

# SEPARAÇÃO DE PODERES

**Elisabete Fernandes Baffa<sup>1</sup>**

## **RESUMO**

O artigo traça breve histórico sobre a separação de poderes estatais para, em seguida, analisar as funções típicas e atípicas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Estabelecidas as funções dos poderes estatais, passa-se à análise do sistema de freios e contrapesos, fundamental para impedir que um Poder usurpe as funções de outro.

Palavras-chave: separação de poderes, funções típicas, funções atípicas, freios e contrapesos.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Município de Diadema. Especialista em Direito Administrativo Econômico pela Universidade Mackenzie. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	03
2. A SEPARAÇÃO DE PODERES .....	04
3. OS PODERES DA UNIÃO .....	07
3.1 – O Poder Legislativo .....	08
3.2 – O Poder Judiciário .....	09
3.3 – O Poder Executivo .....	10
4. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS .....	12
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	16
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	17

## 1. INTRODUÇÃO

Em épocas remotas, que antecedem as revoluções burguesas, o poder era concentrado nas mãos do soberano que por vezes o exercia com arbitrariedade.

Era necessário estabelecer mecanismos que impedissem a concentração de poderes nas mãos de um único órgão, haja vista que as teorias até então conhecidas não eram aptas para frenar os desmandos dos soberanos.

Nessa esteira, será traçada a evolução histórica da teoria da separação de poderes, demonstrando os contornos que lhe foram atribuídos pela Constituição da República de 1988.

Ato contínuo, serão analisados os Poderes da União, oportunidade em que serão estabelecidas as funções inerentes a cada um desses poderes, bem como que aquelas que eles exercem esporadicamente – as denominadas funções atípicas.

Estabelecidas as funções dos Poderes da União, será objeto de análise o sistema de freios e contrapesos, importante instrumento para assegurar que os poderes – autônomos e harmônicos entre si – controlem-se mutuamente<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Não obstante o artigo 2º da Constituição da República estabeleça que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, a doutrina majoritária tece críticas à palavra “independentes”. Destarte, consideram tais críticos que os Poderes são autônomos, haja vista que não há nenhuma espécie de supremacia ou hierarquia entre eles.

## 2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Estado, para dar efetividade às funções que lhe são inerentes desempenha inúmeras atividades, cuja finalidade precípua deve ser a promoção do bem público.

Visando à atuação estatal livre de arbítrios e com respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, a distribuição das funções estatais é efetuada de forma a permitir que cada órgão atue com autonomia, mas sempre em harmonia com os demais, que lhes controlaria, sem, contudo, invadir a esfera de competências próprias do fiscalizado.

Estamos nos referindo à separação dos poderes do Estado, cuja teoria, sistematizada por Montesquieu, remonta à antiguidade. Aderson de Menezes (1992, p. 246) sintetizou com maestria a evolução da doutrina nesta seara:

Como precursores na tessitura doutrinária da matéria podem ser catalogados Platão e Aristóteles, na antiguidade; Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua, no medievo; Bodin e Locke, na modernidade.

Contudo, a teoria da separação de poderes sofreu deturpações ao longo do tempo. Seu real conteúdo é resgatado por Wodon (19--? apud MENEZES, 1992, p.255)<sup>3</sup> e Visshcer (19--? apud MENEZES, 1992, p. 256)<sup>4</sup>, cujos excertos transcrevemos a seguir:

Não é tanto a separação dos poderes – expressão que ele não emprega uma só vez – que Montesquieu dá importância para o estabelecimento da liberdade política, senão ao seu equilíbrio, isto é, segundo sua expressão já posta em relevo, aquilo por que o poder detém o poder.

---

<sup>3</sup> WODON, Louis. *Considérations sur la Séparation et la Délégation des Pouvoirs en Droit Public Belge*. [S. l.: s.n., 19--?].

<sup>4</sup> DE VISSCHER, Paul. *Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise*. [S. l.: s.n., 19--?].

(...) o que Montesquieu quis estabelecer – e nisto sua construção conserva todo o seu valor – foi simplesmente que a reunião de todas as funções entre as mãos de um só órgão produz fatalmente a tirania, razão pela qual é, com efeito, na interdependência, e não na separação dos órgãos do poder, que Montesquieu vê a garantia verdadeira da liberdade.

Destarte, Montesquieu atribuía ênfase ao equilíbrio entre os poderes, de forma que eles exercessem suas atribuições livremente, mas com constante fiscalização, fiscalização exercida pelos outros poderes instituídos.

Discorrendo acerca da separação de poderes, ocasião em que se dedica à discussão acerca da tese que melhor se coaduna com a realidade, isto é, se se trata de separação de poderes ou separação de funções, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 29-31) tece as seguintes assertivas:

A proposta do Estado Constitucional era a de limitar o poder político, mantendo-o concentrado. E isto ocorreria da seguinte forma: primeiro, tratava-se de organizar o espaço político de tal maneira que o poder se encarregasse de controlar o próprio poder. Aqui reside o núcleo conducente à separação dos poderes; depois, deslocando a soberania das mãos do monarca para as mãos do povo ou da nação. Ocorre, neste passo, a transferência da titularidade do poder soberano. Este deslocamento foi suficiente para deflagrar as produções discursivas que favoreceram a construção da teoria do Poder Constituinte.

Portanto, a noção de Estado Constitucional (ou de Direito) repousa sobre a ideia da unidade. Aliás, como bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. (...) Montesquieu, ao contrário, punha absoluta ênfase na proposta de limitação do exercício da autoridade.

O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. (...) A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes.

O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. (...) Quando a doutrina tradicional

trata do poder, dentro do contexto da célebre teoria em discussão, certamente, com esse significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função de Estado. Nada mais do que isso.

Infere-se, do excerto colacionado retro, que o Autor entende que na realidade trata-se de separação de funções, consagrada, com a teoria de Montesquieu, equivocadamente, com a designação de separação de poderes.

Convém colacionar, ainda, as conclusões do saudoso Professor Aderson de Menezes (1992, p. 257) acerca do tema. Afirma o Autor:

(...), se os poderes vão ou melhor funcionam em conjunto, se a ação de um poder detém ou limita a ação de outro poder, se o que há é simples e realmente um sistema de três poderes distribuídos, não tem por que continuar a ser divulgada a falsa noção de poderes separados ou a claudicante teoria da separação dos poderes.

Não existem, pois, poderes isolados em dependências incomunicáveis, o que fragmentaria o Estado, quebrando prejudicialmente a sua incontestável unidade.

A Constituição Federal vigente consagrou a teoria da separação de poderes, considerando-se esta como a divisão de atribuições entre órgãos distintos e autônomos.

Os poderes do Estado, ademais, possuem funções típicas, que lhes são precípuas, e algumas funções atípicas, que, portanto, não lhe são inerentes, consoante analisaremos a seguir.

### 3. OS PODERES DA UNIÃO

A Constituição da República de 1988 estabelece no artigo 2º os Poderes da União, erigindo esse mandamento à categoria de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso III, da Lei Maior, *in verbis*:

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

**Art. 60.** (...)

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

(...)

**III** – a separação dos Poderes.

No que concerne à independência e harmonia entre os poderes estatais, impende trazer à colação os ensinamentos do mestre Alexandre de Moraes (2000, p. 68-69):

Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes, Montesquieu mostrava o necessário para o equilíbrio dos poderes, dizendo que para formar-se um governo moderado, “precisa-se combinar os poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir (...). Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto” (*O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25-26).

Para finalizar a questão atinente à independência e harmonia entre os poderes, socorremo-nos, uma vez mais, das lições do mestre Aderson de Menezes (1992, p.257-258):

(...) na generalidade dos Estados modernos, malgrado as disposições do direito positivo a respeito da separação absoluta dos poderes, está sempre se verificando a especialização de funções, que se completam e de órgãos, que entre si cooperam, tudo para um único e mesmo fim. Cada órgão tem uma função especificamente precípua. Mas isso não significa que esteja completamente vedado ao exercício de outras atribuições, algumas vezes com pontos de contato ou estreitamente ligadas às de outro órgão.

Passamos, a seguir, a breve análise dos Poderes constituídos.

### **3.1- O Poder Legislativo**

Função típica do Poder Legislativo em qualquer das esferas de governo, é cediço, é legislar. Em outras palavras, sua função inerente é a elaboração de leis.

De acordo com os abalizados ensinamentos de Aderson de Menezes (1992, p. 250-251),

O poder legislativo é o que tem a função precípua de elaborar as leis, para a vida do Estado e conduta de seus jurisdicionados.

.....

De qualquer maneira, o seu órgão, que nunca deixa de ser plural, representa permanentemente a vontade popular na feitura das leis e na reclamação de outras medidas necessárias à causa da coletividade.

Não obstante isso, conforme afirmamos linhas atrás, os poderes estatais exercem algumas funções que tipicamente pertencem a outro dos poderes instituídos. São as funções atípicas.

No âmbito do Poder Legislativo, temos, *v.g.*, as atribuições descritas no artigo 52, incisos I e II, da Constituição Federal.

Na hipótese sobredita, caberá ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União e os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público nos crimes de responsabilidade. A mesma competência é atribuída ao Senado Federal para processar e julgar os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza, desde que conexos com aqueles mencionados em primeiro lugar.

Portanto, é o Poder Legislativo exercendo função que tipicamente pertence ao Poder Judiciário.

### **3.2 - O Poder Judiciário**

De acordo com a célebre separação dos poderes, cabe ao Judiciário dizer o direito, isto é, dizer o direito aplicável às lides que lhe são postas. Trata-se da função jurisdicional, que lhe é ínsita.

Para Aderson de Menezes (1992, p. 252-253), função peculiar do poder judiciário é julgar “as contendas derredor de direitos e interesses, fazendo a interpretação da lei e a distribuição da justiça”.

No tocante às funções atípicas do Poder Judiciário, podemos citar, à guisa de exemplo, a organização dos serviços que lhe são inerentes e a nomeação de seus próprios servidores.

### 3.3 - O Poder Executivo

As atribuições do Poder Executivo variaram ao longo da história. Este Poder, dentro do modelo clássico adotado pelo liberalismo político, época em que o Estado intervinha o mínimo possível na ordem econômica e social, tinha por função a defesa externa e a segurança interna.

Superada essa fase, passando-se para o Estado social, em que há maior intervenção do Estado na ordem econômica, o Poder Executivo passou a acumular cada vez mais atribuições.

O Estado, então, assumiu a realização de obras de infraestrutura e de assistência social; a iniciativa legislativa privativa em diversos temas; e o comando da atividade econômica, intervindo sempre que necessário.

Não obstante a assunção de maiores atribuições pelo Estado, a clássica divisão de poderes, cuja sistematização tal qual a conhecemos hodiernamente foi elaborada por Montesquieu, não foi abalada.

Destarte, ao Poder Executivo cabe, ainda hoje, precipuamente, a função administrativa, ou seja, a administração do Estado, nos limites estatuídos nas leis elaboradas pelo Poder Legislativo. Esta é sua função típica.

Na sempre abalizada doutrina de Aderson de Menezes (1992, p. 251), “o Poder executivo é o que tem a função primordial de administrar a coisa pública, aplicando a lei e adotando outras providências subsequentes”.

Prosseguindo com a análise do Poder Executivo, o saudoso mestre Aderson de Menezes (1992, p. 251-252) tece crítica relevante, cuja transcrição é de rigor:

Cumprir referir, logo, a impropriedade designativa, em virtude de o executivo não executar apenas a matéria legislativa, pois esse poder detém ainda a função regulamentar e relevante

papel discricionário, embora circunscrito àquilo não categoricamente vedado pela lei, tal como quando nomeia funcionários, ou provê cargos, presta serviços, arrecada e gasta os tributos, organiza as forças armadas, etc. À vista disso, uns preferem a expressão *poder administrativo*, enquanto outros propendem para a expressão *poder governamental*, ambas as expressões também deixando a desejar, porque se na sistemática estadual, a exata acepção de governo compreende todos os poderes políticos, também é certo que o legislativo e judiciário, e não somente o executivo, desempenham misteres administrativos. (grifos do autor)

Da mesma forma que ocorre com os demais poderes instituídos, o Poder Executivo possui, além das funções que lhe são precípuas, outras que não lhe são inerentes, designadas pela doutrina de funções atípicas.

À guisa de exemplo, podemos citar a competência estabelecida na Constituição Federal para que o Presidente da República adote, desde que presentes os pressupostos exigidos, medidas provisórias com força de lei.<sup>5</sup>

Ao Poder Executivo cabe, portanto, adotar as medidas pertinentes à consecução do bem público, seja no exercício de suas funções típicas ou atípicas, pois, não é demasiado lembrar, ele administra bens públicos, ou seja, pertencentes à coletividade.

---

<sup>5</sup> Cf. Constituição Federal de 1988, art. 62.

#### 4. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Conforme já restou sedimentado, o poder político do Estado é uno e indivisível. Divisíveis são as funções básicas do Estado, que são atribuídas a órgãos especializados e independentes. Não obstante isso, consagrou-se a denominação de separação de poderes.

Restou assentado, também, que a separação de poderes não é rígida, já que os poderes instituídos possuem funções que lhe são precípua – funções típicas – e outras que não lhe são peculiares – funções atípicas.

Concluimos, ainda, que os órgãos instituídos com a finalidade de exercer parcela do poder estatal controlam-se reciprocamente, de forma que cada poder exerce suas competências e controla a atuação dos outros.

A esse sistema em que cada poder exercita suas competências típicas e também fiscaliza o exercício dos outros denomina-se sistema de freios e contrapesos.<sup>6</sup>

O ilustre jurista Alexandre de Moraes (2000, p. 69), ao comentar o sistema de freios e contrapesos, tece a seguinte assertiva:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. Tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. Quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

---

<sup>6</sup> Esse sistema é denominado pelos norte-americanos de *checks and balances*.

Os mecanismos de controle recíproco encontram-se inscritos na Constituição Federal.

Nesse diapasão, o Poder Legislativo será controlado pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.

O Poder Executivo exerce a fiscalização, dentre outras formas, por intermédio: a) da edição de medidas provisórias; b) possibilidade de o Presidente da República exigir o regime de urgência em projetos de lei de sua autoria e; c) participação no processo legislativo ordinário por meio de deliberação executiva – sanção ou veto.<sup>7</sup>

Por seu turno, o Poder Judiciário controla o Legislativo, por exemplo: a) pela elaboração de seus próprios regulamentos, regimentos internos e organização de seus serviços; b) exercício do controle difuso de constitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público; c) competência do Supremo Tribunal Federal declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal.<sup>8</sup>

Da mesma forma que ocorre com o Legislativo, o Poder Judiciário será fiscalizado pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Concernentemente ao controle efetuado pelo Executivo sobre o Judiciário, podemos citar, à guisa de exemplo, a livre escolha e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.<sup>9</sup>

Em relação à fiscalização exercida pelo Legislativo sobre o Poder Judiciário podemos citar, a título de exemplo: a) a possibilidade de concessão de anistia, posto exista decisão judicial com trânsito em julgado e; b) a criação de comissões parlamentares de inquérito com “poderes de investigação

---

<sup>7</sup> Cf. arts. 62, 63 e 66, todos da Constituição Federal de 1988.

<sup>8</sup> Cf. Constituição Federal, arts. 96, 97 e 102, I, a.

<sup>9</sup> Cf. arts. 101 e 104 da Lei Suprema.

próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas".<sup>10</sup>

Demais disso, há previsão constitucional de controle do Poder Executivo pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Exemplificativamente, o Poder Legislativo exerce a frenagem do Poder Executivo por intermédio da: a) autorização, concedida ao Presidente da República, para declarar guerra e fazer a paz; b) resolução sobre tratados e convenções com países estrangeiros celebrados pelo Presidente da República; c) sustação dos atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; d) deliberação sobre o veto presidencial, podendo derrubá-lo por maioria absoluta; e) aprovação do estado de defesa e; f) autorização para o Presidente da República decretar o estado de sítio.<sup>11</sup>

No tocante ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, podemos apontar, a título de exemplo: a) a possibilidade de não se permitir que o Presidente da República conceda a extradição, se ausentes os requisitos exigidos pela legislação vigente; e b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos editados pelo Poder Executivo.<sup>12</sup>

Dentre os exemplos de controle citados retro, destacamos a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos que exorbitem do poder regulamentar e o controle de constitucionalidade dos atos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Nestas duas hipóteses há situações similares: o Poder Executivo edita um ato normativo irregular<sup>13</sup> – v.g. um decreto – cabendo a um ou outro dos poderes instituídos restituir o Estado à legalidade. Explicamos: se o Chefe do Executivo exorbitou de sua competência ao expedir um regulamento, seja

---

<sup>10</sup> Cf. Constituição Federal de 1988, arts. 48, VIII e 58, § 3º.

<sup>11</sup> Cf. arts. 48, X e XI; 49, I e V; 57 IV; 66, 4º; 136, 4º; e 137, da Constituição da República.

<sup>12</sup> Cf. arts. 5º, LI e LII; 96, I, f, e 102, I, a, da Constituição Federal.

<sup>13</sup> Estamos utilizando a expressão *irregular* para indicar qualquer espécie de vício que possa acometer um ato normativo.

contrariando a Constituição Federal, a lei, ou criando direitos e obrigações, caberá àqueles outros poderes exercer seu controle e restabelecer a ordem jurídica vigente.

Destarte, inconcebível que o regulamento contrarie o ordenamento jurídico-constitucional vigente ou que ele inove a ordem jurídica, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes e ao princípio da legalidade, já que, nos termos do inciso II do artigo 5º da Constituição da República, somente a lei pode criar obrigações.

Estas, em linhas gerais, o controle exercido por um Poder sobre outro.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das ponderações contidas neste artigo podemos afirmar que a Constituição da República erigiu a separação de Poderes à condição de cláusula pétrea. Os Poderes são autônomos, harmônicos e se controlam mutuamente.

Constatamos, ainda, que os Poderes possuem funções que lhe são preponderantes, contudo elas não são exclusivas. Assim, ao Legislativo cabe, precipuamente, legislar; ao Judiciário compete exercer a função jurisdicional – *dizer o direito* -; e ao Executivo a administração do Estado. Não obstante isso, eles também exercem outras funções. Assim, os dois primeiros exercem função administrativa, quando, *v.g.*, nomeiam seus servidores; enquanto os dois últimos também exercem, por vezes, funções normativas.

Analisamos, também, o sistema de freios e contrapesos, mecanismo este que tem por escopo permitir que em determinadas situações um Poder possa intervir na atuação do outro, assegurando, assim, a observância ao ordenamento jurídico vigente.

Conclui-se, assim, que o controle que um Poder exerce sobre o outro – *checks and balances* – ocorre nas hipóteses em que eles estão exercendo função atípica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira: artigos 54 a 91, 3º Volume**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo:Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.