deixar de apontar o abuso no uso do constitucionalismo, ou melhor, das funções constitucionais na relação entre Congresso Nacional e o Presidente da República. Nesse sentido, tem sido cada vez mais frequente a utilização do instituto da “devolução” de medidas provisórias (MP), pelo Congresso Nacional ao Poder Executivo.

Pela definição, as medidas provisórias são normas com força de lei, editadas pelo Presidente da República em situações de relevância e urgência. Apesar de produzir efeitos jurídicos imediatos, a MP precisa da posterior apreciação pelas Casas do Congresso Nacional para se converter definitivamente em lei ordinária.

Acontece que, ultimamente, em alguns casos, o Congresso Nacional tem devolvido medidas provisórias ao Presidente da República sem uma apreciação

¹⁸²BRASIL. Presidência da República. Decreto S/N, de 20 de abril de 2022. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 25 mai. 2022.

colegiada sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais necessários para a edição do normativo.

Na maioria desses casos, a alegação, por parte do Presidente do Congresso Nacional, é de que o Presidente da República estaria violando a prescrição constitucional prevista no art. 62. Foi o que aconteceu, por exemplo, em relação às Medidas Provisórias nºs 669/2015; 979/2020 e 1068/2021.

No caso da MP 669/2015¹⁸³, o Presidente do Congresso Nacional à época, Senador Renan Calheiros (MDB/AL), decidiu pela devolução da medida provisória sob a alegação de que a Presidente Dilma Rousseff foi além em poder de legislar ao encaminhar com urgência ao Congresso uma proposta que visava aumentar impostos, sem respeitar o prazo constitucional de 90 dias.

Em 2020, foi a vez do Senador Davi Alcolumbre (DEM/AP), então Presidente do Congresso Nacional, devolver a MP 979/2020¹⁸⁴. A MP dava a prerrogativa ao Ministro da Educação de nomear livremente, em caráter *pro tempore*, os reitores de instituições do Sistema Federal de Ensino, enquanto durasse a pandemia da Covid-19. Como justificativa para a devolução, alegou-se que o texto da MP violaria os princípios constitucionais da autonomia e da gestão democrática das universidades, presentes no art. 207 da CF e, desse modo, não mereceria ser analisada pelo Congresso.

Por fim, o atual Presidente do Congresso Nacional, Senador Rodrigo Pacheco (PSD/MG) utilizou-se do mesmo expediente que seus antecessores e também devolveu a MP 1068/2021¹⁸⁵. A referida medida provisória versava sobre alterações de critérios no uso das redes sociais, regras para a moderação de conteúdos e dificultava a remoção de publicações ou a suspensão de contas. Nesse caso, a justificativa era de que a medida atingia a atividade legiferante do Poder Legislativo e ainda tinha consequências sobre o processo eleitoral.

¹⁸³BRASIL. Presidência da República. MP n. 669, de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/119787>. Acesso em: 30 mai. 2022.

¹⁸⁴BRASIL. Presidência da República. MP n. 979, de 2020. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/142445>. Acesso em: 30 mai. 2022.

¹⁸⁵BRASIL. Presidência da República. MP n. 1068, de 2021. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/149726>. Acesso em: 30 mai. 2022.

Analisando a ação de devolução de medidas provisórias por parte dos Presidentes do Congresso Nacional, notamos que tal prerrogativa não tem previsão constitucional. A Lei Maior é clara ao estabelecer eficácia às medidas provisórias desde a sua edição por decisão monocrática do Presidente da República, ressalvado se não forem convertidas em lei no devido prazo legal pelo Congresso Nacional. O art. 62 da CF, que estabelece as regras para a edição e deliberação das medidas provisórias define:

Subseção III
Das Leis

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (...)

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (...)

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (...)¹⁸⁶

Destarte, a análise dos requisitos constitucionais tem sido feita, nos casos supracitados, monocraticamente pelo Presidente do Congresso Nacional. Ao realizar esse procedimento, sem a devida previsão legal, já que a Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional, a qual define os procedimentos para apreciação das medidas provisórias, determina que uma Comissão Mista, formada por Deputados e Senadores, deve emitir parecer sobre os pressupostos constitucionais e encaminhar ao Plenário de cada casa para deliberação, nos seguintes termos:

RESOLUÇÃO Nº 1, DE 2002-CN

Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências.

(...)

¹⁸⁶BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

Art. 2º Nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela. (...)

Art. 8º O Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência de Medida Provisória ou de sua inadequação financeira ou orçamentária, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para ato contínuo, se for o caso, deliberar sobre o mérito.

Parágrafo único. Se o Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou da inadequação financeira ou orçamentária da Medida Provisória, esta será arquivada. (Grifos nossos)¹⁸⁷

Ou seja, para que haja uma rejeição preliminar de uma medida provisória, é necessário que ocorra uma decisão colegiada de, ao menos, um dos Plenário das Casas do Congresso Nacional. Não sendo permitido, todavia, que seja feito de forma monocrática pelo Chefe do Poder Legislativo, uma vez que, nesses casos de devolução, não há uma rejeição preliminar da matéria.

O que os fatos aqui descritos revelam é que eles são, em primeiro lugar, a expressão de uma luta política e, por decorrência, desenrolam-se em meio a crises com a sobreposição de um poder sobre outro ou outros, trazendo fragilidade para o sistema democrático. Em segundo lugar, ocorre uma tentativa de esgarçar os limites do sistema constitucional para garantir ainda mais poder e prerrogativas.

Em uma análise superficial, vimos que não há harmonia entre os poderes e, que, na verdade, há uma competição política na tentativa de mais espaço de poder e como operacionalizar esse poder. O conflito tem se desenvolvido pela atuação dos próprios poderes que contrariam e, inclusive, não respeitam as decisões emanadas dos outros poderes.

¹⁸⁷BRASIL. Congresso Nacional. Resolução do CN n. 1, de 2002. Diário Oficial. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/561120/publicacao/27423643>. Acesso em: 30 mai. 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A euforia democrática que marcou o Brasil, por mais de duas décadas após a promulgação da Constituição de 1988 tem sido afetada por vários acontecimentos que vêm causando mal-estar entre os Poderes da República e direcionado o país no caminho de uma crise político-institucional. A herança autoritária que antecedeu o regime democrático atual desperta um senso de urgência, no sentido de evitar a deterioração do nosso quadro institucional. Ao longo dessa pesquisa, buscou-se compreender a dinâmica do que vem ocorrendo e seus efeitos sobre a separação dos poderes.

Essa predisposição para a crise não é um fenômeno exclusivo do Brasil. A crise democrática tem gerado retrocessos internos nos sistemas políticos de vários países. Casos como da Venezuela, Turquia, Hungria, Polônia e Tailândia sinalizam um recuo da democracia no mundo.

No caso brasileiro, ao analisarmos o hermetismo dos eventos ocorridos desde 2013, temos o diagnóstico negativo de uma possível crise institucional, especialmente ligada à competição política e disputa por poder entre as instituições formadoras do Estado.

Os sinais de uma iminente crise em nossa democracia constitucional começaram a surgir quando as ruas foram tomadas por manifestações que reverberavam a insatisfação com as instituições, seguidas de um questionamento quanto a lisura do processo eleitoral de 2014 e um *impeachment* da Presidente da República em 2016. Como se não bastassem todos esses elementos, uma onda de hostilidade entre os poderes tem agravado ainda mais esse quadro.

De fato, as democracias estão sujeitas a interações recíprocas entre as instituições, e isso é inerente à respectiva dinâmica morfológica de composição do Estado de Direito e característica do constitucionalismo. A própria separação dos poderes originou-se da confluência das disputas políticas ao longo da história. Ademais, apesar das críticas doutrinárias acerca de sua defasagem temporal e inoperância para os desafios da modernidade, não há de se negar o sucesso da divisão do poder e sua limitação tal qual estabelecido na Teoria da Separação dos Poderes.

Ocorre que, na conjuntura atual, a relação dialética entre os Poderes aponta para um novo modelo, no qual há um crescente desvirtuamento das ferramentas constitucionais utilizadas de forma abusiva, avançando sobre as prerrogativas dos demais poderes e, de forma sutil, enfraquecendo o regime democrático.

James Madison já questionava: Será suficiente demarcar com precisão os limites desses poderes na constituição do governo e confiar nessas barreiras de papel contra a índole abusiva do poder?

Em uma situação de normalidade em um regime democrático, a resposta esperada seria que os limites estabelecidos pela Constituição e os sistemas de freios e contrapesos bastariam para resguardar que nenhum poder exorbite de suas funções.

Nota-se, por conseguinte, que os abusos constitucionais decorrem devido à desarticulação do sistema de freios e contrapesos, posto que os controles e a fiscalização mútua entre os poderes são continuamente debilitados e anulados.

Assim sendo, há uma sensação de que o confronto político entre as instituições da República tem deixado de lado a ortodoxia da Teoria da Separação dos Poderes e avançado em uma nova categoria abstrata do constitucionalismo contemporâneo, descrita como Constitucionalismo Abusivo.

A expressão - Constitucionalismo Abusivo – auferiu elasticidade e hoje não faltam rótulos para classificar a dinâmica dessa nova roupagem do constitucionalismo. Citamos aqui algumas conotações para esse fenômeno, tais como o Constitucionalismo Abusivo, apresentado por David Landau; o Constitucionalismo Autoritário e Jogo Duro Constitucional, de Mark Tushnet; o Legalismo Autoritário, de Kim Scheppele; o Autoritarismo Competitivo, de Levitsky e Way, e a Podridão Constitucional, de Jack Balkin.

Essas categorias de constitucionalismo permitem uma visão analítica e explicativa de um fenômeno negativo, no qual os detentores do poder se utilizam de leis e da constituição, contra valores primários que eles deveriam defender, para fragilizar a democracia. Esse modelo, oriundo de uma nova onda autoritária que vem assolando o mundo, demonstra uma realidade atípica e instável do nosso desenho constitucional de separação dos poderes.

De fato, não podemos ignorar que há uma abundância de conflitos institucionais que têm buscado ou romper com os limites constitucionais ou simplesmente desprezá-los em benefício de interpretações caprichosas decorrentes da moralidade de determinados agentes públicos.

Contudo, como bem lembrado por Barbosa e Filho, apesar da relevância da ampliação do emprego da ferramenta de análise do Constitucionalismo Abusivo, não se mostra cientificamente interessante a utilização da categoria jurídica e constitucional para todas as deficiências na democracia constitucional que ocorreram com alguma participação dos instrumentos e das técnicas constitucionais. Reconhecer a diferença entre, de um lado, a simples infração da Constituição ou de simples inconstitucionalidade e, de outro, a ocasião em que essas inconstitucionalidades são prejudiciais à democracia constitucional de forma mais estrutural e perigosa para manutenção das próprias bases democráticas é a tarefa que deve ser enfrentada pela dogmática constitucional crítica.

Dessa forma, corre-se um grande perigo ao aplicar o conceito de Constitucionalismo Abusivo para retratar acontecimentos internos, sem a devida consideração dos próprios arranjos constitucionais do país. Ou seja, é necessário entender o contexto brasileiro e seus termos antes usar o rótulo de Constitucionalismo Abusivo às complexidades dos enfrentamentos entre os poderes presentes em nossa democracia.

Em termos concretos, narrativas como ativismo judicial, judicialização da política, crise de representatividade e hiperpresidencialismo se congregam numa mesma direção, o que explica o clima atual de mal-estar na relação entre as instituições pós-2013. Depreende-se dessas narrativas a perspectiva do surgimento de uma tendência autoritária, haja vista serem utilizadas como mecanismos para aumento da influência política e conseqüente possibilidade de crises institucionais.

O quadro, como se percebe, é complexo ante à realidade de uma sociedade pluralista cercada pôr múltiplas divergências geradoras de conflitos de interesses e de opinião. Assim, a riqueza dos conceitos estrangeiros, aplicados ao nosso constitucionalismo, está em compreendê-los como pontos de referência, embora, devido à sua demasiada abrangência, limitem demais o embaraço institucional e os arranjos constitucionais no contexto brasileiro.

Não podemos perder de vista o papel político das constituições e que estas se desenvolvem devido aos embates de poder. E, no caso brasileiro, ainda não vislumbramos que a Constituição tenha falhado e que os conflitos ocorridos foram suficientes em desmantelar o sistema democrático.

Como nos ensina Lenio Streck, o Constitucionalismo Contemporâneo e a democracia pressupõem que questões políticas e morais devem ser debatidas à sociedade nos meios políticos de decisão e que só se podem desconsiderar as decisões políticas tomadas, caso elas estejam em contraste com o sistema de garantias construído pela CF de 1988.

Mas afinal, é possível conceber alternativas para mitigar os problemas apontados? Embora seja uma alternativa que necessita de maior debate e aprofundamento quanto à sua implementação no contexto constitucional brasileiro, o modelo semipresidencialista surge como uma alternativa de sistema de governo mais propício à superação de crises políticas, visto que, uma das principais vantagens atribuídas a esse sistema de governo é a de que ele propicia uma relação mais harmoniosa, principalmente entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Não obstante possuir grandes virtudes, a CF de 1988 ainda não conseguiu estabelecer uma engenharia institucional capaz de garantir o condizente equilíbrio entre os Poderes constituídos. Nesse sentido, nossa estrutura constitucional desestimula os diálogos institucionais e não fornece ferramentas adequadas para afastar e suplantar crises políticas.

A adoção do semipresidencialismo estimularia a interação institucional entre os poderes, a adoção de um sistema de freios e contrapesos mais dinâmico e harmônico, e contribuiria para a estabilidade governamental. Ademais, fatores como o hiperpresidencialismo, crise de representatividade e judicialização da política teriam pouco espaço nesse novo sistema de governo.

Na opinião do ministro Gilmar Mendes, do STF, dois pressupostos básicos e favoráveis à adoção do semipresidencialismo no Brasil seriam: prevenir a eclosão de crises e garantir mais condições de governabilidade e governança. Ressalta o Ministro, ainda, que o *impeachment*, passou a ser utilizado com uma certa naturalidade para resolver os problemas do sistema atual.

Nesse sentido, Barboza e Robl Filho apontam que a ocorrência de dois *impeachments* em menos de 25 anos evidencia a fragilidade do nosso regime democrático. Além disso, classificam a utilização de alguns mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988, contra aspectos do Estado Democrático de Direito, como um tipo de Constitucionalismo Abusivo episódico.

Assim, o Constitucionalismo Abusivo de David Landau, que salienta o problema no uso de instrumentos constitucionais para prejudicar a democracia, pode ser lido, no contexto brasileiro, como esgarçamento dos limites das funções de cada poder sem uma ruptura da Constituição de 1988.

Dessa forma, considerada a argumentação exposta ao longo deste estudo, entendemos que a resposta para a pergunta inicial deste trabalho é que a democracia brasileira está em crise devido ao enfraquecimento do paradigma constitucional da separação dos poderes e do postulado dos freios e contrapesos.

Entretanto, dada a dificuldade em aferir parâmetros para enquadramento dos acontecimentos que vêm ocorrendo no Brasil desde 2013, vislumbramos, portanto, que o diagnóstico de mal-estar democrático entre os Poderes não nos permite afirmar a ocorrência do Constitucionalismo Abusivo no Brasil, nos moldes do glossário terminológico estrangeiro referente ao tema.

Infere-se que o cerne do problema contemporâneo indica que a função da separação de poderes de conter o exercício arbitrário do poder, tem falhado em nosso Estado. Faz-se necessária uma reformulação institucional que reestabeleça representatividade e a harmonia entre os poderes e, conseqüentemente, fortaleça a democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, v. 233, jul. 2014. p. 1-18. Disponível em: <https://www.sentidounico.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-Georges-Abboud-e-Rafael-Tomaz-STF-separa%C3%A7%C3%A3o-de-poderes-e-nova-engenharia-constitucional.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2022.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988.

_____. **Presidencialismo de coalizão**: Raízes e evolução do modelo político brasileiro. Editora Companhia das Letras, v. 2, f. 220, 2018. 440 p.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. 116 p.

_____. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 265, jan/abr. 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/18909/17652/35038>. Acesso em: 8 mar. 2022.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, Jan. 2000. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2022.

ADAMS, Luís Inácio. **Crise constitucional e crise política**. Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-30/publico-privado-crise-constitucional-crise-politica>. Acesso em: 4 abr. 2022.

AMADO, Juan Antonio García; CARBONELL, Miguel (Org.). *Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo*. **Teoria del neoconstitucionalismo**, Madrid, Trotta, 2007.

ARISTÓTELES, Aristóteles. **A política**. São Paulo: Lafonte, 2012.

ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. Tradução Sergio Bath. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, v. 3, f. 104, 2019. 208 p.

BALKIN, Jack; SUNSTEIN, Cass R. (Org.). Constitutional Rot: Can It Happen Here? Authoritarianism in America. **Yale Law School, Public Law Research Paper nº 604**, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2992961. Acesso em: 30 mar. 2022.

BALKIN, Jack. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. **Maryland Law Review**, 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana; ARCARO, Luiz Guilherme (Org.). **Constitucionalismo Abusivo e o ataque ao Judiciário na Democracia Brasileira. et al. Crise das Democracias Liberais**. Academia.edu. Disponível em: https://www.academia.edu/40534685/Constitucionalismo_Abusivo_e_o_Ataque_ao_Judiciário_na_Democracia_Brasileira. Acesso em: 15 abr. 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; FILHO, Ilton Norberto Robl. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12, n. 39, 26 mar 2019. p. 79-97.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2006. 333 p.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 61, p. 5-24, 2004. Lua Nova. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2022.

_____. Separação de poderes no Estado federal norte-americano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 150, abr/jun 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/692/r150-16.pdf?sequence=4%20.%20Acesso%20em:%2025%20abr.%202022>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Paz e Terra, 1991. 217 p.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, f. 84, 1997. 168 p.

----- **Locke e o direito natural**. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, f. 128, 1997. 255 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: Universidade de Brasília, f. 659, 1998. 1318 p.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, set/dez 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9553>. Acesso em: 22 abr. 2022.

----- **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 924 p.

----- **Ciência política**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 627 p.

----- **Do estado liberal ao estado social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, f. 120, 1996. 240 p.

BRANDÃO, Rodrigo. Quem tem a última palavra sobre a Constituição? In: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** São Paulo: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 20-B, de 14 de março de 1995. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14267>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL, Congresso Nacional. **Estudo Técnico Conjunto nº 1, de 2015: O Regime do Orçamento Impositivo das Emendas Individuais – Disposições da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, e da LDO 2015**. 2015. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/ESTC01_2015.pdf. Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Nota pública do presidente do Senado Federal**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/nota-publica-do-presidente-do-senado>. Acesso em: 12 mai. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Oriovisto anuncia nova PEC para limitar poder monocrático dos ministros do STF**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/29>. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Pacheco devolve MP que dificultava retirada de conteúdo da internet**. Agência Senado. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/14/pacheco-devolve-mp-que-dificultava-retirada-de-conteudo-da-internet>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Resolução do CN n. 1, de 2002. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/561120/publicacao/27423643>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Presidência da República. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Brasília, DF. Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Presidência da República. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **Constituição**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Presidência da República. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. **Constituição**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Presidência da República. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **Constituição**. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Presidência da República. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4754, de 2016. **Diário Oficial**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=207970>
0. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4850, de 2016. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208060>
4. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 58, de 2011. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=513290>
. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 93, de 2019. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=220735>
1. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto Legislativo n. 424, de 2013. Susta os efeitos da Resolução nº 23.389, de 9 de abril de 2013, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmaras Legislativas para as eleições de 2014. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-424-4-dezembro-2013-777558-publicacaooriginal-142140-pl.html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 518, de 2009. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=452953>
. Acesso em: 12 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 10.003, de 2019. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10003.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.242, de 1991. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Ato Institucional n. 5, de 12 de dezembro de 1968. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Decreto S/N, de 20 de abril de 2022. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 2848, de 1940. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. EC n. 100, de 2019. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc100.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. EC n. 86, de 2015. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. EC n. 96, de 2017. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.364, de 2016. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.170, de 1983. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. MP n. 1068, de 2021. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/149726>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. MP n. 669, de 2015. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/119787>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. MP n. 979, de 2020. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/142445>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Decisão da Mesa Diretora do Senado Federal. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/decisao-da-mesa-do-senado-federal-em-face-da-decisao-do-ministro-marco-aurelio-mello>. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Ofício "S" n. 79, de 2017. Altera a Constituição para instituir o Sistema Semipresidencialista de Governo. Revista. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/pec-gilmar-semipresidencialismo-vale-esta.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara n. 24, de 2016. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125802>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 280, de 2016. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n. 82, de 2019. **Diário Oficial**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136913>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4965/PB. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=resolu%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+23.389%2F2013+do+tribunal+superior+eleitoral>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 622/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611>. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 124.306/RJ. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24.654/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>. Acesso em: 12 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 34.530/DF. Relator: MIN. LUIZ FUX. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo851.htm#transcricao> 1. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4947/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=resolu%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+23.389%2F2013+do+tribunal+superior+eleitoral>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4983/CE. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5020/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=resolu%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+23.389%2F2013+do+tribunal+superior+eleitoral>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 402/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975492>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 1.044/DF. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6207102>. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 34.530/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=510349> 2. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 37.097/DF. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23389, de 08 de abril de 2013. Dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das

Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2013>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRITANNICA, The Editors of Encyclopedia. **Virginia Declaration of Rights**. 2016. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Virginia-Declaration-of-Rights>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, f. 731, 2003. 1461 p.

CARAM, Bernardo. **Decisão de Fux 'é supressão do direito do parlamentar', diz Maia**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/decisao-de-fux-e-supressao-do-direito-do-parlamentar-diz-maia.ghtml>. Acesso em: 13 mai. 2022.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Crise e desafios à Constituição reflexões acerca da relação entre Constituição, Povo e Estado a partir da discussão de uma Constituição para a Europa**. Justiça & Cidadania. 2010. . Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/2512/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: Movimentos sociais na era da internet**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. 271 p.

_____. **Ruptura: a crise de democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, f. 64, 2018. 128 p.

CLAUDIO, João; CARAM, Bernardo. **Renan chama liminar de Fux de 'indefensável' e diz que vai pedir revisão**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-diz-que-decisao-de-fux-e-indefensavel-e-interfere-no-legislativo.ghtml>. Acesso em: 11 mai. 2022.

DAHL, Robert. **A Democracia e seus críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Sobre a Democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 230 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, f. 99, 2007. 198 p.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy**. Oxford University Press, f. 120, 2021. 240 p.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980. 280 p.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição Federal**. U.S House of Representatives. Disponível em: <https://uscode.house.gov/static/constitution.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2022.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden; VERONESE, Alexandre (Org.). O Supremo Tribunal Federal como Agente do Constitucionalismo Abusivo. *In: POLÍTICA E PODER JUDICIÁRIO*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional - ABDconst**. Tradução André Karam Trindade, Curitiba, 2011. p. 95-113. Disponível em: <https://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2022.

_____. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução Alexandre Araújo Souza. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2014.

FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. *In Estado de Direito, O: História, Teoria E Critica*. Martins Fontes, 2006. 1027 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A crise do presidencialismo e suas alternativas**. Consultor Jurídico - Conjur. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/ferreira-filho-cri-se-presidencialismo-alternativas>. Acesso em: 21 fev. 2022.

_____. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. 223 p

_____. **A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional**. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 16, n. 40, abr/jun 2015. p.67-81. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/23109_arquivo.pdf. Acesso em: 25 mai. 2022.

FOA, R.S et al. The Global Satisfaction with Democracy Report 2020. **Centre for the Future of Democracy**, Cambridge, United Kingdom, 2020. Disponível em: https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/media/uploads/files/DemocracyReport2020_nYqqWi0.pdf. Acesso em: 28 fev. 2022.

FRANÇA. **Constituição de 1791**. Conselho Constitucional. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Acesso em: 17 mar. 2022.

FUKUYAMA, Francis *et al.* **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. 384 p.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Katz Editores, 2015. 390 p.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a constitutional democracy**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **STF - ativismo sem precedentes?** O Estado de São Paulo, Espaço Aberto, p. A2. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 4 abr. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. John Wiley & Sons, 2018. 363 p.

HUNTINGTON, Samuel P.. **A terceira onda**: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994. 335 p.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 392 p.

_____. **Teoria pura do direito**. 2 ed. Martins Fontes, 1987. 112 p.

LANDAU, David. Constitucionalismo Abusivo. **Revista Jurídica da UFERSA**. Tradução Ulisses Levy Silvério dos Reis, v. 4, n. 7, 27 jan/jun 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/9608>. Acesso em: 17 mar. 2022.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. 49 p.

LEVITSKY, Steve; WAY, Lucan A. The Rise of Competitive Authoritarianism. **Journal of Democracy**, v. 13, n. 2, abr 2002. p. 51-65.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. **Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War**. Cambridge University Press, v. 3, 2010.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 270 p.

LIIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 44, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/7P5HPND88kMJCYSmX3hgrZr/?lang=pt>. Acesso em: 25 abr. 2022.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; BOAS FILHO, Orlando Villas. Separação dos poderes e complexidade social: uma releitura sistêmica. **Revista Investigação Constitucional**, Curitiba, v. 5, n. 1, abr 2018. p. 189-220. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100189&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2022.

LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos**, n. 76, 2006. p. 17-41.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994. 318 p. (Coleção clássicos do pensamento político).

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos federalistas 1787 - 1788**: edição integral, f. 267. 1992. 534 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Estado de Direito e o Direito do Estado - Outros Escritos**. São Paulo: Edições Aduaneiras, 2006. 224 p.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo Editorial, v. 1, f. 88, 2011. 176 p.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação e poderes e deliberação**. São Paulo, 2008 Tese (Departamento de Ciência Política) - Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 446 p.

_____ **Semipresidencialismo**: quando a separação entre Estado e governo pode ser desejável. Revista Consultor Jurídico. Coluna Observatório Constitucional. 30 setembro 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-30/semipresidencialismo-separacao-entre-estado-governo-desejavel>. Acesso em: 15 jul. 2022.

MIGUEL, Luis Felipe. Despolitização e antipolítica: a extrema-direita na crise da democracia. **Argumentum**, Brasília, v. 13, n. 2, 2021. pp. 8-20. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/43507/1/Despolitizacao_e_antipolitica.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat - Baron de. **O Espírito Das Leis**. Tradução Cristina Murachco. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat - Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso; Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. 512 p.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 443 p.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 358 p.

NOGUEIRA, Octaciano. **A constituição de 1824; constituições do Brasil**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, v. 1, 2012. 105 p. (Coleções Constituições brasileiras).

O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? **Novos Estudos**, v. 1, n. 31, out 1991. p. 25-40. Disponível em: <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2022.

PAIXÃO, Cristiano *et al.* **História do Direito**: entre rupturas, crises e descontinuidades. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. 232 p.

PAIXÃO, Cristiano; PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Percursos da história constitucional**: temporalidades, crise, perspectivas. Brasília, 2018 Tese (Projeto de

pesquisa vinculado à linha “Constituição e Democracia” do Programa de PósGraduação em Direito da Universidade de Brasília) - Universidade de Brasília.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988. 281 p.

PLATÃO, Platão. **A REPÚBLICA**. Tradução Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro: Best Seller, 2002.

POLIBIO, Políbio. **História de Políbio**. Tradução Mário da Gama Kury. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Tradução Berilo Vargas. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the Market**: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America. Cambridge University Press, v. 1, 1991. 210 p.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. 1 ed. São Paulo: Editora Todavia S.A, 2018. 272 p.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Portal das Ciências Sociais Brasileiras. Coimbra, 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

SARMENTO, DANIEL; NETO, CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA. **Direito Constitucional - Teoria, história e métodos de trabalho - 1a reimpressão**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016. 631 p.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 85, 2018. p. 545-583.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 934 p.

STRECK, Lenio Luiz. O QUE É ISTO: O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 2, 10 jan 2014. p. 27–41.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 919 p.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam; FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 260 p.

TORRANO, Bruno. **Contra A 'Função Iluminista' Do Supremo Tribunal Federal**. SSRN. 2015. 16 p. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705223. Acesso em: 13 abr. 2022.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 393, 2015. p. 451-452.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha Dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 233 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, n. 8, jul/dez 2008. p. 441-464.

VILLA, Marco Antonio, A História das Constituições Brasileiras, São Paulo: Leya, 2011.

VILE, M. J. C... **Constitutionalism and the Separation of Powers**. Liberty Found. Inc., 1998. 455 p.

WALDRON, Jeremy. **Dignidade Da Legislação**, a. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 214 p.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice? **Boston College Law Review**, Newton, v. 54, 2013. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>. Acesso em: 18 nov. 2021.

WHITTINGTON, Keith E. . . Yet Another Constitutional Crisis? **William & Mary Law Review**, n. 43, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss5/6/>. Acesso em: 4 abr. 2022.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007. 173 p.