

Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado

FIDES OMMATI

Professora de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito do Piauí

“Les institutions valent par les hommes
qui les pratiquent: C’est une machine
inerte qui exige un moteur intelligent.”

(A. SAINT-GIRONS — “Essai sur la Sé-
paration des Pouvoirs”, Paris, Ed. L.
Larose, 1881.)

SUMÁRIO

- I — Apresentação
 - II — Teoria da Separação dos Poderes
 - III — Prática da Separação dos Poderes
 - IV — Os Freios e Contrapesos entre os Poderes
 - V — Freios e Contrapesos entre Legislativo e
Executivo
 - VI — Freios do Legislativo sobre o Judiciário
 - VII — Freio do Executivo contra o Judiciário
 - VIII — Freio do Judiciário contra os Poderes Le-
gislativo e Executivo
 - IX — Conclusão
- Notas e Bibliografia

APRESENTAÇÃO

O problema do exercício do poder estatal, de forma a assegurar a liberdade dos indivíduos e a consecução do bem comum, no plano das idéias políticas, e a garantir o funcionamento harmonioso do mecanismo estatal, na órbita do Direito, vai ser equacionado, modernamente, através da teoria da divisão ou da separação dos poderes. Nesta se assentou o constitucionalismo moderno, constituindo-se, até o momento, em um dos seus princípios.

Da teoria elaborada pelos filósofos políticos à prática das instituições, houve alterações, mudanças, que foram determinadas, seja no tempo, seja no espaço. No tempo, através das novas conotações da vida social, exigindo novo posicionamento e nova atuação do Estado. No espaço, atendendo às peculiaridades ecológicas, sociológicas e culturais dos diversos Estados.

No estudo da divisão dos poderes estatais, faremos uma apreciação, tão profunda quanto for possível aos limites deste trabalho, sobre os mecanismos de defesa de cada poder em face dos outros — o sistema dos freios e contrapesos. (Checks and Balances System.)

II — TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antiguidade. A Moderna Doutrina: Locke, Montesquieu, Kant

Se bem que prevista a distinção de funções estatais, já na Antiguidade Grega, incluindo-se na obra de Aristóteles — Política ("A Política", trad. de Nestor Silveira Chaves, São Paulo, Atena Editora, s/d, Livro VI, Cp. XI, págs. 238 e segs.), a teoria veio a ter repercussão na vida dos Estados, somente, na Idade Moderna, consagrada que foi pelo constitucionalismo nascente. (1)

A separação entre as atividades do Estado, cuja primeira tentativa, na Inglaterra, foi feita por CROMWELL, através do "Instrument of Government" (v. Carl Schmitt, in "Teoria de la Constitución", trad. espanhola, Introd. de Francisco Ayala; México, Ed. Nacional, 1966, pág. 212), foi teorizada. Tem-se destaque, nesse aspecto, para a obra de John Locke e, posteriormente, para a de Montesquieu, que, em vista da maior divulgação obtida, passou a ligar seu nome a essa doutrina.

Na sua obra "Second Treatise on civil Government", Locke distinguiu as funções estatais e a sua separação em poderes distintos, com predominância do Legislativo. (In "Social Contract", Essays by Locke, Hume

(1) Se bem que filósofos gregos — mormente Aristóteles e Platão, tenham tratado da separação de poderes, afirma Themistocles Cavalcanti que não existe relação entre as concepções políticas desses filósofos com a concepção da moderna ciência política, representada por Locke e Montesquieu. (In "Princípios Gerais de Direito Público", 3ª ed., Rio, Ed. Borsói, 1966, págs. 130-1).

Aristóteles refere-se a três partes do Governo: uma é encarregada de deliberar sobre negócios públicos; a segunda, exerce as magistraturas; a terceira é a que administra a justiça (op. cit., pág. 238).

and Rousseau, Introd. by Sir Ernest Barker, London, Oxford Univ. Press, 1970, ch. XII, pág. 122 e segs.)

Montesquieu vai identificar, no Estado, três grandes funções especializadas correspondendo a poderes distintos, distinção indispensável, segundo a sua doutrina, para assegurar a liberdade:

“Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends de particuliers”, (in “L'Esprit des Lois”, Paris, Ernest Flammarion Editeur, s/d (texto reproduzido da edição de 1758), lib. XI, ch. VI, pág. 170).

A separação dos poderes — com titulares distintos, vai trazer a necessidade de asseguramento da independência de cada um, a fim de evitar a absorção de um poder por outro. É a preocupação do equilíbrio, que domina o pensamento europeu desde o século XVI. (2) Esse equilíbrio entre os poderes deverá ser conseguido pela limitação ou pela ação de mecanismos de defesa de uns contra os outros:

“Pour qu'on en puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.” (Op. cit., Lib. XI, ch. IV, pág. 169.)

Apesar da opinião de críticos no sentido de que Montesquieu não considerou uma separação completa entre os poderes, (3) e na sua obra “se esboça a transformação do conceito de separação no de colaboração” (Francisco Sá Filho, in “Relações entre os Poderes do Estado”, Rio, Ed. Borsoi, 1959, pág. 17), entendemos que a verdadeira colocação do relacionamento entre os poderes estatais foi dada por Emmanuel Kant. Para este, os três poderes do Estado são coordenados e subordinados entre si. Coordenados, por ser um complemento dos outros para a perfeita organização constitucional; subordinados, de maneira que um não possa usurpar a função dos outros (in “Princípios Metafísicos del Derecho”, trad. esp. por G. Lizarraga, Madrid, Lib. de Victoriano Suarez, 1873, § XLVIII). Dessa maneira, tem-se realmente uma teoria do equilíbrio entre os poderes do Estado. (4)

(2) Carl Schmitt assim resume essa manifestação de equilíbrio: a) teoria do equilíbrio internacional; b) o de importação e exportação; c) o de afetos egoístas e altruístas, na filosofia moral de Shaftesbury; d) o de atração e repulsão da teoria da gravitação, de Newton (in “Teoría de la Constitución”, pág. 213).

(3) Ver, nesse sentido, citação feita por Themistocles Cavalcanti, do Prof. Einsemann. Também, a opinião de Jorge Tristan Bosch, que em sua tese “Ensayo de Interpretación de la Doctrina de la Separación de los Poderes”, conclui ter tido caráter relativo a independência dos órgãos e a especialização das funções estatais, na teoria de Montesquieu. (op. cit., pág. 81) Em sentido contrário, Carlos Maximiliano (in “Comentários à Constituição Brasileira”, 4.ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1948, pág. 395).

(4) Para Carl Schmitt, foi Bolingbroke o verdadeiro autor da teoria do equilíbrio entre os poderes através dos freios e dos controles recíprocos (op. cit., pág. 213). Por sinal, este grande constitucionalista alemão não acha correta a expressão “divisão de poderes”, pelo que usa “distinção de poderes” (op. cit., pág. 212).

III. PRÁTICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1. A Constituição Norte-Americana. O Sistema de Freios e Contrapesos.
2. A Aplicação Francesa, em 1791.
3. A Aplicação Brasileira

1. A aplicação consciente da teoria da separação dos poderes foi feita nos Estados Unidos da América, ocasião em que, também, foi celebrado pelo povo das antigas colônias o "contrato social", consubstanciado nas normas constitucionais. (5)

Os elaboradores da Constituição aceitaram a doutrina da separação de poderes, preocupando-se, porém, em garantir essa separação através do asseguramento a cada um dos meios de defesa contra a possibilidade de usurpação pelos demais. Idealizou-se, então, introduzir, em toda a operação de governo, um sistema de freios e contrapesos (system of checks and balances).

Constituiu-se, dessa forma, a teoria dos freios e contrapesos na aplicação prática da separação dos poderes, ou seja, na técnica de garantia de efetivação da permanência de poderes estatais distintos e independentes.

A teoria dos freios e contrapesos, explicada e fundamentada pelos autores de "The Federalist", tem seu melhor expositor em Madison. (6) Para este, não pode ser assegurada separação dos poderes, na prática, com a mera determinação dos limites constitucionais dos departamentos e sem que haja uma ingerência constitucional de uns sobre os outros. Essa interpenetração constituiria meios de defesa de cada poder, devendo estar em proporção à medida do perigo de usurpação. (In "The Federalist", Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1961, op. 48-51) (7)

Essa convicção dos angloamericanos é também expressa nessa interessante observação, citada por Saul K. Padover:

"There can be only two securities for liberty in any government, viz., representation and checks. By the first the rights of the people, and by the second the rights of representation, are effectually secured." (Trecho de Carta do Dr. Benjamin Rush a

(5) Diz Jorge Tristan Bosch que a separação de poderes com um sistema de freios e contrapesos, adotados na Constituição norte americana, foi fruto não da teoria, mas da experiência nacional. Esta foi no sentido de refrear o Legislativo (op. cit., pág. 141).

(6) Após afirmar que a idéia de freio e contrapeso é forma única da Federação Americana. dizem Charles Haines e Bertha Haines que isso tem resultado, em ocasiões notáveis, na paralisação de funções do Governo, mormente quando o Executivo e o Legislativo estiveram sob controle de partidos diferentes (in "Principles and Problems of Government", N. York, Harper e Brothers Publishers, 1921, pág. 229).

(7) Note-se o aspecto realista com que foi encarada a divisão dos poderes, numa antevisão de seu funcionamento, na seguinte argumentação de Madison: "But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others." (in "The Federalist", op. 51) (os destaques são nossos).

David Ramsay, em 1788 — in “The Living U.S. Constitution”, N. York, The New American Library, 1953, pág. 24.)

Para jurista nacional, a teoria dos freios e contrapesos é a análise da separação dos poderes, cuja síntese fora enunciada por Montesquieu, ou, ainda, que é a mesma teoria, vista sob outra ótica (v. Francisco Sá Filho, *op. cit.*, pág. 20).

Tem-se, entretanto, que foi o sistema de “checks and balances” uma adaptação da teoria à experiência vivida e ao exemplo britânico, a que se reportaram os “Framers”. (Ver, nesse sentido, opinião de Jorge Tristan Bosch, in “Ensayo de Interpretación de la Doctrina de la Separación de los Poderes”, B. Aires, Univ. de Buenos Aires, 1944, pág. 141.)

Aplicado pelos americanos, esse sistema a eles foi associado, espalhando-se pelos demais países, que o utilizaram diversificadamente, de acordo com suas diferentes realidades.

É certo que a própria aplicação da separação dos poderes, feita sob o sistema de freios e contrapesos, na Constituição dos Estados Unidos, vai ter, na prática, resultados bem diferentes. O equilíbrio que se procurou estabelecer, no texto constitucional, importou não em uma equivalência entre forças e meios defensivos, porém tem resultado, na dinâmica do regime, na preponderância de um dos poderes, em um fenômeno cíclico. (Ver, nesse aspecto, W. Wilson — “The Congressional Government”; E. Lambert — “Les Gouvernements des Juges”; E. S. Corwin — “The President: Office and Powers”.)

2. Na França, a aplicação da teoria da separação dos poderes foi feita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e na Constituição de 1791. Nesses documentos, consagradores da Grande Revolução, foi adotada a rígida separação, chamada divisão de poderes (ver art. 16 da Declaração, incorporada pela Constituição de 1791).

3. Essa preocupação de divisão de poderes, como ideal liberal, vai demonstrada em nosso trabalho constitucionalista, após a Independência. Note-se a orientação dada na “Fala do Trono”, o texto da Constituição do Império, da Constituição Republicana, de 1891, e das Constituições posteriores. (8)

IV. OS FREIOS E CONTRAPESOS ENTRE OS PODERES

1. Inexistência de Indicação Constitucional Expressa. 2. Enunciado do Relacionamento entre os Poderes, como Filosofia Constitucional.

(8) A Constituição do Império trouxe artigo específico de acordo com a orientação da filosofia política apresentada por D. Pedro I, na Fala do Trono, por ocasião da instalação da Assembléia Constituinte, em 1823. Disse o Imperador que queria uma Constituição que “tivesse os três poderes bem divididos, de forma que não pudessem arrogar direitos que lhes não competissem, mas que fossem de tal modo organizados e harmonizados que se tornasse impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos.” (Apud Agenor de Roure, in “Formação Constitucional do Brasil”, Rio, Typ. do Commercio, 1914, pág. 58).

3. Constituições Brasileiras e Direito Comparado

1. Dizer que existe uma teoria dos freios e contrapesos no Direito Constitucional Norte-Americano não importa afirmar que a Lei Fundamental tenha consignado expressamente esse princípio. Pelo contrário, depreende-se da forma como foram dispostas as competências de cada Poder. Essa distribuição de atribuições, da ação de cada qual, resultou em um mecanismo de limitações recíprocas.

Na verdade, mais que o documento constitucional, tem-se evidenciado, na prática, a ação dos "checks and balances", de que tem papel primordial e, de certa forma, singular, a Suprema Corte. Como diz Charles Beard, a chave da estrutura é o sistema de controle judicial (in "Una Interpretación Económica de la Constitución de los Estados Unidos", Trad. e Prólogo de Héctor Sáens y Quesada, B. Aires, Ed. Arayú, 1953, pág. 158). E, ainda, somente a compreensão do trabalho da Suprema Corte, consoante afirma Roberto Cushman, pode trazer a compreensão clara e plena do funcionamento do governo nacional norte-americano (in "Leading Constitutional Decisions", 12th ed., N. York, Appleton-Century Crofts. 1963, pág. V).

2. O enunciado do relacionamento entre os poderes como filosofia constitucional, expressamente estabelecido, vai ser encontrado na Constituição Francesa de 1791, que incorporou ao seu texto o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O princípio representou grande conquista do povo diante do Estado e teve, por isso, significado marcante, equivalendo ao asseguramento de um clima de liberdade. Significou, então, a separação dos poderes o princípio basilar do edifício constitucional, quando foi afirmado pela Constituinte Francesa:

"Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution" (art. 16 — "Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen", in "Les Constitutions de la France" avec commentaire par M. Faustin-Adolphe Hélie, Paris. A. Marescque Ainé, 1875, pág. 32).

3. Esse princípio dogmático, inserto em Constituições posteriores, por influência francesa, de estilo racional e teórico, vai ser presente no Direito Constitucional Brasileiro. Assim, foi enfatizado em nossa Carta Imperial, no art. 9º: "A divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece". Enuncia o Direito brasileiro, como filosofia constitucional, a existência de "divisão e harmonia", que vai importar num entendimento de que, embora distintos, cada um poder deve agir em acordo com o outro e em colaboração.

A diretriz constitucional, que persiste nas demais Cartas, vai-se apresentar, a partir da Constituição Republicana, de 1891, como "independência e harmonia" (art. 15), de certa forma contraditória, traduzida por uma interdependência, ou, melhor dizendo, por um relacionamento equi-

librado, em que, havendo um respeito absoluto à competência dos poderes entre si, é assegurada coexistência livre e pacífica.

Fórmula diferente, acentuado o aspecto de coordenação dos poderes estatais, foi o enunciado da Constituição de 1934 (art. 3º), considerada por autor nacional como “nova e feliz” (Sá Filho, *op. cit.*, pág. 40). Entretanto, restou na singularidade, uma vez que, novamente, foi retomado o princípio dos poderes independentes e harmônicos, até hoje vigorante (ver art. 36 da Constituição de 1946; art. 6º da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69).

Tem-se, assim, que as Constituições, consoante tragam a construção de uma teoria em que estão embasadas, em termos expressos, ao estilo francês, ou silenciem a respeito, no estilo americano, têm consagrado a divisão dos poderes e, com maior ou menor intensidade, o sistema de freios e contrapesos, ou, na expressão de constitucionalista, o princípio do equilíbrio de poderes, espécie de “coordenação e harmonia funcional” (v. Rafael Bielsa, in “Derecho Constitucional”, 4ª. ed., Edição Roque Depalma, 1954, pág. 45), para assegurar unidade e eficácia na ação do Estado.

Um dos grandes princípios do constitucionalismo moderno, a divisão dos poderes importa, sempre, nos mecanismos de asseguramento da existência e funcionamento de cada um, como ramos distintos do Poder Estatal (ver Pinto Ferreira, in “Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno”, 4ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1962, tomo I, pág. 11).

V — FREIOS E CONTRAPESOS ENTRE LEGISLATIVO E EXECUTIVO

1. Generalidades. 2. Veto. Tipos. Natureza. O Veto no Direito Brasileiro e no Direito Comparado. Rejeição do Veto. 3. Impeachment. Formas. Prática do Impeachment. Direito Brasileiro e Direito Comparado.

4. Aprovação de Nomeação para Determinados Cargos. Sistema Americano e Brasileiro. 5. Aprovação de Tratados Internacionais. 6. Outras Formas de Contenção dos Dois Poderes.

1. É o Poder Legislativo o poder político por excelência, congregando, no seu numeroso corpo, a vontade popular, que se expressa especialmente na elaboração das leis.

Por outro lado, apesar de consagrada a divisão tripartida dos poderes estatais, somente o sistema norte-americano assegurou a qualidade realmente de Poder ao Judiciário, constituindo-se este, na França, desde 1791, uma função. Todavia, mesmo na qualidade de Poder, o Judiciário, por sua formação e sua forma de atuação, é, no dizer de autor (Sá Filho, *op. cit.*, pág. 290), o menos democrático. Com efeito, são o Legislativo e o Executivo os chamados poderes políticos, daí por que é a sua maneira de relacionamento que caracteriza as formas de Governo.

A preocupação maior dos elaboradores do sistema dos freios e contrapesos foi, exatamente com o Poder Legislativo, em princípio, limitada a sua competência somente aos ditames constitucionais. Por outro lado, também se preocuparam os constituintes norte-americanos, ao elabora-

rem a Lei Fundamental, em “encurtar” o poder do Presidente, à semelhança do monarca britânico. (Ver E. S. Corwin, in “The President — Office and Powers”, 4th ed., N. York, New York University Press, 1962, pág. 306.) Por sinal, ao assinalar a ascensão do poder presidencial, nas últimas décadas, o que fora, de certa forma, imprevisível, face ao entendimento de haver limitação do Poder Executivo, nos termos constitucionais, esse mesmo autor assinala que concorreram para o fenômeno a quebra dos dois grandes princípios estruturais do Sistema Constitucional: o “dual federalism” e a doutrina da separação dos poderes (op. cit., pág. 310).

Na verdade, o grande problema da prática dos regimes são as formas de efetivação da contenção dos poderes estatais entre si, de maneira a conseguir o equilíbrio do Poder. A tendência, na realidade, é de sobrepujança, de liderança de um poder sobre os demais. E a própria aplicação dos freios e contrapesos importa na ingerência de um poder na atividade uns dos outros, gerando uma colaboração, que é, realmente, contrária à sua separação. Por sinal, na prática, é impossível essa separação no sentido de que cada poder trabalhe desvinculado dos demais, posto que, se isso fosse possível, quebrar-se-ia a unidade estatal.

São os poderes do Estado, com efeito, um sistema de vasos comunicantes, e quanto mais houver essa comunicação e essa ajuda mútua, de forma compreensiva e harmônica, melhormente funcionará o mecanismo estatal, com conseqüências positivas na vida da Nação.

A indicação do que seja função legislativa e função executiva é muito difícil, porque se interligam de forma tal, chegando a confundir-se, em muitas zonas. Aliás, segundo Thomas Cooley, é indefinida ou imprecisa a linha divisória entre os poderes estatais (in “Princípios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América”, 2ª ed., versão espanhola de Júlio Carrié, B. Aires, Ed. Jacobo Peuser, 1898, pág. 40).

Mas, na disposição dos instrumentos de ação dos dois Poderes, em face de suas competências, temos que examinar os freios de que dispõem para aplicação recíproca, freios esses que sofrem contrafreios, no jogo do equilíbrio das forças. Essa apreciação tem maior cabimento no sistema presidencial, em que se evidencia a independência do Executivo face ao Legislativo, e no Governo Republicano, em que o Executivo também representa uma força política.

2. São freios do Legislativo sobre o Executivo o “impeachment”, a rejeição do veto, a aprovação de nomeação para determinados cargos, a aprovação de tratados internacionais, a fiscalização dos atos do Executivo através das Comissões Parlamentares de Inquérito e do controle orçamentário.

Por outro lado, dispõe o Executivo, como forma de contenção do Legislativo, do veto aos projetos de lei. Examinemos, primeiramente, este último freio, que admite contrafreio do Legislativo.

Consiste o veto na desaprovação do Executivo a um projeto de lei, ou, como diz Paulino Jacques, “a recusa . . . de sancionar o projeto de lei” (in “Curso de Direito Constitucional”, 7ª ed., Rio, Forense, 1974, pág. 220).

O veto foi conhecido em Roma, em forma rudimentar, como prerrogativa dos tribunos da plebe para invalidar o "senatus consultus". Esse caráter absoluto também existiu na Inglaterra, como forma de expressão do poder real em discordar de pedido feito pelo povo, através do Parlamento, em forma de projeto (v. "The Federalist", Hamilton, cp. 69). Também com esse mesmo caráter foi o veto utilizado pelos Governadores das Colônias Angloamericanas (v. indicação de John Mathews, in "The American Constitutional System", 2nd ed., McGraw-Hill Book Company, Inco., 1940, pág. 146).

O veto norte-americano foi forma que procurou ficar no meio termo entre o veto absoluto e o não-veto. Consagrado na Constituição de 1787, (art. 1, seção 7, item 2), o veto, ali, revestiu-se de caráter relativo. É que apenas suspende a vigência da norma até que seja a matéria reapreciada pelo Poder Legislativo, com exigência de **quorum** especial. É, assim, um veto suspensivo, ou relativo, ou, ainda, como diz autor norte-americano, veto qualificado (John Mathews, **op. cit.**, pág. 146).

Para Francisco Sá Filho, constitui-se o poder de veto em "resquíio do absolutismo do poder real, com que o espírito democrático terá transigido, por motivos de ordem prática" (**op. cit.**, pág. 205).

Ao examinar o veto, Mirkine-Guetzevitch assinala que muitos comentadores consideram-no uma violação da teoria da separação dos poderes, e ajunta que é o direito de veto uma intervenção direta do Poder Executivo na esfera legislativa (in "Les Constitutions des Nations Américaines", Paris, Lib. Delagrave, 1932, pág. XXXIV).

Na verdade, constitui-se o veto em poderoso freio à atividade legislativa, e foi, por sinal, julgado indispensável para o controle do legislador, por Montesquieu, que o chamou de "faculté d'empêcher" (**op. cit.**, Lib. XI, ch. VI).

Por outro lado, foi também considerado pelos constituintes norte-americanos como meio de defender a comunidade das más leis —

"It (veto) establishes a salutary check upon the legislative body, calculated to guard the community against the effects of faction, precipitancy, or of any impulse unfriendly to the public good, which may happen to influence a majority of that body" (in "The Federalist", Hamilton, cp. 73).

Desenvolvido e aperfeiçoado nos Estados Unidos (v. Paulino Jacques, **op. cit.**, pág. 220), ali o Brasil encontrou os atuais contornos da instituição, adotando-a com alterações, que serão a seguir examinadas. É bem de frisar que a Constituição Imperial, de 1824, ao modelo francês, considerou a negativa de sanção aos projetos de lei com efeito suspensivo por duas legislaturas, findo o que, com sucessivas aprovações, tornava-se obrigatória a sanção (arts. 65 e 67). Naquela Carta, o decurso do prazo estipulado para sanção, sem que fosse esta efetivada, importava em veto, exceto se já tivesse havido a apresentação por duas legislaturas anteriores, quando, então, a sanção era obrigatória (art. 67).⁽⁹⁾

(9) A Constituição do Império adotou a forma do veto da Constituição francesa de 1791, arts. 2.º e 6.º

As Constituições brasileiras do período republicano adotaram o veto fundamentado, conforme os limites expressamente estabelecidos — se for o projeto julgado inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais (Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946) ou julgado inconstitucional ou contrário ao interesse público (Constituição de 1967 e Emenda nº 1/69). Além do mais, no Direito brasileiro, o veto poderá ser total ou parcial. ⁽¹⁰⁾

Difere-se, assim, o veto do nosso Direito com o do Direito norte-americano. Neste, o Presidente não sofre restrição ao direito de veto, havendo, então, ampla discricção à autoridade executiva, e, ainda, somente pode rejeitar o projeto em sua totalidade. ⁽¹¹⁾ Adotando o veto parcial, o Direito brasileiro coloca-se em posição avantajada, a nosso ver, uma vez que não impede a adoção de uma lei útil, porém viciada por um dispositivo que, muitas vezes, fruto de emenda na tramitação do projeto, por motivos demagógicos, até destoa do conjunto.

Note-se, ainda, que, no Direito brasileiro, o veto oposto em projeto de lei, estando o Congresso em recesso, deverá ser publicado, o que não impede a reapreciação da matéria. Difere, nesse aspecto, do Direito norte-americano, que consagra o que os autores chamam “pocket-veto”, previsto no art. 1, seção 7, item 2, **in fine**, da Constituição de 1787, e tem por característica a impossibilidade de sua rejeição, em vista de estar o Congresso em recesso.

O veto é freio adequado ao Governo Presidencial, em vista da distinção dos poderes, o que não ocorre no Governo Parlamentar, posto que, neste, não possui o Presidente poder de governo, de que o veto é ato típico (v. Paulino Jacques, **in op. cit.**, pág. 221). Assim é que, na Inglaterra, caiu em desuso desde o início do século XVIII.

Na França, tem sido o veto mantido mesmo sob regime parlamentarista, tendo, nas Constituições de 1946 e 1958, a forma de “nouvelle délibération” (art. 36 da Const. de 1946 e art. 10 da Const. de 1958). De igual forma reveste-se o veto na Constituição Italiana de 1947 (art. 74).

Outra forma de veto, bem singular, é a de que se revestiu na Constituição Alemã de Weimar, em que, não concordando com a lei votada pelo Legislativo, tinha o Executivo a iniciativa de apelar para uma decisão final do povo (**in** Carl Schmitt, *op. cit.*, pág. 228). Esse apelo ao povo, através do plebiscito, constitui o que Paulino Jacques denomina de “veto restitório” (**in op. cit.**, pág. 221).

Discussão existente na doutrina, quanto ao veto, diz respeito à sua natureza. Entendem alguns que é atividade legislativa; outros o consideram uma atribuição nitidamente executiva, qual a de discordar de uma

(10) Somente a Constituição de 1891, no período republicano, não consagrou o veto parcial. Mas foi introduzido este na Reforma Constitucional de 1926.

(11) Diz Thomas Cooley que, no direito norte-americano, apesar de contar o Presidente com o poder discricionário para vetar, não se admite que use desse poder mediante violação de um dever ou que falte com respeito ao Poder Judiciário. As objeções do Presidente à lei estão no mesmo plano do direito do Congresso para ditar as leis (**op. cit.**, pág. 158).

lei por cuja execução fiel deverá zelar. Na primeira corrente, dentre outros, Thomas Cooley, e, na segunda, Aurelino Leal.

Note-se que é o veto freio que admite o contrafreio do Poder Legislativo. Poder-se-ia objetar que a existência do contrafreio elide a força do mecanismo, ou o torna inócuo. Isso, entretanto, não ocorre. Porque, na verdade, a reapreciação da matéria pelo Legislativo importa em alertá-lo sobre o cuidado com que deve ser feito o exame e, de certa forma, induz a consciência sobre a responsabilidade moral da aprovação do projeto.

Além disso, a rejeição do veto, no sistema norte-americano, exige uma maioria de 2/3 (dois terços) do Congresso, o que permite concluir ter sido a intenção do Constituinte dificultar essa rejeição, posto, que, admitindo contrafreio, o poder de vetar deveria ter asseguradas condições para se efetivar. Entende Sá Filho que esse **quorum** para rejeição de veto "infringe o direito da maioria do governo" (**op. cit.**, pág. 206). (12)

O Direito brasileiro, com peculiaridade nas disposições da Carta Imperial (a rejeição, então, só podia ocorrer quando fosse mantido o projeto em duas legislaturas sucessivas) adota o contrafreio da rejeição do veto, pelo Legislativo. A praxe de nossas Constituições é a de adoção do **quorum** de 2/3 (dois terços), na forma norte-americana, exceção feita à Constituição de 1934, que exigiu a maioria absoluta do Congresso (artigo 45, § 2º). Atualmente, nos termos da Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1/69, o veto teve revigoramento, através de limitação imposta à rejeição pelo Legislativo. Com efeito, a rejeição, nos termos das Constituições de 1891 (art. 37, § 3º), 1937 (art. 66, § 3º), 1946 (art. 70, § 3º), era verificada, no Congresso, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos membros presentes. Na forma do art. 59, § 3º, da Constituição em vigor, esse **quorum** é de 2/3 (dois terços) "dos membros de cada uma das Casas". Além disso, o mesmo dispositivo fixou prazo para a apreciação e rejeição do veto (45 dias), exigindo, sobre isso, votação pública. (13)

3. Como diz muito bem Paulino Jacques, na sua precisa linguagem de cientista do Direito, "a teoria da responsabilidade, em matéria política, embora não se confunda com a da limitação dos poderes, dela muito se aproxima, porque, na verdade, é a sanção dessa limitação" (**op. cit.**, pág. 248).

Na realidade, a responsabilidade política é imprescindível para que se efetive o império da lei e a manutenção da ordem pública. Por isso é que Pontes de Miranda afirma com segurança que é "instituto que se impõe às boas Constituições" (in "Comentários à Constituição de 1967, tomo III, 2ª ed., São Paulo, Editora Rev. dos Tribunais, 1970, pág. 356).

(12) Indica Sá Filho que, de Washington a F. D. Roosevelt, houve 750 (setecentos e cinquenta) vetos, sendo 49 (quarenta e nove) rejeitados (**op. cit.**, pág. 200).

(13) É de ser lembrado que, no processo de apreciação do veto, nosso Direito Constitucional tem estabelecido: a votação em separado das duas Casas do Congresso — Const. de 1891 (art. 37, § 3º); Const. de 1934 (art. 45, § 2º) e Const. de 1937 (art. 66, § 3º); e conjuntamente — Const. de 1946 (art. 70, § 3º); Const. de 1967 c/a Emenda n.º 1/69 (art. 59, § 3º).

Vamos, pois, sempre, encontrar a necessidade de responsabilizar as pessoas que lidam com a coisa pública. E, quando não exista o mecanismo legal, tem havido a punição dos maus governantes pelas revoltas do povo, ou pela eliminação sumária promovida pelos descontentes.

É na Inglaterra que o "impeachment" tem origem, constituindo-se, então, importante conquista do Parlamento contra o absolutismo monárquico, embora não atingisse diretamente o Rei. Podendo aplicar-se a qualquer súdito, admitia o "impeachment" penalidades políticas, civis e criminais.

Tomando por modelo o instituto inglês (v. indicação em "The Federalist", cp. 65), os Estados Unidos, porém, atribuíram-lhe caráter político. Assim, o art. 1, seção 3, item 7, da Constituição norte-americana dispõe expressamente que não poderão ser impostas penas além da destituição do cargo e da incapacidade de exercício de qualquer outro cargo honorífico, de confiança ou remuneração dos Estados Unidos.

Pelo modelo do "impeachment" norte-americano, estão sujeitos todos os funcionários civis dos Estados Unidos, além do Presidente e do Vice-Presidente da República (art. II, seção 4).

Ainda se apresenta diferença entre um modelo e outro de "impeachment" no que tange à causa. No Direito inglês, qualquer ofensa pode ocasionar o "impeachment", enquanto, conforme a Lei Fundamental norte-americana, foram fixados como fundamento para o processo traição (treason), suborno (bribery) ou outros grandes crimes e má conduta (high crimes and misdemeanor) (art. II, seção 4). Segundo Cooley, são definidos traição e suborno, porém a expressão "grandes crimes e má conduta" é flexível e indefinida, posto que não são obrigatoriamente crimes constantes da lei penal. Assim, exemplifica o caso da tentativa de "impeachment" do presidente Johnson, que foi acusado, dentre outros atos, de fazer discursos públicos atacando o Congresso, bem assim o do Juiz English, impedido em 1926, que foi acusado de demonstrar parcialidade e favoritismo (**op. cit.**, pág. 116).

O processo de "impeachment" norte-americano é da atribuição privativa do Senado, que condenará com o voto de 2/3 (dois terços) dos membros presentes (art. I, seção 3, item VI).

Outro modelo de "impeachment" pode ser identificado na França. Ali, foi o instituto consagrado a partir da Revolução de 1789, aplicando-se, como na Inglaterra, não apenas aos Ministros de Estado, mas a todos os súditos, e, com a queda da Monarquia, ao Presidente da República. Além da penalidade administrativa, o "impeachment" francês impõe pena criminal. Nisso, difere tanto do modelo inglês como do norte-americano. Segundo a forma consagrada na Constituição de 1791 (Titre III, ch. V, 23) e nas duas últimas, incluindo a Constituição de 1958, em vigor, o "impeachment" tem o seu julgamento atribuído à "Haute Cour de Justice", feita a acusação, facultativamente, pela "Assemblée Nationale" (arts. 42 e 57 da Const. de 1946 e arts. 67 e 68 da Const. de 1958).

Uma singularidade do instituto do "impeachment", como atualmente adotado na França (tal como o foi na Carta anterior), é a responsabilização do Presidente da República, em forma de governo parlamentar. Efetiva-se a responsabilidade, somente, no caso de "haute trahison" (art. 68).

No Brasil, o "impeachment" foi consagrado em todas as Constituições.

A Carta Imperial de 1824, seguindo a orientação francesa, atribuiu penalidade administrativa e penal, em que se incluía, nos crimes por traição, a pena de morte (arts. 133-135 da Const. de 1824, regulamentado pela lei de 15 de outubro de 1827).

Eram responsáveis, no regime constitucional do Império, os Ministros e Conselheiros de Estado, cabendo à Câmara dos Deputados decretar e sustentar a acusação (lei de 15-10-1827, arts. 8º-19) e ao Senado proceder ao julgamento (lei de 15-10-1827, arts. 20-54). Apreciando o texto constitucional de 1824, afirmou Pimenta Bueno a necessidade de que os ministros fossem responsáveis, para que houvesse harmonia entre a vontade da coroa e a ordem e o bem-estar social (**op. cit.**, pág. 261).

O regime republicano veio trazer o abandono do modelo francês, adotado que foi o norte-americano, em seus contornos gerais. A partir da Constituição de 1891, tem o instituto do "impeachment", no Direito brasileiro, delineamentos semelhantes nas diversas Constituições que marcaram a nossa vida política. Nosso Direito Constitucional aplica o "impeachment" apenas ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e ao Procurador-Geral da República (no âmbito do Poder Executivo), sendo, pois, de forma mais restrita (Const. de 1891 — arts. 52, 53 e segs.; Const. de 1934 — arts. 57 e segs., art. 61; Const. de 1937 — arts. 85 e segs., art. 89; Const. de 1946 — arts. 62, I e II, 88 e 92; Const. de 1967 c/a Emenda nº 1/69 — arts. 42, I e II, 82).

As Constituições brasileiras, no regime republicano, regulam o "impeachment" com variantes, quanto ao processo e julgamento. Assim, a Constituição de 1891, tal como a de 1946, prescrevia que a acusação devia ser feita pela Câmara dos Deputados, sendo atribuição do Senado o julgamento, sob a presidência do Presidente do STF. A sentença condenatória somente podia ser proferida com o voto de 2/3 (dois terços) dos membros dessa Câmara (Const. de 1891, arts. 29 e 33; Const. de 1946, arts. 59, I, e 62 e §§). A Constituição de 1934, porém, estabeleceu o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado como competência de um Tribunal Especial, de tipo misto, formado por membros das duas Casas do Congresso e do STF (arts. 58 e 61, § 1º). Sobre esse Tribunal, comenta Pontes de Miranda: "Complicado, mas, talvez, eficiente". (**Op. cit.**, pág. 352.) Pela Carta de 1937, essa atribuição foi dada ao Conselho Federal, após declarada a procedência da acusação por 2/3 (dois terços) de votos da Câmara dos Deputados (arts. 86 e 89, § 2º). Substitua-se Conselho Federal por Senado Federal e tem-se a forma atualmente consagrada no texto da Constituição (arts. 40, I, art. 42, I e parágrafo único; 83 da Const. de 1967).

O "impeachment", no Direito brasileiro, tem sido considerado, pela doutrina, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, um processo misto, político-penal. Nesse sentido, Paulino Jacques cita acórdão daquela Egrégia Corte, a propósito do julgamento de inconstitucionalidade de texto das Constituições de São Paulo e do Piauí, ambas de 1947 (v. **op. cit.**, pág. 254).⁽¹⁴⁾ Entretanto, a fase preliminar do processo é "essencialmente política" (v. trecho do Parecer de João Coelho Lisboa, por ocasião da denúncia formulada contra Hermes da Fonseca, citado por Aurelino Leal, in "Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira", Rio, F. Briguiet e Cia. Editores, 1925, pág. 439).

O "impeachment", tendo-se originado na Inglaterra, ali se tornou obsoleto. Da mesma maneira, diz-se do instituto nos diversos países, não tendo quase aplicação, na prática, conforme se depreende do exame da história constitucional. Como observa de maneira bem pertinente Francisco Sá Filho, no presidencialismo, seria legítimo contrapeso dos poderes amplos do Presidente da República, entretanto, na prática, não funciona. (**Op. cit.**, pág. 171.)

No Brasil, não houve um único caso de "impeachment". Algumas tentativas, sem êxito, foram feitas contra os Presidentes Floriano Peixoto, Campos Sales e Hermes da Fonseca; contra os ministros da Fazenda Correia e Castro (1948) e Horácio Lafer (1951), sendo que o primeiro dos ministros pediu exoneração. (V. Paulino Jacques, **op. cit.**, pág. 257.) O único impedimento que registra a nossa história constitucional diz respeito ao ex-Presidente João Café Filho, não tendo constituído, entretanto, caso de "impeachment".

Apesar de ser um instituto que quase não tem sido aplicado, constitui-se, todavia, o "impeachment" em medida de grande importância como intimidação às autoridades executivas, na administração da coisa pública, mormente nos tempos atuais, em que o Poder Executivo, hipertrofiado, tende a concentrar sob sua gerência um volume considerável de serviços, que se espalham por todos os setores da vida social e econômica.⁽¹⁵⁾

4. Outro freio do Legislativo sobre o Executivo constitui-se em aprovar a nomeação para determinados cargos ou funções.

É certo que esse freio apenas tem significado no regime presidencial de Governo, em que os poderes Executivo e Legislativo são distintos.

A Constituição dos Estados Unidos da América, que estabeleceu essa limitação, abrange grande número de funcionários, dentre os quais,

(14) Registra Paulino Jacques que a posição do STF no sentido de apoio à doutrina mista data de 1918. Até então, era aceita a doutrina que considera o "impeachment" de natureza meramente política, consagrada, aliás, pelo Congresso Jurídico Americano (**op. cit.**, pág. 253).

(15) Para Rui Barbosa, era o "impeachment" perigoso, pela falta de boa educação do corpo político brasileiro. Afirma o grande jurista que "este sistema inspira aos meus sentimentos liberais uma aversão invencível" (in "Commentários à Constituição Federal Brasileira", coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva & Cia., 1932, v. II, págs. 153-5).

expressamente designados, os embaixadores, outros ministros e cônsules e, de forma generalizada, todos os que tiverem os respectivos cargos criados por lei e de outra forma não dispuser a Constituição. (Art. II, seção 2ª, item II.) A atribuição dada ao Legislativo, especificamente ao Senado, de emitir parecer e aprovar essas nomeações, limita sobremaneira o Poder Executivo, que tem na faculdade de nomear excelente campo de favoritismo e promoção política, com o desprezo do sistema de mérito. Para que não haja o retardamento nos serviços públicos, face ao recesso periódico daquela Casa do Congresso, é autorizado o Presidente da República a fazer nomeações interinamente, até que o Senado volte a reunir-se. (Art. II, seção 2ª, item III.)

O Direito brasileiro tem consagrado esse tipo de freio ao Poder Executivo, a partir da Constituição Republicana de 1891. Ao tempo imperial, no exercício do Poder Executivo e do Poder Moderador, o Imperador nomeava e demitia livremente, somente atendendo aos requisitos da lei, incluindo a nomeação dos Ministros e Conselheiros de Estado e a de Senadores. (Arts. 101, 102, 137.)

De acordo com a Constituição de 1891, a nomeação sob aprovação do Senado foi muito restrita, limitando-se aos ministros diplomáticos, na esfera dos cargos do Poder Executivo, e, ainda, aos membros do Tribunal de Contas da União (v. art. 48, item 12 e art. 89). A Constituição de 1934 acrescentou a essas a nomeação do Procurador-Geral da República e a do Prefeito do Distrito Federal (arts. 15 e 90, letra a). A competência para aprovação de nomeações, na Carta de 1937, foi dada ao Conselho Federal, que substituiu o Senado. A peculiaridade, aliás, no que tange ao direito de nomear, nesse sistema constitucional, consagrador de um Poder Executivo forte, foi a prerrogativa do Presidente da República de designar membros do Conselho Federal (art. 75, letra d e art. 50). Essa última prerrogativa foi extinta pela Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945.

A Constituição de 1946 estabeleceu uma forma nova do exercício desse freio constitucional, com a determinação de que a deliberação do Senado deveria ser anterior ao ato de nomeação. Essa prévia aprovação era necessária para a nomeação dos Ministros do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral da República, do Prefeito do Distrito Federal, dos membros do Conselho Nacional de Economia e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 63, inciso I).

Conforme o texto da Constituição vigente, a aprovação prévia do Senado faz-se necessária para as nomeações de membros do Tribunal de Contas da União e do Distrito Federal, do Governador do Distrito Federal e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 42, inciso III).

Tem-se, pois, que, apesar de reduzido o número das nomeações feitas pelo Presidente da República mediante prévia aprovação legislativa, por intermédio do Senado, é bastante eficiente esse freio, na prática, em vista da preeminência dos cargos a serem providos e da exigência legal para

o provimento dos cargos do funcionalismo público em geral, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos (Const. de 1967, com a Emenda nº 1/69, art. 97, § 1º).

5. A regra de que os tratados internacionais, firmados pelo Poder Executivo, devem ser submetidos à aprovação pelo Poder Legislativo constitui outro freio de grande importância à vida pública do Estado.

Incumbido da representação internacional, na qualidade de Chefe de Estado, reparte o Executivo, no funcionamento desse mecanismo, a grande responsabilidade de comprometimento do Estado na órbita jurídica internacional. Impede, por outro lado, ação leviana ou de ma-fé, que redunde em prejuízo para o País.

Além do mais, é o tratado lei interna, posto que obriga no âmbito nacional. Devem, pois, esses atos internacionais estar em consonância com as leis e/ou com um sistema, como no caso dos que digam respeito ao comércio e à navegação, consoante exemplo dado por Hamilton (**op. cit.**, cp. LXIV). Sobre isso, essa repartição de competências previne a corrupção, em virtude de envolver grande número de pessoas, e não somente a pessoa do Presidente da República (Hamilton, **op. cit.**, cp. LXIV).

Afirma Pontes de Miranda que esse princípio de aprovação de Tratados e Acordos pelo Legislativo “tem a consequência de limitar a representação do Presidente da República perante os outros Estados” (**op. cit.**, pág. 108). E foi essa a finalidade do freio constitucional, considerada a importância e a gravidade da representação externa.

A Constituição norte-americana, no seu art. II, seção 2, item II, ao dispor sobre a obrigatoriedade de serem os tratados submetidos a parecer e aprovação do Senado, exige para a aprovação o acordo de dois terços dos senadores presentes. Esse poder, nos Estados Unidos, tem sido, de certa maneira, diminuído, na prática, através da proliferação dos chamados Acordos do Executivo, celebrados por este sem as formalidades do Tratado, mas com a mesma força vinculativa. (Ver Celso D. de Albuquerque Mello, in “Curso de Direito Internacional Público”, 4ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1974, 1º vol; págs. 103 e 152.)

No Direito brasileiro, o poder de aprovação de tratados, no período do Império, era bem frágil, posto que a Constituição dava ao Chefe do Poder Executivo a possibilidade de furtá-los à apreciação da Assembléia-Geral, que, por sinal, apenas deles tomava conhecimento, aprovando-os somente em casos especiais (art. 102, item 8º).

As nossas Constituições do período republicano consagraram essa limitação à competência do Poder Executivo, em sentido mais amplo que a Constituição dos Estados Unidos, posto que, nesta, somente carecem de aprovação do Senado os Tratados, enquanto o nosso Direito especificou “tratados e convenções” (v. Constituições de 1934, 1937, 1946) ou “tratados, convenções e atos internacionais” (Constituição de 1967) e,

mais minuciosamente, “negociações internacionais, celebração de ajustes, convenções e tratados” (Constituição de 1891).

6. São lembrados por autores diversos outros freios ou formas de limitação, nas relações entre o Legislativo e o Executivo, que não serão aqui devidamente apreciados porque importaria em alongamento que se não coaduna com os limites deste trabalho.

Lembra Pontes de Miranda as diversas espécies de fiscalização do Congresso sobre o Poder Executivo, previstas pela Constituição do Brasil de 1967 (op cit., pág. 122).

Também o nosso publicista do Império, Pimenta Bueno, coloca a necessidade da fiscalização do Executivo, pelo Legislativo, para fins de exame do fiel cumprimento das leis, como freio necessário ao bom funcionamento do sistema constitucional (J. Pimenta Bueno, in “Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Império”, Rio, Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857, pág. 105).

Na verdade, é preciso que se destaque nessa função fiscalizadora, do Congresso, a ação das Comissões Parlamentares de Inquérito e o controle financeiro e orçamentário.

De caráter político, as Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas expressamente em nosso Direito, através da Constituição em vigor (art. 30, parágrafo único, letras e e f) e reguladas por lei ordinária quanto ao seu funcionamento, (16) são excelentes instrumentos de contenção do Poder Executivo, na medida em que procedem à apuração de fatos da Administração Pública, em todos os setores. De grande amplitude, atendem essas Comissões à necessidade fiscalizadora do Legislativo face à hipertrofia da atividade administrativa do Poder Executivo, que intervém em todos os setores da vida nacional, com acentuação no social e no econômico.

Ainda na função fiscalizadora do Legislativo tem realce a fiscalização financeira e orçamentária, prevista na Constituição vigente (arts. 70/72), mormente no que diz respeito ao grande aparelhamento da Administração Indireta, que maneja com recursos tão vultosos quanto os dos órgãos da Administração Centralizada.

VI. FREIOS DO LEGISLATIVO SOBRE O JUDICIÁRIO

1. Sistema Americano. 2. O Direito Brasileiro. Situação especial do Poder Judiciário

1. Através da atividade de elaborar leis, o Poder Legislativo exerce limitação ao Poder Judiciário, ao estabelecer condições sobre a atuação desse Poder e dispor sobre provimento e vacância dos respectivos cargos, além da possibilidade de apuração de responsabilidade política.

(16) As Comissões Parlamentares de Inquérito foram previstas pela Constituição de 1946, art. 53, tendo sido reguladas pela Lei n.º 1.579, de 18 de março de 1952.

Os freios do Legislativo sobre o Judiciário, no sistema constitucional norte-americano, têm grande significação, porque se estendem desde a criação de tribunais e à fixação de sua competência, às condições de nomeação, promoção e demissão da magistratura, à fixação do número de magistrados, tendo destaque a fixação da competência recursal da Suprema Corte (art. III, seções 1 e 2).

Consoante salienta Joseph Story, a proteção usual do Judiciário, qual a da duração do mandato, torna-se inadequada diante do completo poder que o Legislativo tem sobre os salários dos juizes, sobre a jurisdição das Cortes, principalmente quando pode essa jurisdição ser alterada ou diminuída ao alvedrio do legislador (in "Comentaries on the Constitution of the United States", vol. II, 5th ed., Boston, Little Brown and Company, 1891, pág. 404).

Com relação à fixação do salário dos magistrados, afirma Bernard Schwartz que, com base no texto constitucional, as tentativas do Legislativo no sentido de redução seriam declaradas nulas pelos tribunais (in "Direito Constitucional Americano", Trad. de Carlos Nayfeld, Rio, Forense, 1966, pág. 37).

De qualquer forma, é incontestável a importância dos freios de que dispõe o Legislativo contra o Judiciário, mormente no que diz respeito ao "impeachment", forma de remoção do magistrado do cargo.

Embora não sejam numerosos tem havido casos de "impeachment" de juizes, tais os de Pickering, em 1803; de Humphrey, em 1862; de Archibold, em 1912; de Ritter, em 1936 (citação feita por Paulino Jacques, in *op. cit.*, pág. 250).

2. No Direito brasileiro, o Poder Judiciário tem-se colocado em grande independência com relação aos dois outros poderes, cercado por garantias, que visam a evitar interferências de natureza política. Mesmo na Constituição do Império, quando ao Imperador foi dado ingerir no que tange à remoção de juizes e na aplicação de penalidades (arts. 153 e 154), o Poder Judiciário gozava de garantia, tal como a vitaliciedade.

É no regime republicano que o Poder Judiciário foi, mais e mais, conquistando prerrogativas, tendo em vista a diminuição de freios legislativos. Gozando, pela Constituição de 1891, das garantias de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos (art. 57, *caput*, e § 1º), contou, ainda, o Poder Judiciário com a fixação, no texto da Constituição, das competências do Supremo Tribunal Federal bem assim a dos tribunais e juizes federais diminuindo dessa forma a ação do legislador ordinário. A partir da Constituição de 1934 somam-se às duas garantias referidas a de inamovibilidade, de grande importância, no mecanismo da administração independente da Justiça. Também fixada a competência do órgão maior — então chamado Corte Suprema, foram estabelecidas as competências dos demais ramos ou especialidades da Justiça (Cap. IV, seções II a V).

Atualmente, conta o Poder Judiciário, no Direito brasileiro, com uma situação ímpar, qual a de iniciativa de projetos de leis dispondo sobre a

criação e extinção de cargos, bem assim de fixação dos respectivos vencimentos, e — disposição única, a de dispor sobre a divisão e organização judiciárias, no âmbito dos Estados-membros (arts. 115 e 144, § 5º).

Dessa maneira, o Direito brasileiro não aponta, no relacionamento do Legislativo com o Judiciário, mecanismos de grande importância, tal como ocorre nos Estados Unidos, que possam autorizar a afirmação de existência de efetiva limitação.

Deve-se ajuntar, no caso, que o Legislativo dispõe do “impeachment”, que pode ser utilizado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 42 da Const. de 1967 com a Emenda nº 1/69; art. 100 da Const. de 1946; art. 100 da Const. de 1937; art. 75 da Const. de 1934; art. 57, § 2º, da Const. de 1891). (17)

Entretanto, o instituto do “impeachment” não tem tido aplicação, na prática, persistindo, tal como ocorre com o Poder Executivo, tão-somente, como meio de intimidação, para que os magistrados supremos do País exerçam sua função com dignidade e responsabilidade.

VII — FREIO DO EXECUTIVO CONTRA O JUDICIÁRIO

Nomeação de Membros do Judiciário — Existência de Contrafreio do Legislativo — Direito Comparado.

No estudo das relações entre os poderes do Estado, ao apreciar os mecanismos de freios e contrapesos, afirma Sá Filho que “o menos democrático dos poderes é o mais poupado, pelos freios e contrapesos dos demais” (in *op. cit.*, pág. 290). Referia-se ele ao Poder Judiciário.

Na verdade, os freios são escassos, em relação a esse Poder sendo que o Executivo dispõe, somente, da atribuição de nomear magistrados, na forma estipulada na norma jurídica.

Com efeito, a discricção do Chefe do Poder Executivo, no que tange à nomeação de magistrados, permite uma limitação ao Poder Judiciário. Tanto o Direito norte-americano como o brasileiro estabelecem a atribuição do Presidente da República de nomear os juizes da Suprema Corte e os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a Constituição brasileira de 1824, o Imperador tinha a atribuição de nomear os magistrados (art. 102, item 3º), exercendo, ainda, sobre estes, o grande freio de suspensão por queixas feitas, após proceder a audiência do juiz, ouvido o Conselho de Estado (arts. 101, item 7º, e 154).

O sistema adotado, a partir de 1891, foi o da nomeação, pelo Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 48, item 12, da Const. de 1891; art. 74, da Constituição de 1934; art. 98 da

(17) A Constituição de 1934 determina o processo e julgamento dos Ministros da “Corte Suprema”, por um Tribunal Especial, a que já nos referimos. A Carta de 1937 submete-os a processo e julgamento pelo Conselho Federal.

Const. de 1937; art. 99 da Constituição de 1946; art. 118, parágrafo único, da Constituição de 1967, c/a Emenda nº 1/69), de acordo com os critérios estabelecidos pelo legislador constituinte. (18)

A nomeação, porém, admite o contrafreio do Poder Legislativo, posto que carece de sua aprovação, através do Senado Federal (ou Conselho Federal, conforme a Carta de 1937).

Esse freio do Executivo não é previsto no sistema constitucional italiano, em vigor, porque a nomeação dos magistrados é efetivada por meio de concurso (art. 106 da Const. Italiana de 1947). Entretanto, dispõe o Executivo, através do Ministério da Justiça, de ingerência naquele Poder, através da organização e funcionamento dos serviços relativos à Justiça, o que torna bem acentuada a possibilidade de aplicação do freio político.

Pela Constituição Irlandesa (de 1937, art. 35), a nomeação dos magistrados pelo Presidente da Irlanda não necessita da aprovação pelo Legislativo.

Já na Constituição Austríaca de 1945, os juizes são nomeados pelo Presidente da Confederação, dentre lista triplíce, enviada pelo Poder Legislativo.

VIII — FREIO DO JUDICIÁRIO CONTRA OS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

1. Declaração de Inconstitucionalidade de Leis e Atos. Característica do Sistema Norte-Americano. A posição da Suprema Corte. 2. O Direito Brasileiro e o Direito Comparado. 3. Técnica da Declaração de Inconstitucionalidade. 4. Espécies. 5. Formas de Controle de Inconstitucionalidade das Leis.

1. O controle da constitucionalidade de leis e atos constitui-se em freio da mais alta importância para o funcionamento harmonioso das instituições políticas. É o único freio que o Judiciário tem sobre os demais poderes, mas não admite contrafreio, sendo, pois, absoluto. (19)

O controle da constitucionalidade é uma expressão concreta do primado do Poder Constituinte, princípio que os povos modernos herdaram da Revolução Francesa, afirma Mirkin-Guetzevitch, que também o considera “um dos fenômenos da racionalização do poder” (in “As Novas

(18) Deve-se ressaltar que, nos termos da Constituição de 1891, era exigido como condição para a nomeação de Ministro do STF que fosse cidadão “de notável saber e reputação”, elegível para o Senado (art. 56). Por isso, indicou o Presidente Floriano Peixoto ao Senado Federal, para uma vaga no Supremo Tribunal, a Barata Ribeiro, médico de renomado saber e ilibada reputação. Diante do impasse surgido, os textos constitucionais posteriores fizeram referência expressa ao “notável saber jurídico”.

(19) A propósito, afirmou o Justice STONE: “Enquanto o exercício inconstitucional de poder por parte dos ramos executivo e legislativo do Governo está sujeito à restrição judicial, o único freio ao exercício do nosso próprio poder está no nosso sentimento de auto-restrição” (apud E. S. Corwin, in “A Constituição Norte Americana e o Seu Significado Atual”, Trad. e Prefácio de Lêda Boechat Rodrigues, Rio, Zahar Editores, 1959, pág. 6).

Tendências do Direito Constitucional”, Trad. de Cândido Motta Filho, com Prefácio de Vicente Ráo. São Paulo. Cia. Editora Nacional, 1933, pág. 74).

A doutrina do controle judiciário desenvolveu-se na América do Norte, tendo sido evidenciada na prática do regime constitucional. E de tal maneira está vinculado ao sistema constitucional dos Estados Unidos, que Robert Cushman afirma que ninguém pode compreender o funcionamento do Governo norte-americano se não tiver familiaridade com o modo como a Suprema Corte trabalha, bem assim com algumas de suas decisões, que marcaram o crescimento do sistema constitucional (“and with some of its decisions which are milestones in the growth of our American constitutional system”) (in *op. cit.*, pág. V).

Os antecedentes do controle da constitucionalidade das leis podem ser identificados na Inglaterra, através do “Instrument of Government”, de Cromwell, e a teoria de Lord Corb. O primeiro traçou a supremacia da Constituição; e o segundo, a supremacia judiciária, na declaração de nulidade de atos do Parlamento quando contrários ou repugnantes ao “Common Law” (v. Rosah Russomano, in “O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira”, Rio, Freitas Bastos, 1965, pág. 144).

O controle da constitucionalidade pelo Judiciário tem raízes, nos Estados Unidos, desde a prática das Colônias quando os legisladores não podiam estabelecer normas contrariamente às Cartas Régias (Charters), pelo que cumpria os juízes examinar se havia essa compatibilidade (in Francisco Sá Filho, *op. cit.*, pág. 294). Assim, ao elaborar a Constituição, os norte-americanos deram aos juízes, então constituindo um Poder, a competência de decidir sobre todos os casos surgidos, de direito e de equidade (art. III, seção 2), no que resultou numa competência bem ampla. E a fundamentação é clara e concisa, em “The Federalist”, qual a consideração óbvia de que deve existir um meio constitucional de distribuir eficácia às disposições constitucionais (cp. 80 — Hamilton). E, nessa decisão de casos, tem-se que considerar a supremacia da Constituição, pois, ainda nas palavras de Hamilton, ela deverá ser a pedra de toque para a interpretação das leis, devendo estas cederem diante dela, sempre que exista uma contradição evidente (*op. cit.*, cp. 81).

Mais, porém, que a teoria, tem-se evidenciado, na prática, a importância do controle da constitucionalidade das leis, pela Suprema Corte. Disse James Bryce, a propósito, que o aspecto que mais desperta admiração e interesse é o papel da Suprema Corte, qual o de Guardiã da Constituição (in “A Comunidade Americana”, vol. I. Trad. de Ruy Jungman, Rio, Ed. “O Cruzeiro”, 1959, pág. 68). Acrescenta o conhecido jurista que, no seu trabalho, a Suprema Corte apenas expressa a Constituição e, pois, não tem mais vontade, na decisão da questão, que o tribunal inglês, quando interpreta as leis do Parlamento (*op. cit.*, pág. 76). Pelo contrário, são condições bem diferentes a de um e outro, em vista de ter a Suprema Corte a palavra final sobre a validade da norma legislativa, o que não ocorre na Inglaterra, em que, como bem esclarece A. V. Dicey, a autoridade legislativa é ilimitada e, assim, a “legislação judicial” é posta em vigor com o assentimento do Parlamento e sob o seu controle (in “Intro-

duction à l'Étude du Droit Constitutionnel", Trad. francesa de André Batut et Gaston Jèze, Préface de A. Ribot, Paris, Ed. V. Giard & E. Brière, 1902, págs. 37 e 55). (20)

Mas não houve assentimento geral a essa competência da Suprema Corte. Muitos foram os ataques a esse controle, que são apreciados, bem como todo o desenvolvimento da doutrina e da prática da Suprema Corte, por Charles Beard, sendo interessante o argumento de que não fora estabelecido tal poder na Constituição porque, se isso houvera ocorrido, não teria sido deixado o seu exercício "irrevisável e irrecorrível" (in "A Suprema Corte e a Constituição. Trad. de Paulo Moreira da Silva, Rio, Cia. Ed. Forense, 1962, pág. 47).

Mas, na realidade, o controle da constitucionalidade das leis, pela Suprema Corte, tem dado a esta, em conseqüência paradoxal, um papel político de grande importância. Assim, como diz o nosso grande jurista Pontes de Miranda, veio demonstrar a independência e o papel de destaque do Judiciário, mostrando o erro de Montesquieu (in *op. cit.*, pág. 603). (21)

Esse aspecto político foi objeto de observação do admirável Tocqueville, que assim resume a sua impressão:

"O poder político que os americanos atribuíram a seus tribunais de justiça é, portanto, imenso; mas os males desse poder são consideravelmente diminuídos pela impossibilidade de atacar as leis a não ser através dos tribunais de justiça." (Aléxis C. H. M. C. de Tocqueville, in "Democracia na América", ed. condensada por Richard D. Heffner. Trad. de João M. P. de Albuquerque, São Paulo, Ed. Nacional, 1969, pág. 89).

Apesar de, anteriormente, já ser conhecida a doutrina, aplicada por tribunais e alegada por advogados, em casos "sub judice", está a doutrina de controle da constitucionalidade das leis vinculada ao Chief-Justice Marshall, que a consagrou, delineando-a e fundamentando-a no famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. (22)

(20) James Bryce não aceita a colocação feita por europeus sobre o exercício de um controle do Judiciário norte americano sobre o Legislativo. Para o jurista inglês, a palavra "controlar" importa em exercício de vontade pessoal discricionária (*op. cit.*, pág. 76).

(21) Sobre o aspecto político da ação da Suprema Corte, comenta Edward S. Corwin que suas decisões levam a marca da influência de determinada "filosofia social". As tendências mais liberais ou mais conservadoras dos membros da Corte determinam a orientação dos julgados (in *op. cit.*, pág. 305).

(22) Anteriormente, já era conhecida a doutrina, tendo sido aplicada em casos julgados, tais o caso *Hayburn*, em 1792, o caso *Hylton v. United States*, em 1796, em que os juizes se recusaram aplicar lei por eles julgada inconstitucional. Também, em diversos casos anteriores a 1803, fora a doutrina discutida por advogados, que nela arrimavam a sua defesa, tais, em 1794, o caso *Glass v. The Sloop Betsey*, e, em 1798, o caso *Calder v. Bull* (todos citados por Charles Beard, in "A Suprema Corte e a Constituição", pág. 113).

Argumentando que esse controle é essencialmente vinculado às Constituições escritas e repousa na supremacia destas, Marshall afirma a obrigatoriedade de os tribunais respeitarem a Constituição e, pois, aplicarem esta, não a lei ordinária (in Charles A. Beard, **op cit.**, págs. 115/119).

A reação, na prática, à declaração de inconstitucionalidade das leis verificou-se, nos Estados Unidos, através principalmente do Executivo, dos Presidentes Jefferson (viola a separação dos poderes), Jackson (é dever de todos os poderes públicos) e Lincoln (incompatível com o governo popular), e Theodore Roosevelt, que formulou proposta no sentido de que houvesse recurso ao voto popular quando se verificasse essa declaração pela Suprema Corte; especialmente, tem-se a reação de Franklin D. Roosevelt, quando foram considerados inconstitucionais atos do "New Deal", consubstanciada em proposta de Reforma da Corte Suprema, para que se modificasse sua jurisprudência obsoleta. (Ver Francisco Sá Filho, **op. cit.**, págs. 297/298.)

Mas, na verdade, o controle da constitucionalidade das leis redundou num trabalho de constante adaptação do texto sintético da Constituição norte-americana às mutações sociais e econômicas e, conseqüentemente, às mutações políticas. Nesse sentido, afirmou o ex-Chief Justice Hughes: "Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juizes dizem que ela é..." (citação de E. S. Corwin, **op. cit.**, pág. 6), no que se coloca exatamente em contrário o Justice Hugo L. Black (in "Crença na Constituição". Trad. de Luiz Carlos F. de Paula Xavier, com apresentação e revisão do Prof. Paulino Jacques, Rio, Forense, 1970, pág. 41).

2. O Direito brasileiro também adota o sistema do controle da constitucionalidade das leis, bem assim dos atos das autoridades estatais, de influência norte-americana.

No período imperial, não havia essa prática, em vista de o ato de sancionar as leis, como competência do Poder Moderador, escoimá-las de qualquer nulidade (v. Pedro Calmon, in "Curso de Direito Constitucional Brasileiro", 3ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1954, pág. 189).

Consagrado o sistema, na Constituição de 1891, de forma mitigada, a princípio, posto que somente se estendia a leis e atos dos governos estaduais (art. 59, § 1º, letra **b**), passou a ter plenitude com a Reforma Constitucional de 1926.

Esse "judicial control" foi mantido nas Constituições posteriores, com exigência de meditação e persuasão e com a proibição do exame de assuntos políticos, tendo regulamentação singular na Carta de 1937 (arts. 68, 76, inciso III, da Const. de 1934; arts. 94, 96 e parágrafo único da Const. de 1937; art. 101, inciso III, da Const. de 1946; arts. 116 e 119, inciso III, da Const. de 1967, c/a Emenda nº 1/69).

A Constituição de 1934 regulamentou expressamente a necessidade de maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal para julgar sobre in-

constitucionalidade e vedou a apreciação de questões exclusivamente políticas. Tal determinação, que foi omitida a partir de 1946, deu margem a controvérsias sobre o seu verdadeiro sentido e alcance. A propósito, Pontes de Miranda faz uma minuciosa apreciação (v. **op. cit.**, págs. 629 e segs.).

Situação “sui generis” no sistema de “judicial control” do Direito brasileiro foi a configurada no texto da Constituição de 1937, pelo qual não se constituía a decisão do STF como julgado definitivo, visto que era dada a competência ao Presidente da República de, em entendendo necessário ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submeter a lei declarada inconstitucional a novo exame pelo Parlamento, podendo este anular a decisão do Judiciário pelo voto de dois terços de cada uma das Câmaras (art. 96, parágrafo único). Foi, entretanto, tal situação singular em nosso Direito, o que não desvirtua a nossa tradição jurídica de adoção do controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos das autoridades públicas.

Aspecto que difere o nosso sistema de “judicial control” daquele adotado nos Estados Unidos diz respeito às conseqüências do “decisum”. Pelo Direito norte-americano, a declaração de inconstitucionalidade não suspende a execução da lei, se bem deixe de ser esta aplicada pelos tribunais. Pelo nosso Direito, as conseqüências são mais amplas, posto que, declarada inconstitucional, tem a lei suspensa a sua execução, por resolução do Senado Federal, o que implica na inaplicabilidade da lei pela perda de sua eficácia. (Ver Const. de 1934, art. 91, IV; Const. de 1946, art. 4; Const. de 1967, c/a Emenda de 1969, art. 42, inciso VII.)

Tem-se verificado a prática do “judicial control”, no Brasil, através de vários julgados, desde o regime constitucional de 1891, atingindo diversos artigos de Constituições estaduais (ver a indicação dos julgados in Paulino Jacques, **op. cit.**, págs. 273 a 276).

3. Sobre a técnica da declaração de inconstitucionalidade, tem-se que examinar, em primeiro lugar, sobre a forma de apreciação da lei face à Constituição. Consoante afirma Thomas Cooley, deve haver sempre presunção de legitimidade da lei, pelo que a declaração de inconstitucionalidade somente deve ocorrer quando houver certeza, quando houver uma convicção clara e rigorosa, por parte do Juiz (**op. cit.**, págs. 149/150).

Já o renomado Pontes de Miranda não admite a escusa do Juiz pela dúvida, uma vez que “o absurdo dessa regra... resulta da preguiça de pensar” (**op. cit.**, pág. 614).

Entendemos que não deve haver dúvida sobre a compatibilidade da lei com o texto constitucional. Se houver, deve ser esclarecida, de maneira a que resulte a certeza sobre a norma a regulamentar o caso sob apreciação. Esse aspecto constitui-se em limitação ao poder de controle do Judiciário, a que se somam outras alinhadas por Carlos Maximili-

liano, as quais delineiam essa prerrogativa judicial, no âmbito do nosso Direito (**in op. cit.**, págs. 153/157). ⁽²³⁾

4. A inconstitucionalidade, quanto à sua natureza, pode ser substancial e formal. Esta diz respeito ao processo de elaboração legislativa, resumindo-se em quatro espécies: **a)** vício de incompetência; **b)** vício de tramitação; **c)** vício de **quorum**; **d)** vício de turnos. (Ver Paulino Jacques, **op. cit.**, pág. 277.) Já foi apreciada a inconstitucionalidade formal, pelo Supremo Tribunal Federal. ⁽²⁴⁾

5. Aspecto que também merece ser examinado, no que tange ao controle da constitucionalidade das leis é o atinente ao órgão competente para o seu exercício. Na prática dos diversos sistemas políticos, pode ser exercido através do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e de um órgão especial. O controle pelo Poder Judiciário é o modelo norte-americano, adotado pelo Brasil, pela Irlanda (art. 34 da Const. de 1937); e pelos países latino-americanos, em geral.

O controle exercido pelo Poder Legislativo foi previsto pelas Constituições Francesas, do ano VIII e de 1802, e pela Constituição do Império Alemão, de 1871.

Tem-se, ainda, o controle por meio de órgão especial, nas Constituições da Áustria, de 1945, e da Tcheco-Eslováquia, de 1920 e de 1948, na Constituição Alemã de 1919, nas Constituições Francesas de 1946 e de 1958, na Constituição Italiana, de 1947.

Deve-se, ainda, considerar, conforme pondera Paulino Jacques, o processo de controle, que pode ser direto, em que se procede por via de ação específica, próprio dos Estados que contam com órgão especial ou em que o controle é efetivado pelo Poder Legislativo; e indireto, em que o procedimento é por via de exceção, característico dos países com controle exercido pelo Poder Judiciário.

(23) São limitações ao exercício do "judicial control", segundo Carlos Maximiliano: **a)** o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade deverá ser deixado para os tribunais mais altos, somente devendo ser feito por magistrados de instância inferior em caso muito claro; **b)** o reconhecimento da inconstitucionalidade constará de acórdão, somente quando for aprovado pela maioria absoluta dos membros do STF; **c)** só deve ser decretada a inconstitucionalidade quando provocado pronunciamento pela parte lesada; **d)** somente deve ser proclamada a inconstitucionalidade quando necessário à decisão da questão *sub judice*; **e)** deve-se considerar inconstitucional somente a parte da lei desde que for possível; **f)** os atos do Congresso e do Poder Executivo devem ser presumidos constitucionais, somente se proclamando a inconstitucionalidade em sentença quando esta for evidente, fora de toda a dúvida razoável; **g)** uma lei inconstitucional é como se não tivesse existido (**op. cit.**, págs. 153-157). Por outro lado, considerando o sistema norte-americano, indica John M. Mathews como limitações ao "judicial control": **a)** a Corte só pode declarar a inconstitucionalidade se necessário à decisão de um caso; **b)** em caso de dúvida razoável, o benefício da dúvida, em regra, é dado em favor da constitucionalidade da lei; **c)** também pode ocorrer pelo poder do Congresso de limitar a jurisdição das Cortes Federais (**in op. cit.**, págs. 226-228).

(24) Cita Paulino Jacques dois casos em que houve apreciação de inconstitucionalidade formal, pelo STF, em 1922 e em 1926, neste último em relação à Reforma Constitucional (**op. cit.**, pág. 277).

Quanto ao processamento de controle, cumpre ressaltar a forma prevista na Constituição da França, em vigor, em que o controle da constitucionalidade de certas leis é feito anteriormente à sua promulgação, submetidas que são ao Conselho Constitucional, cuja decisão é irrecorrível (ver arts. 56 a 62).

Cumpre dizer que, apesar de ser o “judicial control” um processo de controle indireto, que somente se manifesta quando existe a provocação da função judicante por alguém lesado em seu direito, constitui-se em excelente forma de contenção do poder e garantia de liberdade e segurança das pessoas e das instituições. Isso não importa em tirania judicial, em vista dos cuidados que o sistema de organização do Poder tomou, no sentido de isolar, ao máximo, os magistrados da ação político-partidária.

No Direito brasileiro, atualmente, é certo, existe uma “verdadeira anistia” dada pelo Constituinte ao Governo (v. Paulino Jacques, in “A Constituição Explicada”, 3ª ed., Rio, Forense, 1970, pág. 186), mas é situação provisória que não chega a descaracterizar o nosso sistema tradicional do “judicial control”. O que se observa, nos dias de hoje, em que são excluídos da apreciação judicial atos e resoluções do Governo, e em que é atribuído, a este, poder Constituinte, cita Paulino Jacques as palavras do Ministro Alfredo Buzaid, de que “coexistem duas ordens jurídicas, uma institucional, outra constitucional”, até que sejam superadas as crises e restaurada a ordem democrática (**op. cit.**, pág. 188).

IX — CONCLUSÃO

A apreciação do sistema de freios e contrapesos, conforme foi idealizado pelos elaboradores da Constituição norte-americana, seus criadores, ao funcionamento dos mecanismos, nos dias de hoje, nos diversos países, faz-nos concluir que tem sido eficiente no sentido de garantir o funcionamento regular dos poderes estatais.

É certo que a prática evidenciou a impossibilidade do modelo teórico, qual o de um equilíbrio entre poderes, com a garantia da supremacia do Poder Legislativo, em teoria o mais forte, e ilimitado.

Na verdade, a história política dos Estados Unidos, a pátria desse sistema, tem evidenciado, sempre, o primado de um dos poderes, que nem sempre foi o Legislativo, num fenômeno cíclico, que acompanha as diversas fases do próprio desenvolvimento da vida sócio-política americana. Entretanto, não foi esperado ocorresse o destaque do desempenho da Suprema Corte, influenciando de maneira bem marcante a vida política e concorrendo para adaptar o texto constitucional, de quase dois séculos, às profundas modificações das condições de vida do povo norte-americano, e, mais, da não menos profunda transformação do papel do Estado na condução da vida sócio-econômica daquela comunidade.

Por outro lado, adotado o mecanismo nos demais países, como forma de garantia da divisão dos poderes, tem-se ele adaptado às condições dos diversos povos.

No Direito brasileiro, os freios e contrapesos têm sido utilizados com maior ou menor intensidade, em relação a este ou àquele Poder, de acordo com as necessidades identificadas pelo Constituinte.

Adotando o sistema como orientação constitucional, nas diversas Leis Fundamentais que têm regido nosso País, tem mostrado a experiência que, se bem a estruturação dos diversos freios e contrapesos mereçam alguns reparos, numa visão geral, são positivos como forma de contenção do poder pelo poder.

O que se verificou, entretanto, no Brasil, foi o fortalecimento crescente do Poder Executivo. Aliás, tendência que configura o crescente intervencionismo do Estado nos setores mais diversificados da vida social e econômica, até mesmo nos governos parlamentares, consoante ressalta Mirkine-Guetzevitch, tornou-se o Poder Executivo o centro da atividade estatal (in "Les Constitutions Européennes", tomo I, Paris, Presses Universitaires de France, 1951, pág. 27).

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Rui — Comentários à Constituição Federal, coligidos e ordenados, por Homero Pires, S. Paulo, Saraiva & Cia, 1932.
- BEARD, Charles A. — Una Interpretación Económica de la Constitución de los Estados Unidos, Trad. e Prólogo de Héctor Sáens y Quesada, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1953.
- A Suprema Corte e a Constituição, Trad. de Paulo Moreira da Silva, Rio, Cia Ed. Forense, 1962.
- BIELSA, Rafael — Derecho Constitucional, 2ª, ed., Buenos Aires, Ed. Roque Depalma, 1954.
- BLACK, Hugo Lafayette — Crença na Constituição, Trad. de Luis Carlos F. de P. Xavier, com apresentação de Paulino Jacques, Rio, Forense, 1970.
- BOSCH, Jorge Tristan — Ensayo de Interpretación de la Doctrina de la Separación de los Poderes, B. Aires, Univ. de Buenos Aires, 1944.
- BRYCE, James — A Comunidade Americana, Trad. de Ruy Jungman, Rio, Ed. "O Cruzeiro", 1959, vol. I.
- CALMON, Pedro — Curso de Direito Constitucional Brasileiro, 3ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1954.
- CAVALCANTI, Themístocles B. — Princípios Gerais de Direito Público, 3ª ed., Rio, Editor Borsóli, 1966.
- COOLEY, Thomas — Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América, Trad. esp. de Júlio Carrié, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Jacobo Peuser, 1898.
- CORWIN, Edward S. — The President — Office and Powers, 4th ed., N. York, New York Univ. Press, 1962.
- A Constituição Norte Americana e o seu Significado Atual, Trad. e Prefácio de Léda Boechat Rodrigues, Rio, Zahar Editores, 1959.
- CUSHMAN, Robert — Leading Constitutional Decisions, 12th ed., N. York, Appleton-Century Crofts, 1963.
- DICEY, A. V. — Introduction a L'Étude du Droit Constitutionnel, Trad. francesa de André Batut, et Gaston Jèze, Préface de A. Ribet, Paris, Ed. V. Giard & E. Brière, 1902.

- HAINES, Charles & HAINES, Bertha — Principles and Problems of Government, N. York, Harper & Brothers Publishers, 1921.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. — The Federalist, Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1961.
- JACQUES, Paulino — A Constituição Explicada, 3ª ed., Rio, Forense, 1970.
- Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., Rio, Forense, 1974.
- KANT, Emmanuel — Principios Metafisicos del Derecho, Trad. esp. por G. Lizarraga, Madrid, Lib. de Victoriano Suarez, 1873.
- LEAL, Aurelino — Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira, Rio. F. Briguiet e Cia, Editores, 1925.
- LOCKE, John — Second Treatise on Civil Government, in Social Contract, Introduction by Sir Ernest Barker, London, Oxford Univ. Press, 1970.
- LES CONSTITUTIONS de la France — avec commentaire par M. Faustin — Adolphe Hélio, Paris, A. Marque Ainé, 1875.
- MATHEWS, John — The American Constitutional System, 2nd. ed., McGraw-Hill Book Company, Inco., 1940.
- MAXIMILIANO, Carlos — Comentários à Constituição Brasileira, 4ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1948.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque — Curso de Direito Internacional Público, 4ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1974.
- MIRKINE-GUETZEVICH, Boris — Les Constitutions Européenes, Paris-Presses Universitaires de France, 1951, tome I.
- As Novas Tendências do Direito Constitucional, Trad. de Cândido Motta Filho, com prefácio de Vicente Ráo, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1933.
- MONTESQUIEU, Charles de S. de la Brède, baron de — De L'Esprit des Lois, Paris, Ernest Flammarion Édit, s/d (texto reproduzido da ed. de 1758).
- PADOVER, Saul K. — The Living U.S. Constitution, N. York, The New American Library, 1953.
- PIMENTA BUENO, José Antonio — Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Império, Rio, Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1957.
- PINTO FERREIRA — Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, 4.ª ed., São Paulo, Edição Saraiva, 1962, tomo I.
- PONTES DE MIRANDA — Comentários à Constituição de 1967, tomo III, 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- ROURE, Agenor de — Formação Constitucional do Brasil, Rio, Typ. do Jornal do Commercio, 1914.
- RUSSOMANO, Rosah — O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira, Rio, Freitas Bastos, 1965.
- SÁ FILHO, Francisco — Relações Entre os Poderes do Estado, Rio, Editor Borsói, 1959.
- SCHWARTZ, Bernard — Direito Constitucional Americano, Trad. de Carlos Nayfeld, Rio, Forense, 1966.
- SCHMITT, Carl — Teoria de la Constitución, Trad. esp. com Introdução por Francisco Ayala, México, Editora Nacional, 1966.
- STORY, Joseph — Commentaries on the Constitution of the United States, 5th ed., Boston Little Brown and Company, 1894.
- TOCQUEVILLE, Alexis C.H.M.C. de — Democracia na América, Ed. condensada por Richard D. Heffner, trad. de João M. P. de Albuquerque, São Paulo, Ed. Nacional, 1969.