



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIA POLÍTICA – IPOL**

**RODRIGO GEAN SADE**

**A SEPARAÇÃO DE PODERES E**  
**O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS**  
**E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL**

Brasília, Distrito Federal

2021

**A SEPARAÇÃO DE PODERES E  
O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS  
E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para graduação no Curso de Ciência Política  
pela UnB – Universidade de Brasília

Orientação: Prof. Dra. Graziela Dias Teixeira

Brasília, Distrito Federal

2021

**A SEPARAÇÃO DE PODERES E  
O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS  
E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para graduação no Curso de Ciência Política  
pela UnB – Universidade de Brasília

Orientação: Prof. Graziela Dias Teixeira

Aprovado em:

---

Dra. Graziela Dias Teixeira

---

Data

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe VANIA MARIA GEAN SADE por todo amor, carinho e afeto ao longo de minha vida e que me ensina que o conhecimento e a sabedoria nos deve trazer acima de tudo a humildade.

À meu pai ALFREDO ANTONIO GOULART SADE (*in memoriam*) que sempre me protegeu em vida e me deu a maior referência de honestidade. Saudades eternas.

À minha orientadora, Professora Dra. GRAZIELA DIAS TEIXEIRA, atual Coordenadora do Curso de Graduação do Instituto de Política da Universidade de Brasília, por todo o carinho e apoio que tem me agraciado nos momentos mais difíceis. Obrigado Mestra.

Ao Mestre Professor Dr. TERRIE RALPH GROTH (*in memoriam*) pela parceria e o aprendizado de que temos que nos esforçar com afinco para o alcance da sabedoria. Sua imagem em minha memória é eterna.

À meu padrinho de formatura na graduação em Ciência Política Exmo. Sr. RUI ALBERTO PEIXOTO VASCONCELOS e minha tia LUZIA DE FATIMA PEIXOTO VASCONCELOS. Ao amigo Alberto Capanema, que contribuiu com seu conhecimento para esta dissertação.

À ROBERTO GEAN SADE, meu irmão-sócio, pela parceria, amizade e compreensão.

À minha irmã RENATA GEAN SADE, por ser minha irmã-amiga de sempre.

Aos meus tios FRANCISCA MEDEIROS VASCONCELOS, GERALDO MAGELA PEIXOTO VASCONCELOS e ELIANA MEDEIROS DE MIRANDA por todo carinho.

A todos os mestres do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília.

Agradeço a todos que de alguma forma acreditam em meu desejo de busca por um mundo melhor.

*... Andar com fé eu vou.*

*A fé não costuma faiá...*

## RESUMO

O presente trabalho trata acerca da teoria da separação dos poderes, que, apesar de ter suas primeiras linhas na antiguidade, foi através do filósofo iluminista Montesquieu o seu enraizar teórico na história.

Montesquieu elaborou uma teoria política na obra “O Espírito das Leis” (1748) no estudo das instituições inglesas. A obra discute o respeito às instituições e leis que inspiraram praticamente todas as constituições democráticas, que repousam na separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e que o exercício da função de cada um deveria ser controlado pelos demais poderes.

Nessa perspectiva da separação dos poderes há grande discussão acadêmica quanto aos limites de atuação ou interferência dos poderes uns aos outros, sendo que, o modelo de *checks and balances* propõe a independência e harmonia entre os poderes na República.

É possível afirmar que Montesquieu conseguiu demonstrar que, na essência, não há intromissão ilegal de um poder sobre o outro, quando tal ato trás, em sua essência, o bem-estar comum, derivando, assim, funções precípuas e harmônicas entre os poderes.

A teoria de Montesquieu foi arraigada no Brasil desde a primeira Constituição de 1889, sendo, a partir da Constituição de 1988, levando em consideração toda a peculiaridade contemporânea, uma adaptação no sistema institucional republicano brasileiro destacado nos atos do Poder Judiciário.

Nessa seara, o estudo abrange as justificativas razoáveis para o mecanismo de ação jurisdicional do controle de constitucionalidade legítimo efetuado pelo Poder Judiciário, com destaque ao modelo da representação argumentativa desenvolvido pela Suprema Corte brasileira, orientada nas premissas de Montesquieu na teoria da separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos.

Palavras-chave: tripartição de poderes; Montesquieu; república; poder judiciário, representação argumentativa.

## **ABSTRACT**

This dissertation deals with the theory of the separation of powers, which, despite having its first lines in antiquity, was through the Iluminist philosopher Montesquieu his theoretical roots in history.

Montesquieu developed a political theory in the work "The Spirit of Laws" (1748) in the study of English institutions. The work discusses respect for the institutions and laws that inspired virtually all democratic constitutions, which rest on the separation of legislative, executive and judicial powers.

In this perspective of the separation of powers, there is a great academic debate about the limits of performance or interference of powers to each other, and the model of checks and balances proposes independence and harmony between the powers in the Republic.

It is possible to affirm that Montesquieu managed to demonstrate that, in essence, there is no illegal intrusion of one power over the other, when such an act brings, in essence, the common well-being, thus deriving primary and harmonic functions between the powers.

Montesquieu's theory was ingrained in Brazil since the first Constitution of 1889, and, from the 1988 Constitution, taking into account all contemporary peculiarity, an adaptation in the Brazilian republican institutional system highlighted in the acts of the Judiciary.

In this area, the study covers reasonable justifications for the mechanism of judicial action for the control of legitimate constitutionality carried out by the Judiciary, with emphasis on the argumentative representation model developed by the Brazilian Supreme Court, guided by Montesquieu's premises in the separation of powers theory with the system of checks and balances.

Keywords: tripartition of powers; montesquieu; republic; judiciary, argumentative representation.

## SUMÁRIO

Agradecimentos .....	3
Resumo.....	5
Abstract.....	6
Introdução .....	9
Justificativa .....	9
Objetivos .....	10
Metodologia .....	10
<b>DESENVOLVIMENTO.....</b>	<b>11</b>
Histórico da Teoria da Tripartição Dos Poderes.....	11
A Teoria da Tripartição dos Poderes no ensaio de Montesquieu.....	16
A Teoria da Tripartição dos poderes na CF/88.....	27
O Sistema de Freios e contrapesos e atuação do Poder Judiciário no Brasil.....	33
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>49</b>



## INTRODUÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado é um estudo acerca da Teoria da Tripartição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em relação às suas autonomias, respeito aos freios e contrapesos, conforme os pressupostos de Montesquieu, partindo de seu contexto histórico desde o seu surgimento, a sua síntese, a sua evolução, a sua transformação, seus efeitos, as críticas à tese, o seu desenvolvimento e a sua aplicação na sociedade brasileira a partir de sua normatização constitucional, em especial á partir da Constituição Federal de 1988, quando é notório uma atuação mais frequente do Poder Judiciário frente as atribuições dos poderes Legislativo e Executivo.

Montesquieu elaborou a teoria da separação dos poderes (ou tripartição dos poderes) discorrendo a respeito das instituições no desenvolvimento de suas competências. No contexto da separação dos poderes há grande discussão acadêmica quanto aos limites de atuação ou interferência dos poderes uns aos outros, sendo que o modelo de *checks and balances* propõe a independência e harmonia entre os mesmos e que o exercício da função de cada um deveria ser controlado pelos demais poderes.

À partir da Constituição de 1988, levando em consideração toda a peculiaridade contemporânea, há uma adaptação no modo de atuação do Poder Judiciário frente ao seu papel mister de *executar as leis*, e no seu mecanismo de ação jurisdicional do controle de constitucionalidade, com destaque ao modelo da representação argumentativa desenvolvido pela Suprema Corte brasileira, orientada nas premissas de Montesquieu na teoria da separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos.

## JUSTIFICATIVA

Há a necessidade de verificar se há invasão de competência, supremacia ou mero dever legítimo de atuação nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que afeta a Teoria da Tripartição dos Poderes ou se prevalece a igualdade isonômica entre os mesmos no paradigma montesquiano, em virtude do permissivo

constitucional na aplicação e interpretação das normas em controle de constitucionalidade.

## **OBJETIVOS**

O objetivo do presente trabalho é o estudo acerca da Teoria da Tripartição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em relação às suas autonomias, o respeito aos freios e contrapesos adentrando os paradigmas pressupostos por Montesquieu, em que é exaltada uma relativização de harmonia e igualdade entre os mesmos (*checks and balances*) e discorrendo sobre a atuação do Poder Judiciário em sua função mister na aplicação da lei frente aos demais Poderes.

Nesse contexto cabe indagar, estão sendo aplicados de forma parcimoniosa os limites de “interferência” do Poder Judiciário em relação aos demais poderes? Essa atuação está se dando como o intérprete legal e constitucional ou existe uma intromissão pura e ilegítima?

É possível afirmar que diante dos paradigmas levantados por Montesquieu, este desenvolveu sua teoria em uma base rígida, sólida e inflexível em sua essência, de modo que, (não) há intromissão (i)legal de um poder sobre o outro, quando tal ato, trás, em sua essência, o bem-estar comum, derivando, assim, em uma função precípua e harmônica em relação aos outros Poderes. (?)

Mister se faz, então, a análise acerca do argumento da representação argumentativa desenvolvida pela Corte Superior Brasileira se é um mecanismo que, em sua ação, respeita o pressuposto da não intromissão de um poder sobre o outro ou há a possibilidade e legitimação para poder assim atuar junto as instituições?

Ao longo deste trabalho tais questões serão pormenorizadas e discorridas com o intuito de se concluir quanto aos erros e acertos desta situação no cenário político-jurídico-administrativo da República Federativa do Brasil.

## **METODOLOGIA**

A metodologia desenvolvida é de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental.

Dentro do referencial teórico analisado acerca dessa investigação, podem-se citar alguns conceitos relevantes e indispensáveis para a elaboração deste trabalho. De grande relevância atentar quanto ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos entendimentos sufragados pelos seus próprios Ministros que compõem a Corte Extraordinária, bem como na exemplificação pela jurisprudência nacional acerca do tema.

Nesse arcabouço normativo, será orientado através das obras bibliográficas com o intuito de não ultrapassar a linha racional-filosófica do estudo da Ciência Política e o Direito Constitucional, tanto no estudo sob o ponto de vista essencialmente jurídico como nos pormenores da necessária análise política.

Assim, o trabalho foi desenvolvido a partir dos estudos teóricos da obra de Montesquieu, com a análise de julgados, notícias jurídicas, monografia de mestrado e de doutorado, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **Histórico Da Teoria Da Tripartição Dos Poderes**

Acerca do surgimento da Teoria da Tripartição dos poderes, apesar de geralmente atribuída à Montesquieu, John Locke e Aristóteles, considerando-se em termos de paternidade, a separação dos poderes é uma teoria que, ao longo dos tempos, decorreu de uma profunda análise, seja no aspecto histórico, cultural ou no aspecto normativo da importância do poder estatal e sua função na coletividade e o estado democrático de direito.

A estratégia de separação dos poderes do Estado partiu de Platão (428-347 a.C.), em sua obra clássica “A República” (2004), onde é exposta a importância de se dividir as funções do Estado, para que não estivessem concentradas nas mãos de uma só pessoa sem os devidos princípios de educação e de instrução. Aliás, de qualquer forma, Platão afirmava que o homem perderia sua virtude se o poder estivesse concentrado em suas mãos, inclusive o filósofo-rei.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Montesquieu, na mesma linha de Platão alertava que “todo homem que tem em suas mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo, até que encontre algum limite”.

Em sua filosofia política, Platão não formulou uma teoria sobre a divisão de poderes. O tema não chegou a ser objeto de suas reflexões. Apontou, contudo, a necessidade de divisão de funções na pólis para se chegar à cidade justa. Ressaltou também os riscos da concentração do poder em uma única pessoa, que transformaria o governo em uma tirania, na qual o exercício do poder fundamenta-se no medo e na violência. (NASCIMENTO, 2017, p.25)

Aristóteles (1998) (384-322 a.C.) em sua obra “A Política”, discorreu na antiguidade clássica grega sobre a existência de três órgãos separados a fim de organizar o poder do Estado: o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

O Poder Deliberativo deveria ser soberano, com a atribuição de decidir sobre questões estatais, por exemplo, que caberia a Assembleia “decidir acerca da paz e da guerra, contrair alianças ou rompe-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar penas de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados” (1998, p.88), já ao Poder Executivo seria responsável na aplicação das decisões provenientes do Poder Deliberativo: “Após a Assembleia, vêm as magistraturas governamentais.” (1998, p. 90) e ao Poder Judiciário seria dada a função jurisdicional: “A ordem judiciária é o terceiro órgão da Constituição e do governo.” (1998, p. 98).

Assim, em todo governo deveriam existir três poderes essenciais e que o legislador prudente deveria acomodar a maneira mais eficiente para garantir a ordem e o bem comum.

Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição [...] A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas [...] por último relaciona-se como deve ser o poder judiciário. (Aristóteles, 2006:170).

Aristóteles não chegou a formular uma completa teoria da divisão ou separação dos poderes do Estado, mas encontramos, na Política, um primeiro esboço. Sua contribuição foi demonstrar a existência de funções distintas no governo, além de enfatizar o perigo de se atribuir a um só ente o exercício do poder. (NASCIMENTO, 2017, p. 38)

Nesse sentido, Dalmo Dallari preleciona que:

O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar” (NASCIMENTO 2017 *apud* DALLARI, 1995, p. 34)

João Calvino (1509-1564) apreciou as vantagens da democracia afirmando: “É um presente inestimável se deus permite que um povo eleja seu próprio governo e magistrados”. (GUEDES 2019 *apud* CALVINO, 2006, p. 210). A fim de reduzir o período do uso indevido do poder político, o mesmo sugeriu a criação de várias instituições políticas que deveriam se complementar e controlar mutuamente em um sistema de freios e contrapesos. (Ward, 2014, op. 25-26)

Em relação ao contexto histórico, Paul Fuhrmann dissertou acerca da tripartição dos poderes:

Mornay percebeu que, se o poder legislativo é o mesmo que o executivo, não há limites para o poder executivo. A única salvaguarda da liberdade e da segurança das pessoas é encontrada na separação dos poderes políticos. Com imponente seriedade, Mornay e os monarcômacos estabeleceram os quatro grandes princípios - soberania da nação, contrato político, governo representativo e separação de poderes - que realmente compõem todas as constituições modernas. (1965, p.64)

Em seguida, Maquiavel (2007) (1469-1527 d.C), no século XVI, na obra “O Príncipe”, também propôs um modelo de separação dos poderes, no qual revelou três poderes distintos: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

O Poder Legislativo, representado pelo parlamento, seria responsável por criar leis; o Poder Executivo, materializado na figura do monarca, teria a função de governar e administrar os interesses públicos e o Poder Judiciário, autônomo, foi atribuída a função jurisdicional.

Insta frisar que, na essência, Maquiavel observava na separação dos poderes o benefício do príncipe, pois sem ter que decidir conflitos ou editar leis, o rei estaria fazendo uma espécie de autopromoção, inclusive, poupando sua própria imagem.

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas. (DALLARI, 2012, p. 216)

No século XVII, originou-se a Revolução Constitucional na Inglaterra, denominada “Revolução Gloriosa” (1688-1689), a qual foi um evento, em parte não violento, por vezes chamado de revolução sem sangue ou comparada a um golpe de estado articulado e legitimado pelo Parlamento Inglês, ocasionando a denominada *bill of rights*.

Nas palavras de Ramos (2018, p. 39):

Ainda na Inglaterra, em 1689, após a chamada Revolução Gloriosa, com a abdicação do Rei autocrático Jaime II e com a coroação do Príncipe de

Orange, Guilherme III, é editada a “Declaração Inglesa de Direitos”, a “*Bill of Rights*” (1689), pela qual o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. Não é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se “que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento”; “que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento” e que “a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento.

Assim, desenvolveu-se na Inglaterra a representação de interesses da sociedade inglesa, havendo uma limitação ao poder do rei, já denotando a separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, ficar sujeito ao arbítrio deste. (COMPARATO, 1999, p. 80-81).

Dessa forma, a divisão de atribuições e competências entre as instituições do governo, impossibilitava a concentração de decisões políticas nas mãos de uma única pessoa, otimizando a forma a qual a administração do Estado inglês era exercida.

Na realidade inglesa após a Revolução Gloriosa, é explicitado:

os órgãos políticos estavam separados (Rei, Casas Legislativas e Altas Cortes), mas operavam juntos no mesmo e unificado espaço institucional: o Parlamento. Os três poderes eram órgãos de uma única e mesma instituição – o Parlamento. Compartilhavam da mesma soberania. A cooperação entre eles decorria tanto do ambiente favorável comum que dividiam quanto – não há esconder – dos virtuais, mas nem por isso menos eficazes, constrangimentos da instituição unificante e envolvente sobre cada um dos poderes individualmente. (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 59)

Nestas linhas, convém também destacar:

A mitigação paulatina do poder real ocorreu pela instituição de um governo misto, em que o rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns dividiam o poder, com a predominância de prerrogativas, em cada uma destas instâncias, em dado contexto histórico específico. Constituiu-se no primeiro sistema constitucional a adotar formalmente um regime parlamentar, marcando a supremacia do Parlamento que representava a vontade da população. Com a divisão de prerrogativas entre o rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns, iniciou-se a técnica de separação de poder, cuja realidade fática serviu de subsídio para que Montesquieu elaborasse seu modelo de checks and balances. (AGRA, 2018, p. 69)

Em continuidade, John Locke (1632-1704) também já apontava a necessidade da divisão e da não-concentração das funções judicativas, com base nas leis da natureza, e de executar os seus próprios julgados. (NASCIMENTO, 2017, p. 62)

Não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade. (LOCKE, 2003, p. 75).

Em sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, o mesmo divide os poderes em: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Federativo. O Poder Legislativo seria responsável pela elaboração das leis e deveria ser superior aos demais, pois todos deveriam estar submetidos às leis e essas deveriam ter como finalidade o bem do povo, o Poder Executivo foi incumbido de aplicar as leis e o Poder Federativo, que deveria ser vinculado ao Poder Executivo, foi atribuído a função de regular as relações internacionais do governo.

Destaque-se que, Locke considera então o Poder Legislativo como supremo:

“Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados” (LOCKE, 1994, p.76)

Destaque-se que Locke mencionou um Poder que emanaria do povo caso o Poder Legislativo se demonstrasse insuficiente: “Se o poder legislativo não respeitar os limites da duração ou se aqueles que o exercem perderem a autoridade pelas faltas que cometerem, o poder legislativo volta a reverter para o povo.” (2003, p. 76)

Em conseqüente, há a expressão de Montesquieu, o qual é dedicada parte própria, em virtude de ser o pensador crucial e influenciador da teoria da tripartição dos poderes, o que é a razão do presente trabalho.

Após o enraizar de Montesquieu, os Estados novos começaram a positivizar a tripartição dos poderes em seus ordenamentos. O Princípio da Tripartição dos Poderes foi positivado pela primeira vez em 1776, na Declaração de Direitos da Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América do Norte, conforme é disposto:

Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes); segundo disponham as leis. (EUA, 1776).

Assim, logo que consagrada como norma fundamental, a tripartição dos poderes foi considerada como princípio fundamental aos direitos dos homens, sendo destacada em praticamente todas as constituições democráticas no mundo, com as devidas achegas para este estudo a Constituição Norte-americana de 1787, com o destaque para a independência e a fiscalização entre os três poderes, de forma a proporcionar para cada um deles a função constitucional de controle sobre os demais; e, a Constituição Francesa de 1791, a qual resumia as realizações da Revolução Francesa e as propostas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

#### Acerca da Constituição Norte-americana de 1787:

A Constituição Americana de 1787 contemplou a teoria da divisão dos poderes. O poder passou a ser necessariamente partilhado. As ideias defendidas por Locke e Montesquieu foram colocadas em texto escrito de forma didática, foram reservados os três primeiros artigos de um total de sete para cada um dos poderes. (NASCIMENTO, 2017, p. 137)

Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não de uma casta ou estamento. (PIRES, 2019)

### **A Teoria Da Tripartição Dos Poderes No Ensaio De Montesquieu**

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Pedro Vieira Motta (1987), em estudo da obra de Montesquieu, “O Espírito das Leis” destaca duas ordens de conclusões relevando que a sua construção era rigorosamente científica, sendo que muitos escreveram sobre governo e política anteriormente, porém, filosoficamente ou por raciocínios dedutivos e apenas a ligeira observação da sociedade.

Montesquieu foi o primeiro a estudar política e Direito Constitucional de modo científico, sendo aplicado em seu estudo o modo indutivo<sup>2</sup> (1987, p. 7), método mais

---

<sup>2</sup> No método indutivo vai-se do particular para o geral; comparando casos particulares, apura-se o que há, neles, de comum; conclui-se por uma síntese. Como se vê, ele implica a pesquisa de dados e, depois, um trabalho de elaboração. Exige, como exigiu Montesquieu, operosidade, honestidade, competência. Em compensação, é mais seguro, e por isso mais fecundo para as ciências.



utilizado nas ciências sociais, já que o experimental é quase privativo das Ciências Físicas e Biológicas.

No seu prefácio, Montesquieu afirma:

De começo, examinei os homens, e, conclui que eles, naquela infinita diversidade de leis e costumes, não eram conduzidos unicamente pela fantasia... Os meus princípios, não os tirei de meus preconceitos, mas da natureza das coisas. (1987, p.7)

A segunda premissa seria quanto a idoneidade do cientista, pois no campo das Ciências Físicas e Biológicas, um erro, uma mistificação tão constatados logo, evidenciados por uma demonstração, uma experiência, objetivamente. No campo das Ciências Sociais, ao contrário, tudo se presta a discussões, a “meu ponto de vista”. Raramente pode evidenciar-se logo o equívoco ou a mistificação mercenária. Por isto importa, nestas matérias, constatar tanto a competência do autor quanto sua idoneidade. E é o que ora se apura em Montesquieu. Ele, por entregar-se à pesquisa social com dedicação e escrúpulo religiosos, fundou suas conclusões em rigorosas induções. Seus ensinamentos são científicos. Tanto assim que prevalecem ainda hoje, (1987, p.8)

Embora a imutabilidade das leis naturais, os compêndios científicos revelam a evolução que se operou no conhecimento, não “na relação necessária derivada da natureza das coisas” (NADER, 2018, p. 177).

Um exemplo prático para o paradigma está na forma com que o poder judiciário lida no julgamento de processo. O Juiz profere uma Sentença, onde sendo improcedente o pedido do autor, ou um julgamento errôneo, derivado de uma nulidade explícita, há a possibilidade do recurso cabível que é a Apelação ao tribunal *ad quem*, cabendo também, do julgamento deste, outros recursos aos tribunais especiais ou extraordinário, ou seja: “A justiça superpõe julgamentos e julgamentos, reconhecendo, confessando o quanto erram os juízes.

Ora, se na justiça se erra tanto só pela insegurança das deduções, que dirá na política, onde tantas vezes sofisma-se, não se quer raciocinar. (MOTA, 1987, p. 8)

O direito positivo é formulado pelo homem aplicado a razão. Mas o homem, nessa formulação, não age só pela razão, pelo raciocínio teórico, arbitrariamente. Tem de atender às condições de vida do seu povo. Tem de ater-se a todas essas condições. Com lógica. (MOTA, 1987, p. 8)

Montesquieu sempre adstrito à indução, concluiu por um discreto determinismo científico, isto é, que as instituições políticas, assim como os institutos e normas jurídicas em geral, não são estabelecidas pelos homens a seu alvedrio – “conduzidos unicamente por sua fantasia” – Esse conjunto de condições é o que gera o “espírito das leis” e que, hoje, dominam a Ciência Jurídica. (MOTA, 1987, p. 12-13)

Crucial destacar que para Montesquieu, não há se falar em liberdade se não houver a tripartição de poderes:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168)

Montesquieu, seguindo a base aristotélica, definiu a existência de três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico, considerando as definições, que o governo republicano é aquele onde o povo no seu todo, ou somente uma parte do povo, tem o poder soberano; o monárquico, aquele onde só um governa, mas por leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despotismo, um só, sem lei e sem regra, arrasta tudo segundo a sua vontade e os seus caprichos. Eis aí o que eu chamo a natureza de cada governo (1994, p. 83).

Na lição de Montesquieu são apontadas as características das Repúblicas: a) temporariedade, com mandato fixo e vedação a reeleições sucessivas; b) eletividade do governante pelo povo; c) responsabilidade do governante, diante do dever de prestação de contas. Assim é que, como destaca Montesquieu, numa república democrática “é tão importante regulamentar como, por que, a quem, sobre o que os sufrágios devem ser atribuídos, quanto o é, em uma monarquia, saber quem é o monarca e de que maneira deve governar”. (MACHADO, 2018, p. 34)

Quanto ao Estado este é subdividido em três Poderes: o Poder Legislativo; o Poder Executivo das coisas, que se traduz no Poder Executivo propriamente dito; e o Poder Executivo dependente do direito civil, que é o poder de julgar. Os Poderes

Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter suas atribuições divididas, para que cada poder limite e impeça o abuso uns dos outros. (PELICIOLO, 2006, p. 26)

Sobre o Poder Executivo, discorre Montesquieu:

O poder executivo deve estar nas mãos de um monarca porque essa parte do governo, que quase sempre requer uma ação instantânea, é melhor administrada por um, do que por muitos, enquanto o que depende do poder legislativo é freqüentemente melhor ordenado por muitos, do que por uma única pessoa. (1998, p. 193)

Montesquieu concluiu que “na República, o povo no seu todo tem o poder soberano, é uma democracia” (1994, p. 84).

Um estigma para Montesquieu era quanto a prevalência da Constituição em relação aos governos, citando Aristóteles:

Pois que as palavras Constituição e Governo significam a mesma coisa, pois o governo é a autoridade suprema nos Estados, e que necessariamente essa autoridade suprema deve estar nas mãos de um só, de vários ou da multidão, segue-se quando um só, ou vários, ou a multidão usam da autoridade tendo em vista o interesse geral, a Constituição é pura e sã; e que se o Governo tem em vista o interesse particular de um só, de vários ou da multidão, a Constituição é impura e corrompida. (MOTA 1987, p. 15 apud MONTESQUIEU 1970)

O objetivo de Montesquieu na prevalência da Constituição sobre os poderes e os governantes visava exatamente afastar o perigo do despotismo. A separação dos poderes é discutida como a forma de evitar a concentração nas mãos de uma só pessoa. Sua instituição é a transição do Estado Absolutista (ou despótico) para um estado liberal, caracterizado modernamente pelo Estado Democrático de Direito. Este apartamento das atividades, entretanto, não é rígido, havendo interferências recíprocas em que cada Poder, além de exercer suas competências, também influencia nos demais. (PINHO, 2006, p. 50)

Montesquieu, assim como inúmeros filósofos citados, parte de uma desconfiança em relação a quem detém o poder, afirmando que quem tem muito poder, tende a abusar dele, e, desta forma, define como fundamental o modelo organizacional da separação dos poderes, sem acúmulo de poder por um mesmo órgão, sendo cada um exclusivo e independente em sua competência própria.

a terminologia separação de poderes foi expressa de forma errônea, porque na verdade o poder que resvala da soberania é uno. O que se reparte são as funções realizadas por esses poderes, de acordo com o que fora estipulado pela Constituição em cada país. (AGRA, 2018, p. 149)

Como decorrência da própria separação e da independência das funções desenvolvidas no âmbito do Estado, Montesquieu criou o Sistema de Freios e

Contrapesos, que significava a limitação do poder pelo próprio poder; ou seja, cada poder deveria ser autônomo e exercer a função que lhe fora atribuída, ao passo que o exercício desta função deveria ser controlado pelos demais poderes. (MONTESQUIEU, 1998).

O Sistema de Freios e Contrapesos é formado pela “faculdade de estatuir” e pela “faculdade de impedir”, possibilitando a influência mútua e o controle recíproco entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A “faculdade de estatuir” deve ser interpretada como o poder de ordenar ou corrigir o que foi por outro ordenado; enquanto a “faculdade de impedir” consiste no poder de tornar nula a ação efetuada por outrem. (PIRES, 20114 *apud* MONTESQUIEU, 1998).

A aplicação das faculdades possibilita ao Legislativo examinar o modo como foram executadas as leis que elaborou, bem como, permitem ao Executivo o poder de frear iniciativas que tornariam o Legislativo em um poder despótico (PIRES, 2014 *apud* MONTESQUIEU, 1998).

O estudo de Montesquieu propõe uma cooperação mútua entre os poderes através de um controle recíproco, afinal, partindo da premissa que a soberania estatal é una e indivisível, tal separação dos poderes se dá apenas no âmbito organizativo-funcional.

Os poderes devem se controlar de forma moderada, o que permite, assim, o poder de veto entre os poderes, com o intuito de promover a harmonia e equilíbrio entre os poderes. O poder do Estado deveria se dividir em funções específicas, (especialização funcional), atribuídas a órgãos independentes (independência orgânica), possibilitando a limitação do poder em razão da sua incompletude.

De acordo com Souza Junior:

Os poderes, para Montesquieu, deveriam estar separados funcionalmente, ou seja, cada função seria atribuída a cada órgão da forma mais especializada possível. E os poderes deveriam estar separados organicamente: os órgãos deveriam ter independência recíproca, equipotência, num radical pé de igualdade, a separação orgânica e separação funcional criariam um círculo de causação circular, de que resultaria uma ordem política com liberdade e concórdia. (2002, p. 59)

Essa divisão de funções estatais deveria servir para garantir um controle recíproco entre os diversos detentores do Poder com o fito de evitar abusos e exageros de quaisquer de seus membros.

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 Poder Executivo, só participando da Legislação pela faculdade de impedir, não poderia entrar no debate dos negócios. Nem é necessário mesmo ele formular proposições, porquanto, podendo sempre desaprovar as resoluções, pode rejeitar as decisões

relativas a proposições que ele desejaria não fossem apresentadas (MONTESQUIEU, 1998, p. 179)

A liberdade de cada um dos poderes políticos seria limitada pela liberdade dos demais, ensejando "um movimento natural das coisas, uma mão invisível, apta a proporcionar, necessária e independentemente de qualquer poder superior de autoridade, a garantia da própria liberdade e a indução da harmonia e da concórdia" (Souza Junior, 2002:60).

"Para que não se possa abusar do poder, é preciso, pela disposição das coisas, que o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de tal forma, que ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite" (Montesquieu, 2006:164-165).

Porém, também há que se perceber "de modo relativo" a ideia de três poderes harmônicos e independentes entre si, sendo eles o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

"A democracia é um poder moderado por excelência". (MOTA, 1987, p. 19)

Desse modo Eisenmann (1933, p. 173), assinala que se deve buscar em Montesquieu "uma combinação, fusão ou ligação dos poderes". Assinala Althusser (1971, p. 130) que, lendo-se o texto "Do Espírito das Leis" com especial atenção, deduz-se logo que, por exemplo, o executivo, de fato, interfere no legislativo, pois o rei goza do direito de veto. O legislativo, por sua vez, poderá "exercer um direito de vigilância sobre o executivo" no controle da aplicação das leis que votou, podendo, inclusive, "pedir contas aos ministros".

Nota Althusser (1971, p. 131), que "o legislativo interfere seriamente no judiciário", erigindo-se em tribunal em casos especiais: no julgamento dos nobres pelos seus pares, formadores da Câmara Alta; na anistia; em processos políticos "que serão julgados perante o tribunal da Câmara Alta, sob a acusação da Câmara Baixa". Nessas circunstâncias torna-se difícil estabelecer algum tipo de conciliação entre os poderes, levando-se em conta as diversas interferências se dão entre eles, e o que se denomina de "separação". (1971, p. 133).

Detalhando-se a Doutrina de Montesquieu, percebe-se que antes dele, a confusão de poderes imperava por toda a parte, e sempre. Depois dele os Estados, uns após os outros, adotaram sua doutrina, de sorte que, hoje, todo país, salvo exceções, tem três poderes, e estes conceituados conforme a doutrina monstesquiana.

Indaga-se: O problema básico da Política e do Direito Constitucional, ao longo do século XX-XXI não é o equilíbrio dos poderes? Montesquieu já havia percebido e havia formulado o problema.

Prelecionou:

Para formar um governo moderado, precisa 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” (MOTA, 1987, p. 25)

E Segue:

Sendo seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual 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.” (1987, p. 22)

Mota destaca cruciais anotações quanto aos problemas da “frustrada” harmonia entre os poderes – em destaque em relação ao Poder Judiciário, destacando que o papel do Poder Judiciário é até modesto politicamente, pois não se concebe o poder judiciário se posicionar no sentido de frear, embaraçar outro poder. Todo posicionamento do judiciário há de apresentar um conteúdo ético que lhe é essencial: há de ser justo, imparcial. E isso já limita sua capacidade de manobrar. Sabia-o Montesquieu como ex-magistrado. (1987, p. 26)

Dentro deste paradigma, o Poder Judiciário é o aplicador das leis por excelência. Seu trabalho consiste, em princípio, na aplicação das leis, leis elaboradas pelo legislativo, com a participação do executivo, mas inteiramente à revelia dele, judiciário. Donde referia-se Montesquieu a ele como “a boca que pronuncia as palavras da lei. (MOTA, 1987, p. 22)

Curial destacar que “a função jurisdicional se exerce através de servidores bem selecionados, e através de uma técnica apurada, que é o processo do contraditório, no qual precisamente aquela função se reparte, e se reparte por órgãos independentes, que se fiscalizam em uma subdivisão de poderes. (MOTA, 1987, p. 26)

Cada poder para ser independente e conseguir frear o outro, necessita de certas garantias, franquias constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre os poderes e a

desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o Despotismo e a ditadura. (MOTA, 1987, p. 27)

Importantíssima a consideração de que:

O que Montesquieu ressalta é a divisão dos poderes; não a sua harmonia. A divisão no sentido de terem eles funções próprias, não exercitáveis por outro poder. Funções que se interlaçam muitas vezes, cada Poder concorrendo, dentro da sua esfera, para um desiderato comum, único. Mas mesmo nessa colaboração, afirma-se a divisão entre eles. Ao atuarem juntos, cada qual intransigente nas suas funções, resultará politicamente, não por expressa disciplina legal, a harmonia entre eles. É assim que se compreende não agirem os poderes isolados, em áreas estanques, mas agirem concorrentemente, e no entanto independentes, dentro da realidade política, naturalmente dinâmica. (MOTA, 1987, p. 27)

Inclusive “Na república as disputas são normais, saudáveis, por ela funda-se na competição. Os acordos não de constituir exceção. Se frequentes, são conchavos, a paz dos charcos, tão comuns em repúblicas sul-americanas”. (MOTA, 1987, p. 27)

Sempre que se vir todo mundo tranquilo, num Estado que se dá o nome de República, pode-se estar certo de que a liberdade aí não existe. Ali Montesquieu compara política com música: “a harmonia resultará de dissonâncias”. (MOTA, 1987, p. 27)

A concepção de Montesquieu foi retomada por Ihering em sua preciosa monografia *A luta pelo Direito*: na realidade política, como na sociedade em geral, o equilíbrio se estabelece através da emulação; resulta da convivência, da necessidade da convivência. (2002)

Embora todo sofisma produzido por Montesquieu, muitas são as críticas que se formulam contra ela, a começar por Jean-Jacques Rousseau para quem, argumentando que a soberania de um Estado é indivisível, não pode logicamente ser desmembrada. A esta crítica se acrescenta a observação de Carré de Malberg, que destaca o fato de que, para que o poder pare o poder, as funções do Estado devem ser equivalentes. Mas eles não são. São hierárquicos, estando a função executiva subordinada à função legislativa. Conclui-se que a hierarquia de funções leva à hierarquia de órgãos. A teoria da separação de poderes seria, portanto, absurda. Na verdade, não é essa teoria que é absurda, mas a interpretação moderna que dela foi feita. (GRILLO, 1992)

Há críticas no sentido de que a separação de poderes, tal qual entendida por Montesquieu, é irrealizável, porque, exigindo que cada função material do poder

estatal seja atribuída em sua totalidade a um órgão ou grupo de autoridades especial, independente, tratando livremente, soberanamente mesmo, na sua esfera própria de competência e constituindo assim um poder igual aos demais, a teoria de Montesquieu implica em uma divisão que não somente paralisaria o poder do Estado, mas como arruinaria sua unidade'. (CARRÉ DE MALBERG, 1920, p. 259)

Por óbvio, a visão formulada por Montesquieu apresentava algumas deficiências:

A visão de Montesquieu apresenta algumas deficiências. A separação de poderes por ele formulada não se identifica com a concebida na atualidade – sua importância reside no fato de ter sido o ponto inicial para a evolução da repartição de poderes, até chegar à forma praticada nos dias atuais. Exemplo da primariedade da repartição de poderes por ele estruturada é que o Executivo exerceria competência sobre uma matéria jurídica, o direito das gentes, cabendo ao Judiciário exercer competência sobre o Direito Civil. (AGRA, 2018, p. 124)

Fato é que, deve ser exaltado, até obviamente, o contexto histórico e cultural que influenciou o pensamento montesquiano. O próprio conceito de democracia, que desde a Grécia antiga vem sendo transformada e qualificada (positivamente ou não). E isso porque as repúblicas modernas são praticamente todas “aristocráticas”, onde existe a formação de uma classe privilegiada, que manda, ou manda mais, e que manda precipuamente atendendo aos seus interesses próprios. Estes estudos quanto as elites foram perfeitamente elaborados por Mosca (1982) (1858-1941) e Pareto (1916) (1848-1923), que aqui, não será adentrado.

Considere-se também que apesar da contemporaneidade (eterna) de Montesquieu, seu estudo científico era aplicado as pequenas repúblicas da antiguidade, e que, inclusive, há que se sustentar que o conceito moderno de democracia há de ser outro, para os grandes Estados – Democracia Econômica: “Torcer a verdade, teimar que o sol gira em volta da terra não constrói. Sofismar não aperfeiçoa a ciência. Nem a Ciência Física, nem Ciência Social.” (MOTA, 1987, p. 20).

Inclusive, de grande sabedoria, Montesquieu constatou que todo poder tende ao abuso. E, contra o abuso do poder político, preconizou a sua repartição. Para o abuso do poder econômico, foi semelhante. Ele profligou o “excesso de riquezas”. (MOTA, 1987, p. 21).

Montesquieu reputa a democracia o melhor governo, porém admite pode a Aristocracia equivaler-lhe “mais ou menos”. Montesquieu distingue o termo Aristocracias. A Aristocracia não implica necessariamente abuso político ou



econômico contra as camadas menos favorecidas da sociedade. Nela “desfrutar-se-á mais ou menos da felicidade do Governo Popular”, se se pautar pela Moderação em que se traduz o patriotismo dos privilegiados na Aristocracia. (MOTA, 1987, p. 22)

É bom lembrar, que o princípio, como desenvolvido por Montesquieu, é uma concepção voltada para a consecução dos ideais de um Estado liberal, destinada a salvaguardar o cidadão de um Estado onipresente. O princípio da separação dos poderes é uma garantia para a proteção, sobretudo, dos direitos fundamentais das liberdades clássicas como o direito a vida, a liberdade etc, devendo, logicamente, ser sempre considerado a permanente transformação natural da sociedade.

Houve, portanto, necessidade de adaptação da Teoria da Separação dos Poderes ao sistema político-constitucional atual, pois já não existe o antigo Estado Liberal, modelo utilizado para as regras estabelecidas por Locke, Kant e Montesquieu, sem que com isso nos afastemos das garantias básicas consagradas pelo constitucionalismo; mesmo porque devemos afastar a tentação de identificarmos o constitucionalismo unicamente com a Separação de Poderes, pois essa teoria foi elaborada no século XVIII, para controlar os regimes monárquicos e a aristocracia, e está contida na doutrina maior das garantias constitucionais.

Na concepção tradicional e idealizada, direito e política integram mundos apartados, que não devem se comunicar. Para realizar tal propósito, o Judiciário é dotado de garantias que visam a assegurar sua independência e os órgãos judiciais são vinculados ao direito posto. Vale dizer: limitar-se-iam a aplicar a Constituição e as leis, produtos da vontade do constituinte e do legislador, sem exercer vontade política própria nem atividade criativa. Essa pretensão de autonomia absoluta do Direito em relação à política é impossível de se realizar. As soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais. Nesses casos – ao menos neles –, a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega. (BARROSO, 2012, p.49)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)

(...) sou um fã de Heráclito de Éfeso. Eu também vejo o mundo – isso é até uma perspectiva epistemológica – em constante mutação. Heráclito, que talvez tenha sido remotamente o pai da dialética, dizia: "Tudo flui, tudo muda (Panta Rei, em grego), nada, ninguém pode mergulhar ou entrar duas

vezes no mesmo rio". Tanto a pessoa quanto as águas já se alteraram e se alteram permanentemente.

Eu modestamente costumo dizer aos meus alunos, logo na primeira aula, na aula inaugural, que as instituições sociais e os institutos jurídicos estão em permanente mudança. Isso ocorre com a família, com a propriedade, com o instituto dos contratos, e eu, como professor de Teoria do Estado, digo que o próprio Estado se altera permanentemente. O Estado da antiguidade não é o mesmo – o Estado que era na época dos antigos romanos, ou da Idade Média, ou da Idade Moderna – do Estado Contemporâneo. Tudo está a fluir permanentemente. (2016, on-line)

Ainda assim, há que se pormenorizar o próprio conceito de Montesquieu de que na separação de poderes, dentro do equilíbrio entre os poderes, cada poder recobriria exatamente uma esfera própria, isto é, uma função própria, sem qualquer interferência. Cada poder seria assegurado em cada esfera por um órgão rigorosamente distinto dos outros órgãos. Não só se poderia conceber nenhuma interferência recíproca de um poder sobre o outro, como nenhum membro de um poder seria responsável perante o outro.

Eisenmann comenta, entretanto, que essa teoria não existia em Montesquieu (SOUZA JUNIOR, 1980, p. 19-20) onde aparece

1. Que o Executivo interfere no Legislativo, porque o rei goza do direito de veto - "Se o Poder Executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes" (1962, p. 186)

2. Que o Legislativo pode, em certa medida, exercer um direito de vigilância sobre o Executivo, pois controla a aplicação das leis que votou e, sem que se trate de "responsabilidade ministerial", pode pedir contas aos ministros perante o parlamento - "Porém, se num Estado livre, o Poder Legislativo não deve ter o direito de sustar o Poder Executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas. Esta é a vantagem que este governo possui sobre o de Creta e o da Cadedemônia, onde os cosmos e os éforos não prestam contas de sua administração" (1962, p. 186)

3. Que o Legislativo interfere seriamente no Judiciário, pois, em três circunstâncias particulares, erige-se em tribunal: em todas as matérias, os nobres, cuja dignidade é necessário proteger de todo o contrato com as opiniões dos magistrados populares, serão julgados pelos seus pares da câmara alta, sob a acusação da câmara baixa - "os poderosos estão sempre expostos à inveja e, se fossem julgados pelo povo, não fruiriam do privilégio que, num Estado livre, o mais humilde cidadão possui de ser julgado pelos seus pares. Cumpre, portanto, que os nobres sejam levados não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante da parte do corpo legislativo composta de nobres (1962, p. 157 )

A primeira demonstração dos exemplos extraídos do texto de Montesquieu, revela que com tais interferências já não aparece tão pura a propalada separação. Mas ele vai mais adiante, procurando demonstrar, com igual método, que em

Montesquieu não se tratava de separação, mas de combinação, de fusão, e de ligação dos poderes.

Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que será, por sua vez, pelo Poder Legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo" (MONTESQUIEU, 1962, p. 186)

O filósofo francês Louis Althusser interpreta que Eisenmann mostra de maneira muito convincente que o verdadeiro objetivo de Montesquieu é precisamente a combinação, a ligação destas três potências. É que se trata, assevera, em primeiro lugar, de um problema político de relação de forças e não de um problema jurídico relativo à definição da legalidade e das suas esferas. Assim se esclarece o famoso problema do governo moderado. A moderação, a verdadeira moderação não é nem a estrita separação dos poderes nem a preocupação e o respeito jurídico à legalidade. A famosa separação dos poderes não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e o povo. (SOUZA JUNIOR, 1982, p. 20 *apud* ALTHUSSER, 1971)

Portanto, apesar das críticas ao que prelecionou Montesquieu, o estudo pormenorizado de sua teoria demonstra, às claras, que é inverídica a acusação de que havia engessamento das funções dos poderes, mas, pelo contrário, há a própria definição clássica dos freios e contrapesos, onde existem as funções típicas dos Poderes, porém, cabendo o ajustamento das condutas sempre com o fito de impedir o despotismo com o acúmulo do poder nas mãos de uma única pessoa ou poder.

## **A Teoria Da Tripartição Dos Poderes Na Constituição Federal Brasileira De 1988**

O primeiro ponto a se destacar é que, se a separação dos poderes está presente em todas as Constituições brasileiras, nem sempre foi ela posta em termos ortodoxos, ou seja, com os três Poderes clássicos, independentes e harmônicos, vedada de modo absoluto a delegação de atribuições.

As primeiras versões da consagrada separação dos poderes na Constituição Federal no Brasil ocorreram primariamente na Constituição de 1891 e na

Constituição de 1946, onde estava disposto os órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. (CF, 1891, Art. 15 e CF, 1946, Art. 7º, Inciso VII, alínea "b")

A Constituição do Brasil de 1891 teve considerável espelhamento norte-americano sendo também adotada a divisão de poderes naquele estilo. A chefia do Executivo era exercida por um Presidente da república com mandato de quatro anos. O Poder legislativo era bicameral. A Câmara dos Deputados representava o povo com seus membros eleitos em número proporcional à população de cada estado da Federação, respeitando-se o mínimo de quatro deputados por estado. O Senado abandonara o modelo imperial da vitaliciedade de seus membros, similar à Câmara dos Lordes inglesa, para tornar-se à Câmara da Federação, mas com três senadores eleitos por cada estado. Assim como expressamente previsto na Constituição Americana de 1787, os membros do poder Legislativo não podiam ocupar os cargos no Executivo, sem perder o mandato.

A vigência da primeira Constituição republicana enseja o funcionamento do mecanismo do equilíbrio dos poderes, com a atuação recíproca de cada um sobre os demais, na contenção de excessos, mecanismo que vai atuar, igualmente, no campo peculiar do legislativo, na interação exercida pelas duas casas do Congresso Nacional e, ainda, nos três níveis em que se desdobra a federação – União, Estados-membros, municípios. (MALDONADO, on-line)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – texto constitucional vigente, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, trouxe, assim como outras Constituições, o princípio da separação dos poderes de forma expressa, ao dispor, em seu art. 2º, que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”.

Fruto de um Poder Constituinte Originário, a Constituição de 1988 recebeu a alcunha de “Constituição Cidadã”, na feliz expressão do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, por ser amplamente voltada à defesa dos direitos e garantias individuais dos cidadãos. É fácil perceber, no atual texto constitucional, portanto, a retomada da influência dos ideais iluministas de Locke e Montesquieu na elaboração do nosso atual modelo de separação de poderes do Estado. (LINCK, 2008, p. 71)

O texto consagrou definitivamente a “divisão” do poder político do Estado, individualizando suas funções básicas em órgãos independentes e harmônicos, superando a ideia da prevalência de um sobre os outros. Mas para imprimir a noção

de equilíbrio, independência e harmonia, admitiu-se a possibilidade de interferência entre eles, na mais perfeita assunção do sistema de freios e contrapesos, através do qual, pela vigilância e controle recíprocos de uns sobre os outros, é preservado e garantido o cumprimento dos deveres constitucionais de cada um. (LINCK, 2008, p. 73)

O texto de 1988, seguindo a tendência das Constituições anteriores, dispôs de um modelo de “separação de poderes flexível”, de modo que, somada às funções típicas, os poderes legislativo, executivo e judiciário desempenham, também, funções atípicas, isto é, funções típicas dos outros poderes (PAULO, 2009, p. 385)

A ideia da separação dos poderes vincula-se à tentativa de não se permitir concentração do poder em um só órgão ou pessoa, estabelecendo-se o controle necessário para a garantia das liberdades individuais e do estado democrático de direito.

A divisão entre as funções de legislar, de executar e de se manifestar, julgando os conflitos, bem como entre as atividades necessárias à gestão do Estado em um ambiente de *res publica*, difundida como divisão de poderes, com atribuições precípuas, porém não exclusivas a cada um, é lição deixada pelos ensinamentos de Montesquieu.

Em relação a essa distribuição de competências, como sempre, o Legislativo tenha em mãos, de modo geral, a função legislativa, a ele são atribuídas muitas outras que, por sua natureza preponderante, seriam da órbita administrativa, como autorizações e aprovações (vejam-se os artigos 48 e 49 da Constituição, por exemplo). Igualmente, possui a competência para, por meio do Senado Federal, processar e julgar crimes do Presidente da República, no caso os de responsabilidade. Ademais, o Poder Legislativo exerce a função administrativa, relativamente à sua organização interna e seus serviços.

É também cediço observar que o Executivo, conquanto exerça as tarefas inerentes à função de administrar, não a abrange por inteiro, eis que o Legislativo administra e o Judiciário também o faz quanto a seus serviços. Ele legisla, ao menos quando autorizado pelo Legislativo, caso da lei delegada, afora a hipótese de organizar a administração e regular-lhe o funcionamento, inclusive extinguindo cargos públicos vagos por decretos autônomos (art. 84, incisos VI, “a” e “b”). Igualmente, edita medidas provisórias com força de lei (art. 62). Certamente ele só não julga, na medida em que o contencioso administrativo, no quadro brasileiro,

como o fazendário, não decide definitivamente os litígios. (FERREIRA FILHO, 2017, p. 67-81)

A CF de 1988, em seu artigo 62, prevê que "em caso de urgência e relevância, o presidente da república poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional". O § 3º do mesmo artigo esclarece e determina que "as medidas provisórias, [...] perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes".

No tocante ao veto presidencial, consagra-se essa possibilidade como importante instrumento de controle do exercício da competência legislativa do Congresso, permitindo-se ao Presidente da República, como lembrado por Montesquieu, a faculdade de impedir eventuais abusos na produção legislativa, pois, "se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque, podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes" (MONTESQUIEU, 1994, p. 174)

Portanto, assim temos, nessa interdependência autônoma entre os poderes, o controle do Poder Executivo sobre o Poder legislativo, dentro da seara dos freios e contrapesos:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

Assim como:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Como controle do Poder Executivo em relação ao Poder Judiciário, temos:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

Como controle do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo, temos o preceito do parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal de 1988:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Como controle do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, um bom exemplo é o disposto no parágrafo segundo do art. 103 da CF/88, que assim dispõe:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Outro importante instituto constitucional que bem traduz a interferência do Poder Judiciário nos atos da Administração Pública Direta ou Indireta (Poder Executivo) é a súmula vinculante (LINCK, 2008, p. 76), introduzida no ordenamento constitucional pátrio pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, assim prevista no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Já como controle do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo, tem-se:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

[...]

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

[...]

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

Completando as relações, tem-se o “controle” do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Portanto, dentro dos paradigmas buscados, na concepção da busca pelo bem estar-social, certo é que não há, logicamente, papéis fixos aos poderes determinados, devendo haver a equivalência resultando em atuações translativas para o fito do objetivo comum: o próprio bem-estar social promovido pelo *welfare state*, cabendo então, o dever conjunto e aliado, ou independente, no caso da omissão ou desrespeito às normas de atuação dos poderes na forma individualizada ou em sua forma pura dentro de sua competência legítima.



Deve ser percebido que a Constituição Federal em nenhum momento estabeleceu como único poder ou competência a um poder, como absoluto, e sim, cabendo ao Estado a promoção desses poderes, em linhas diretas, não há qualquer artigo ou fundamento, como exemplo: “*Cabe privativamente ao Poder Legislativo promover a saúde pública*”, o que demonstra assim, o caráter libertador do texto constitucional brasileiro, como um sistema de excelência de freios e contrapesos e harmonia entre os poderes e as instituições.

### **A Atuação Do Poder Judiciário No Brasil**

Montesquieu já definia o Poder Judiciário como a boca inanimada da lei, isto é, creditava ao Poder Judiciário apenas a função de repetidor da lei. O Poder Judiciário era considerado um poder nulo, a quem cabia somente a pronúncia literal daquilo que estava exposto na lei. Norberto Bobbio denomina a forma aguda desse fenômeno de “fetichismo da lei”, dessa forma, havia uma tendência a se ater escrupulosamente aos códigos. (1995, p.121)

Fato é que a necessidade de divisão no exercício das funções primordiais do Estado decorre da constatação da inconveniência da concentração do poder uno do Estado em um único órgão (ROBISON, 1987, p. 22), pois, como salientado por John Locke, se um único monarca for detentor de todo o poder, não existirá nenhum juiz nem haverá apelo algum possível para qualquer pessoa, capaz de decidir com equidade, imparcialidade e autoridade, e de cuja decisão se possa esperar alívio e reparação por qualquer injúria ou inconveniência causada pelo príncipe ou por ordem deste. (1998, p. 462)

É salutar dissertar sobre a definição da expressão *non liquet*, proveniente do latim, que significa: não está claro. Tal expressão era utilizada em casos nos quais o juiz não encontrava uma nítida norma jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar, em outras palavras, havia uma lacuna na lei e o juiz não se comprometia a julgar alegando incerteza jurídica. (SIQUEIRA, 2019)

Entretanto, no modelo constitucional adotado pelo Brasil há a proibição do *non liquet*, como está previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (1988) : “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”, nota-se que o juiz não pode se eximir do julgamento de um caso que lhe foi

facultado por alegar que existem lacunas na lei, pois, ainda que a lei seja omissa, o Direito é completo, dessa forma, o juiz deve decidir o caso se baseando em outras fontes do direito, como estabelecido pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) : “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (SIQUEIRA, 2019)

Nesse sentido, cabe ao poder judiciário a análise da legalidade e da constitucionalidade dos atos dos três poderes constitucionais, e, em verificando mácula ao ato impugnado, afastar a sua aplicação, em uma análise simples, cumprindo seu papel mister, deveras básico em uma interpretação restrita do paradigma montesquiano.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário a sua atuação na omissão legal, ou seja, cabe a esse poder a interpretação autêntica da norma, através de analogias, costumes ou princípios gerais do direito, a autoridade competente deve expandir o conteúdo legal, fonte primária do direito, a fim de obter uma resolução para os casos em que a lei for omissa.

Nestes termos, a lição de Hans Kelsen:

O chamado “juízo” judicial não é, de forma alguma, tampouco como a lei que aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma – uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como “lei”. (1987, p.21)

Faz-se pertinente, assim, inferir que tais integrações normativas constituem uma forma de ativismo judicial necessário, ratificando a tese de que essa atuação não é necessariamente prejudicial, pois auxilia na efetivação dos preceitos constitucionais, que apesar de adotar o modelo introduzido por Montesquieu, atribui ao Judiciário a função do poder decisório.

Em seu processo histórico de formação, o Poder Judiciário tinha sido relegado a um papel secundário na divisão de poderes. John Locke não atribuía na função jurisdicional como um poder autônomo do estado, estando os magistrados vinculados aos reis. Montesquieu, apesar de ter concebido o Judiciário como porta-voz da lei, negou-lhe a capacidade interpretativa da lei, sempre estando, portanto, alheio às decisões originárias dos outros poderes do estado, sendo que, apesar de se ressaltar essas premissas em diversos textos e entendimentos doutrinários,

verifica-se que tal assertiva não se demonstra fidedigna ao intuito pregado pelo nobre pensador.

Ainda assim, essa quebra de paradigma foi desenvolvido para a contemporaneidade a partir da Constituição Norte-Americana, tendo, a partir de então, o reconhecimento formal do Poder Judiciário como um poder do Estado no papel interpretativo da Suprema Corte, que, então, passou a exercer o controle de legalidade dos atos dos demais poderes, com base no princípio da supremacia constitucional.

O desenvolvimento do *judicial review* nos EUA colocou a Constituição no papel de paradigma máximo da ordem política. Os regimes democráticos no mundo passaram a adotar, cada um a seu tempo, o modelo de supremacia constitucional que veio a trazer uma nova perspectiva para as democracias ocidentais..

Historicamente, o *judicial review* nos Estados Unidos surgiu em virtude de uma disputa judicial em 1803, quando dois grupos políticos estavam disputando um cargo de juiz de paz no Estado de Maryland, sendo tal caso levado á apreciação da Suprema Corte. A decisão constituída como um *leading case* pelo Juiz Marshall (1755-1835) deu início ao controle de constitucionalidade das leis. O famoso caso *Marbury vs. Madison*, inclusive, deve ser ponderado, na medida que Hamilton já ressaltava o pressuposto de controle de constitucionalidade das leis:

Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a dos seus agentes. (2010, p. 479)

A supremacia constitucional deriva, por sua vez, da supremacia popular legitimadora da própria constituição, como lei maior disciplinadora do exercício do poder na sociedade política. O *judicial review*, portanto, tem legitimidade popular derivada da própria Constituição.

Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do poder Judiciário sobre o Legislativo. Sumente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que vontade legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias. (2010, p.480)

Inclusive, Hamilton adianta a interpretação fundamentadora de competência do Poder Judiciário de anular os atos legislativos contrários à Constituição como parte dos freios e contrapesos entre os poderes.

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as Constituições americanas, convém uma breve análise dos fundamentos. Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à constituição. Negar tal evidência corresponde afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem" (2010, p. 479)

Portanto, não há que se cogitar em interferência de um poder sobre o outro, e sim um dever legal, dever de agir, em respeito aos próprios freios e contrapesos, como também à própria atribuição legitimada proposta pela Constituição Federal.

O governo constitucional passa então a ser, no direito norte-americano, a alma da democracia moderna, cabendo exaltar que os fundadores daquela República pretendiam estabelecer um governo misto, que levasse em consideração o consenso entre os poderes. (KURLAND, 1986, p. 593)

Nos Estados Modernos, conseqüentemente, passou a prevalecer o objetivo inicial e principal da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes, qual seja, a finalidade de proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente, porém o direito constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, entendeu que essa fórmula, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (*checks and balances*). (MORAES, 2001, p. 360).

Essa missão constitucional atribuída ao Poder Judiciário no Brasil advém do seu projeto perfeito pelo jurista Rui Barbosa, Ministro da Fazenda do Governo Provisório no Brasil (1889-1891) que era declarado admirador dos Estados Unidos. O saudoso Constitucionalista brasileiro Afonso Arinos destaca "as reminiscências da

Constituição dos Estados Unidos afloram a cada momento, naquele texto de Rui Barbosa" (1976, p. 148)

Hodiernamente, não se interpreta mais o princípio da separação dos poderes sob o prisma de Estado meramente liberal, uma vez que a República Federativa do Brasil, conforme a feição que lhe deu a Constituição de 1988, é, um Estado do Bem Estar Social - *welfare State*, destaque-se, que influenciou a pedra fundamental na compreensão de Montesquieu.

Na caracterização da Separação dos Poderes, como garantia do constitucionalismo, portanto, mais importante que a rigidez clássica apontada por Locke, Kant e Montesquieu (neste de modo relativo), será a inexistência de concentração do Poder em um único e onipotente órgão e a presença de diversos mecanismos constitucionais de controles recíprocos.

Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno chama divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

Com a evolução político-social, não apenas se deseja um Estado protetor das liberdades clássicas, mas sim um Estado promotor de mudanças sociais, que atenda aos direitos sociais, econômicos e culturais. E, para tanto, especialmente para o controle da omissão governamental, a atuação do Poder Judiciário, assim como de outros órgãos de controle (Poder Legislativo e Ministério Público).

Nesse contexto, a polêmica circunda sob o aspecto da separação dos poderes quanto a impossibilidade ou ilegitimidade do Poder Judiciário na própria interpretação da lei ou na implementação de Políticas Públicas quando destacado a omissão do dever-fazer do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Convém sempre exaltar que a ideia da separação dos poderes se vincula à tentativa de não se permitir a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de um grupo restrito, estabelecendo-se o controle necessário para a garantia das liberdades individuais e da democracia.

Com a complexidade crescente da vida social e da administração pública, o alinhamento das funções ganhou ângulos de interpenetração, de tal sorte que, em muitos pontos, existe a coparticipação solidária entre os poderes. Cada qual, além de sua função específica, recebe missões paralelas da Lei Maior.

Karl Loewestein, parte da ideia de que a Separação de Poderes nada mais é do que

o reconhecimento de que por uma parte o Estado tem que cumprir determinadas funções – é o problema técnico da divisão de trabalho – e que, por outra, os destinatários do poder são beneficiados se estas funções são realizadas por diferentes órgãos, propõe a alteração de nomenclatura para separação de funções estatais, apesar de reconhecer a dificuldade de “desalojar um esquema mental que está profundamente enraizado e de que o dogma da separação de poderes é o mais sagrado da teoria e prática constitucional” (DANTAS, 2019 apud LOEWESTEIN).

Neste sentido, o judiciário legisla o seu regimento e exerce a administração interna; o legislativo, além de dispor sobre a própria administração, julga as contas prestadas pelo Presidente da República. O Senado Federal possui competência privativa para julgar, entre outros, o Presidente da República e o Vice-Presidente nos crimes de responsabilidade. O Presidente da República é competente para baixar decretos e editar medidas provisórias.

Aliás, já lembrava Montesquieu:

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 (1994, p. 25).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, caminha em sua interpretação considerando esta premissa conjunta em consideração a autonomia dos poderes em prol do que se denomina o bem comum.

Inclusive, deve ser mencionado o papel do Ministério Público, que tem como função precípua a fiscalização legal, e, assim, utiliza de sua prerrogativa a provocar os atos cabíveis ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo quando estes assim não o fazem, como no caso de políticas públicas.

Nos Estados Modernos, passou a prevalecer o objetivo inicial e principal da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes, qual seja, a finalidade de proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente, porém o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que essa fórmula, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado freios e contrapesos (checks and balances). (SIEGAN, 1995, p. 427)

Assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercem funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercer atos de soberania. (CLÈVE, 1993, p. 26)

Colocando o debate na medida, o órgão Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.238-MC, acompanhando voto do então Relator, Min. ILMAR GALVÃO, suspendeu a eficácia do artigo 9º, parágrafo 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, em hipóteses excepcionais, autorizava o Poder Executivo a limitar empenhos e movimentações financeiras dos outros poderes e órgãos autônomos.

Tais questões desde o surgimento da república foram palco de apreciação pela corte suprema, cabendo, porém, ressaltar, que só à partir da Constituição de 1988 houve o destaque ao enfrentamento da consideração desses elementos de atuação do Poder Judiciário frente aos demais poderes.

Inúmeros casos então foram apreciados, o que formou uma jurisprudência assente na corte quanto a alegação de contrariedade ao artigo 2º da Constituição Federal (separação dos poderes), sendo pacificado o entendimento no sentido de que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais poderes, não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, cabendo aqui exemplificar

CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ATO DO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. DECISÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SÚMULAS 279, 280 E 454. AGRAVO IMPROVIDO.

- Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação.

(...)” (BRASIL, 2007, on-line).

PODER JUDICIÁRIO: INDEPENDÊNCIA, AUTOGOVERNO E CONTROLE. A administração financeira do Judiciário não está imune ao controle, na forma da Constituição, da legalidade dos dispêndios dos recursos públicos; sujeita-se, não apenas à fiscalização do Tribunal de Contas e do Legislativo, mas também as vias judiciais de prevenção e repressão de abusos, abertas não só aos governantes, mas a qualquer do povo, incluídas aos que dão acesso a jurisdição do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, n). O que não admite transigências é a defesa da independência de cada um dos Poderes do Estado na área que lhe seja constitucionalmente reservada, em relação aos demais, sem prejuízo, obviamente, da responsabilidade dos respectivos dirigentes pelas ilegalidades, abusos ou excesso cometidos. (BRASIL, 1992, on-line)

“(…) ACESSO À EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL. CONTROLE JUDICIAL. ATO ADMINISTRATIVO ILEGAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da República, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Público e pela sociedade, configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário. 2. O Poder

Judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos. 3. Agravo regimental não provido” (BRASIL, 2012, on-line)

Fato inconteste é que houve a expansão dos poderes do STF, especialmente a partir da Constituição de 1988 com a maior ação do Ministério Público e legitimados com poderes para ajuizar Ação Civil Pública (ACP), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) ou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) que, em termos, resultaram nos mecanismos da “judicialização da política” ou do “ativismo judicial” dos juízes e cortes brasileiras.

#### Acerca da judicialização da política

A judicialização da política é um fenômeno jurídico entendido como detentor de quatro eixos definidores: (i) o aumento do impacto de decisões judiciais em causas políticas e sociais; (ii) o processo em que conflitos políticos são levados ao Judiciário para uma resolução; (iii) em um âmbito discursivo, judicialização da política reflete o nível pelo qual a legitimidade de um governo é continuamente construída junto da percepção da sociedade da capacidade e credibilidade de se manter o Estado de direito e proteção de direitos; (iv) o uso crescente do sistema judiciário por agentes e grupos políticos a fim de gerar uma mobilização em torno de interesses políticos, sociais e econômicos específicos (DOMINGO, 2010)

Segundo alguns autores o enfoque jurídico na política estaria dividido em três grandes categorias de judicialização da política: (i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos jurídicos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; (ii) a judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; (iii) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política. (HIRSCHL, 2009)

Quanto à questão do Ativismo Judicial existe uma divergência sobre a origem de seu termo, sendo que prevalece o entendimento designado pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr., em 1947, em uma matéria jornalística para a revista “Fortune”. No artigo, o jornalista teve a missão de construir o perfil político e ideológico dos membros da Suprema Corte norte-americana para aprovação do plano político-econômico conhecido como *new deal* pós-grande depressão de 1930, onde seriam analisadas questões (in)constitucionais, tratando-se, portanto, da análise de questões em que se busca o Poder Judiciário para resolver questões que,



primordialmente, deveriam ser resolvidas no âmbito dos outros poderes (legislativo e executivo). (SCHLESINGER JR, 1947).

Assim, tendo aspecto positivo ou negativo, esses fenômenos são colocados como uma nova disposição do judiciário no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos decisórios, atingindo questões que antes eram reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Neste cenário, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal do Brasil provocou uma mudança no padrão institucional democrático brasileiro, trazendo para si, o poder de dar a última palavra. Em contrapartida, essa mudança paradigmática permitiu que o órgão de cúpula do judiciário brasileiro tomasse para si também o ônus da argumentação, na tentativa de legitimar seu poder e suas decisões. (MIGUEL, 2020, on-line)

Tais inovações conferiram aspecto plural à jurisdição constitucional abstrata, já que ela teria deixado de ser um domínio exclusivo dos intérpretes oficiais da Constituição, para abrir-se à sociedade:

Enquanto ao Parlamento compete a representação política do povo, à Corte Constitucional caberia a sua representação argumentativa, garantindo a incorporação ao processo político de valores aceitos pelos cidadãos como sólidos e corretos. A pluralização da jurisdição constitucional promovida pela CF/88 e pela Lei n. 9.868/99 criaria o arcabouço institucional adequado para uma deliberação racional acerca do sentido concreto dos valores constitucionais, a qual é essencial a uma democracia que se pretende deliberativa” (BRANDÃO, 2014)

Assim, cogita-se que em um Estado Democrático e Social de Direito, incumbe aos órgãos judiciais a efetivação de garantias constitucionais por meio da chamada "representação argumentativa".

Conforme preleciona Alexy:

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente” (1999, p. 55):

Quando as leis respeitam e promovem os direitos fundamentais, a maioria parlamentar, detentora da representação política, satisfaz os requisitos da democracia. Todavia, os agentes políticos legitimamente eleitos, costumam proferir disposições que atingem valores e princípios fundamentais, muitas vezes em atuação de seus próprios interesses. Assim, a instauração de uma jurisdição constitucional fornecedora da última palavra, lembrando a *judicial review* norte-

americana, capaz de respeitar o espaço legislativo e executivo, promovendo uma instância deliberativa através da argumentação jurídica que tivesse anuência não só dos indivíduos diretamente ou indiretamente alcançados pela decisão, como também da população em geral, exemplarmente efetivados pelas *amicus curiae*<sup>3</sup>.

“Ele (Tribunal Constitucional) não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional”. (ALEXY, 1999, p. 57)

O Ministro Roberto Barroso leciona que a função representativa do Supremo Tribunal Federal seria fundada nessa legitimidade discursiva, visto que suas decisões são precedidas de um processo deliberativo a partir do qual devem ser fornecidas razões para fundamentar as escolhas definitivas. Ele replica a ideia de que a “democracia é feita de votos e argumentos” (Barroso, 2016, p. 81).

O ministro não ignora a ideia de que representação envolve uma necessária conexão entre representante e representados, mas defende que o Supremo nutre uma “intensa e contínua interação com a sociedade civil” (Barroso, 2016, p. 79). Seu ponto é tentar mostrar que o caráter representativo do Supremo se desdobra em duas características: (i) uma conexão entre corte e sociedade, que muitas vezes seria mais forte que a ligação entre a população e as instituições nascidas do processo eleitoral, e (ii) um potencial de realizar decisões a partir de um rigoroso processo deliberativo. (MIGUEL, 2020, on-line)

De fato, o artifício se mostra especialmente útil em casos com fundo moral, em que o colegiado tende a estar menos amarrado a critérios exclusivamente jurídicos e parece constrangido essencialmente por fatores extrajurídicos. Nessas ocasiões, ministros podem encontrar refúgio no discurso da representação argumentativa para justificar uma decisão de teor mais subjetivo como supostamente originada de um fundamento democrático. (MIGUEL, 2020, on-line)

“A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados.” (ALEXY, 1999, p. 58)

Enriquecendo o debate, o atual Ministro do STF, Luiz Fux menciona:

---

<sup>3</sup> Amicus curiae ou amigo da corte ou também amigo do tribunal (*amici curiae*, no plural) é uma expressão em Latim utilizada para designar uma instituição que tem por finalidade fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto

Essas questões todas deveriam, realmente, ser resolvidas pelo Parlamento. Mas acontece uma questão muito singular. O Parlamento não quer pagar o preço social de decidir sobre o aborto, sobre a união homoafetiva e sobre outras questões que nos faltam capacidade institucional. (2016, p.18)

Não se defende, de forma alguma, um populismo judicial que é tão ruim como qualquer outro, mas apenas que os instrumentos de participação social na jurisdição constitucional sejam mais amplos e efetivos. Quanto mais próximo estiver da sociedade brasileira como um todo, mais forte e independente será o STF, ao contrário do que supõem aqueles que confundem independência judicial com o enclausuramento dos juízes constitucionais em uma torre de marfim. (BRANDÃO, 2014 apud BARROSO 2014)

Apesar das argumentações, críticas são ponderadas a questão tanto da intromissão do judiciário na esfera de competência pura do Poder Legislativo, assim como em relação a legitimidade discursiva.

A tese da representação argumentativa foi incorporada por alguns juízes constitucionais como tentativa de legitimação, em casos concretos, de decisões sobre conflitos que envolveram disputas de interesses políticos e morais centrais em nossa sociedade. De forma mais geral, também operou como justificativa adicional para a autoridade decisória do tribunal. No papel de representante pelo argumento, o Supremo ostentaria o título de dono da razão, capaz de expressar a vontade geral. Isso tudo colocaria sobre a corte um ônus considerável do qual ela não é capaz de se desvencilhar. Essa forma de justificação pela representação política para dar conta de um papel transformador que ultrapassa os limites da tradicional passividade/reactividade judiciária, desenvolve-se a partir de um paradoxo entre defesa de direitos desinteressados e relação com os interesses populares mais latentes. Argumenta-se que o aprofundamento dessa tensão tende a gerar resultados pouco promissores sob o ponto de vista democrático.

À medida que juízes do Supremo encontram artifícios retóricos para escapar de constrangimentos decisórios, arvorando-se em um ideal mais abstrato de representação pela razão, podemos observar ao menos duas consequências perversas à luz de ideais democráticos: (i) em primeiro lugar, opera-se o aprofundamento de um fundamento místico e esotérico de legitimidade do tribunal, distanciando cada vez mais o colegiado de seus pretensos representados e desprovendo o povo de mecanismos de controle minimamente eficazes; (ii) em segundo lugar, a crença unívoca e radical na capacidade deliberativa do tribunal como forma de encerrar o conflito inerente à democracia pode aprofundar a passividade da sociedade e forçar uma tendência de manutenção do status quo.

Trata-se de um movimento teórico que segue o caminho trilhado por parte da vertente deliberacionista, que abandonou o ideal inicial de formação de preferências na esfera pública ampla e propôs em seu lugar colegiados decisórios elitizados onde cidadãos comuns são relegados à posição de meros espectadores ou, quando muito, de fornecedores de informação. Assim perde-se, de forma inevitável, o lastro democrático da representação política, que deveria ser mais atenta à autonomia e à participação efetiva dos representados na definição de seus próprios rumos. Em vez de representados politicamente engajados, exercendo proximamente o controle de seus representantes, cidadãos protegidos pela representação

argumentativa não seriam muito mais do que “otimistas espectadores de um governo dos juízes”, nas palavras de Pogrebinski (2013, p. 166). É difícil conceber a representação exercida pelo Supremo como democrática quando não se percebe qualquer grau de responsividade às preferências dos cidadãos, nem tampouco mecanismos de controle por meio dos quais a sociedade possa efetivamente distinguir um tribunal representativo de um tribunal não representativo e, eventualmente, aplicar sanções (Manin, Przeworski e Stokes, 1999, pp. 9-10).

Por tudo isso, a chave teórica da representação não funciona adequadamente como categoria para pensarmos a prática institucional do Supremo Tribunal Federal. Se assumirmos, como Manin, que o governo representativo contém uma dualidade entre elementos democráticos e antidemocráticos, a crença na representação argumentativa pelo Supremo pode acabar nos distanciando ainda mais do polo democrático, e não o contrário, como pretendem seus idealizadores. Mesmo em casos em que o ativismo da corte adota caráter progressista, rompendo com a inércia do legislativo para estender garantias a grupos em posição subalterna, como mulheres ou LGBT, trata-se de uma intervenção de caráter mais liberal (de proteção a direitos) do que democrático (de obediência à soberania popular). (MIGUEL, 2020, on-line)

A interpenetração de funções visa ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, mas ao mesmo tempo gera riscos de atrofia de poder. No âmbito do executivo, a deformação se dá com a multiplicação de medidas provisórias – decreto na forma e lei no conteúdo – que nem sempre atendem os pressupostos de relevância e urgência. O judiciário extrapola a sua função quando não se contém na condição de intérprete e aplicador do Direito e passa a fazer as vezes do legislativo, criando normas jurídicas. (NADER, 2018, p. 132)

Porém, fato é que um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes. (BARROSO, 2013, p. 923)

no Estado de Direito contemporâneo, o princípio constitucional da separação dos poderes se dissociou, e deve ficar dissociado, definitivamente, da temática da constituição mista. As estruturas institucionais e os respectivos atos não devem limitar-se a refletir passivamente as relações de força entre 'potências' autógenas. Por outras palavras, as instituições democráticas devem estar ao serviço da opinião da maioria do eleitorado e não ao serviço de um conglomerado de grupos de pressão. Por isso, a questão de saber em que medida os órgãos constitucionais devem ter por titulares membros ou representantes de grupos de interesses politicamente relevantes não deve ser equacionada em sede de princípio constitucional de separação de poderes. (PIÇARRA, 1989, p. 233)

Nas democracias constitucionais contemporâneas, as cortes supremas desempenham dois grandes papéis: contramajoritário e representativo. Elas exercem o papel contramajoritário, em nome da Constituição, invalidam atos do Legislativo e do Executivo. Já o papel representativo é exercido quando o Tribunal, sempre dentro dos limites e possibilidades da interpretação constitucional, atende demandas sociais não satisfeitas a tempo e a hora pelos outros Poderes. Tal atuação somente se legitima mediante a demonstração da justiça e racionalidade de sua decisão, bem como que ela corresponde a uma efetiva necessidade social. (BARROSO, 2012, p. 50)

Sempre se deve enaltecer que a defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana para o autoritarismo e a concentração de poder. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais (MORAES *apud* VERGOTTINI, 1981).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Preliminarmente, não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado democrático de direito.

A despeito de sustentar-se, em geral, o acolhimento pelo Estado brasileiro da consagrada tese de Montesquieu, desde 1891, identifica-se entre nós o devido respeito a separação de poderes, perfazendo dignamente o Poder Judiciário, na função de revisar atos praticados pelos demais poderes.

E isto porque é do Poder Judiciário, a rigor, a derradeira palavra no ordenamento jurídico pátrio. Exercendo atividade essencialmente jurisdicional, revisando, quando provocado, a corretude de atos não menos estatais, porém realizados a títulos diversos.

O inverso, contudo, não é verdadeiro.

Afinal, a que serve a dita função jurisdicional? O monopólio da dicção do direito pelo Poder Judiciário obriga-o (e por isso poder-dever) a exercer função que visa à realização do direito (repita-se, não apenas da lei).

Embora se tenha afirmado outrora que tal função limitava-se a resolução dos conflitos num plano ideal, afirmando-se prestada a jurisdição mediante a prolação de uma sentença meritória (mera declaração de direitos), ou ainda, num contexto social nem tão distante, que, na melhor das hipóteses, cingia-se a conformação do direito posto (limitava-se, de forma acrítica, à aplicação da lei), não nos parece esteja o “novo” paradigma constitucional atrelado a quaisquer dessas concepções.

A partir dessas considerações, faz-se mister reiterar que a Constituição brasileira vigente adota a formulação tripartite, proposta por Montesquieu, na qual os três poderes devem ser harmônicos e independentes entre si e possuem suas funções prescritas e delimitadas pelo texto constitucional. Logo, é de suma importância perceber a linha tênue de separação entre os poderes pode ser ultrapassada desde que o foco objetivo seja o bem coletivo.

O modelo atual, pela sistemática contemporânea adotada, difere de alguma forma do modelo proposto por Montesquieu, considerado por alguns estudiosos extremamente rígido e inflexível pelo engessamento das funções institucionais. No entanto, apesar das limitações de Montesquieu, possivelmente pelo contexto histórico do autor, o seu modelo enfatiza a importância e a necessidade do poder controlar o poder, simulando a livre cooperação entre os poderes, objetivando a não concentração dos mesmos para que não haja o despotismo.

Merece ser destacado que a flexibilidade atribuída à separação de poderes, na Constituição Federal de 1988, demonstra-se saudável e útil para o funcionamento do Estado. O sistema de freios e contrapesos se demonstra, de certa forma, eficiente, capaz de equilibrar os poderes e minimizar os riscos de abuso no exercício do poder.

Dentre os vários exemplos desse mecanismo normatizados de freios e contrapesos, pode-se destacar: a possibilidade do poder legislativo rejeitar o veto do

poder executivo (art. 66, § 4º); a possibilidade do poder judiciário (Supremo Tribunal Federal) declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, “a”); o cabimento de emenda parlamentar (poder legislativo) em projeto de lei de do Presidente da República (art. 63, I e II).

A doutrina de direito constitucional, em verdade, sempre rejeitou o termo “separação de poderes”, ou mesmo, “tripartição de poderes”, porquanto o poder do Estado republicano é sempre uno e indivisível, havendo, na realidade, a distribuição de certas funções a diferentes órgãos do Estado, ou seja, a divisão de funções estatais.

Resta clara a importância da teoria de Montesquieu até os dias de hoje, de modo que, decorridos mais de duzentos anos, isto é, mais de dois séculos, suas ideias demonstram-se ainda atuais, modernas e atrativas, compondo de um modo ou de outro, os textos constitucionais mundo afora, inclusive, a atual Constituição brasileira.

Em suma, o Poder Judiciário deve ser hegemônico apenas para garantir fundamentos constitucionais e as integrações normativas, nos demais casos, deve ser deferente a decisões do legislador e agir somente dentro da moldura oferecida pela lei. Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial não consiste necessariamente em algo negativo, e que é, por vezes, positivo para a efetivação do texto constitucional. Entretanto, ratifica-se, também, que tal atitude deve ser tomada somente quando houver de fato uma necessidade, caso contrário pode se tornar uma ameaça a legitimidade e a justiça do país.

Os teóricos do Estado, modernamente, afastam-se desse tipo de esquema engessado da ordem política. Se se pode criticar o acerto de suas elaborações, não se pode, de outra parte, deixar de reconhecer que as suas concepções envolvem para acentuar a solidariedade íntima das instituições políticas e demonstrar que o Estado moderno está revitalizado de princípios mais profundos e democráticos que reconciliam o estado democrático de direito.

O que há na verdade é o ajustamento do sistema comum em decorrência do próprio sistema de *checks and balances*. Do sistemas de freios e contrapesos, há exatamente um corretivo dos efeitos do princípio da separação dos poderes, assinalando a tendência da prática constitucional, voltada para a busca do equilíbrio da estrutura do poder do Estado e o bem estar geral.

Ora, para que isto suceda plenamente é indispensável o estabelecimento de um sistema efetivo de controle dos órgãos judiciários, como frisado acima. Ainda aí, importa lembrar a sábia lição de Montesquieu: “É uma experiência eterna que todo homem que dispõe de poder” – e devemos acrescentar, todo órgão estatal dotado de poder, mesmo constitucional – “é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”.

Isto posto, conclui-se que Montesquieu é um grande influenciador não apenas do paradigma da separação dos poderes na Constituição Federal, mas também, como o idealizador macro de nosso sistema complexo institucional, resultando além da soberania nacional, o respeito mútuo e equilibrado entre os poderes e a busca do bem-estar do povo brasileiro.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

ALTHUSSER, Louis. Montesquieu a política e a história. 2a. ed, Lisboa, Presença, 1971.

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Pensar, Fortaleza, v.18, n.3, p. 864-939, 2013.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: < <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2813/pdf> >. Acesso em: 14 fev.2021.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. Migalhas, São Paulo, jun. 2012. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 14 fev.2021.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições da filosofia do direito, São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. Constituição e sociedade: Caminhos percorridos e a percorrer no controle da constitucionalidade, Site JOTA, Epub 18,nov. 2014. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-5-10112014>>. Acesso em: 10 set.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 691-TO. Agravante: Distrito Federal. Requerente: Partido Democrata Cristão Requerido: Governador do Estado do Tocantins. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, Brasília-DF, 19 de junho de 1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1532482>>. Acesso em: 14 de Fev.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 658.491 - GO. Agravante: Estado de Goiás. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça, Brasília-DF, 07 de maio de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513946>> . Acesso em: 14 de Fev.2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 640.272 - DF-AgR. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Neima Soares Pires Bezerra e Outro(a/s). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Diário da Justiça, Brasília-DF, 31 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5405/false>> . Acesso em: 14 de Fevereiro.2021

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. 10a. ed. , Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution a la théorie générale de l'état*. Paris: Centre National de La Recherche Scientifique, 1920.

CALVINO, J. *Institutos da religião cristã - Ed. Clássica*. São Paulo: Cultura Cristã, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4>>. Acesso em: 15 fev.2021

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no Brasil. A terra é redonda*, São Paulo, ano 3, n. 18, nov. 2019. Disponível em: < <https://aterraeredonda.com.br/o-poder-judiciario-no-brasil/>> . Acesso em: 12 fev.2021.

[Constituição (1891)]. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891*.

[Constituição (1946)]. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1946*.

[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, Ribeiro. *Cidadania e separação de Poderes: de Montesquieu à atualidade*. Revista Eletrônica Justiça e Cidadania. Ed. 221. Jan. 2019. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/cidadania-e-separacao-de-poderes-de-montesquieu-a-atualidade/>>. Acesso em: 03/03/2021

DOMINGO, Pilar. *Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. Democratization*. Disponível em <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510340412331294152>> . Acesso em fev.2021

EISENMANN, Charles - "La Pensée Constitutionnelle de Montesquieu" in La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de L'esprit des Lois, 1748-1948, Recueil Sirey, Paris, 1952

\_\_\_\_\_, Charles. L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs. In: Mélanges Carré de Malberg. Paris, 1933.

EUA. Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 16 de junho de 1776. Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 12 fev.2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et al. (Org.). Cadernos Jurídicos, ano 16, nº 40, Abril-Junho/2015. São Paulo: TJSP, 2015. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>>. Acesso em: 13 fev.2021.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito Constitucional: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976

FUHRMANN, P. T. Philip. Mornay and the Gughenot Challenge to Absolutism In Calvinism and the Political Order, ed. George L. Hunt. Philadelphia: The Westminster Press, 1965.

GRILLO, Vera. Reflexões sobre a Teoria da Separação dos Poderes e a Hegemonia do Poder Executivo. Florianópolis: UFSC, 1992. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/16137/14690/0>>

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Thomas Jefferson temia o controle de constitucionalidade e o despotismo judicial. Conjur, São Paulo, abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/emargos-culturais-thomasjefferson-temia-controle-constitucionalidade>>. Acesso em: 13 fev.2021.

GUEDES, Yan Pedro Pereira. O Calvinismo de Johannes Althusius (1603), suas influências e seu impacto na federação e separação de poderes. 2019. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2019.

HAMILTON, Alexander, James MADISON & John JAY. (1990 [1788]), The Federalist. Chicago: Encyclopædia Britannica.

\_\_\_\_\_, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista, tradução Ricardo Rodrigues, 3ª Ed. Campinas: Russel Editores, 2010.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa, São Paulo: FGV, ano 2009, nº 251.

IHERING, Rudolf Von. A Luta Pelo Direito. São Paulo: ed. Martin Claret, 2002.

- KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 2ª. Ed, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1987
- KURLAND, Philip B. The Rise and Fall of the Doctrine of Separation of Powers. Michigan Law Review, ano 3, v. 85, Ann Arbor, dez. 1986).
- LINCK, Lorena Carvalho. A Separação de Poderes do Estado e o Sistema de Freios e Contrapesos: Uma Análise Histórico-Doutrinária. 2008. 85f. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
- LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.
- MALDONADO, Maldonado. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos : Desenvolvimento no estado Brasileiro. Disponível em [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf)> Acesso em 15 fev.2021
- PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. 1 ed. Coimbra: Coimbra, 1989.
- RAMOS, Cavalcanti Ramos. Direito eleitoral. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.
- MANIN, Bernard, Adam PRZEWORSKI & Susan C. STOKES, Susan. “Introduction” a Adam Przeworski, Susan C. Stokes & Bernard Manin (eds.), Democracy, accountability, and representation. Cambridge: Cambridge University Press. 1999.
- MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Trad.: Pietro Nasseti. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- \_\_\_\_\_, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Maria Lucia Cumo. 12 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- MIGUEL, Luis Felipe and BOGEA, Daniel. O JUIZ CONSTITUCIONAL ME REPRESENTA? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. Rev. bras. Ci. Soc. 2020, vol.35, n.104. Epub Mar 02, 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/3510402/2020>>. Acesso em: 12 fev. 2021
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do Espírito das Leis, 2 Volumes, Difusão Europeia do Livro, São Paulo, 1962.
- \_\_\_\_\_, Charles de Secondat, baron de, 1689-1755. O Espírito das Leis : As formas de governo : A divisão dos poderes / Montesquieu ; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota - São Paulo : Saraiva, 1987.
- \_\_\_\_\_, O espírito das leis. Trad. Pedro Vieira Mota. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_, Barão de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. Reforma política do estado e democratização. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Ed. 5. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev5.htm#:~:text=Como%20ensina%20Giuseppe%20de%20Vergottini,poder%20e%20as%20garantias%20individuais3>. Acesso em: 03/03/2021

MOSCA, Gaetano. Elementi di Scienza Política. Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1982.

NADER, Paulo, Curso de direito civil, volume 1: parte geral / Paulo Nader – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. Divisão de poderes: Origem, Desenvolvimento e Atualidade. 2017. 276f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2017.

PARETO, Vilfredo. Trattato di Sociologia Generale. Vol. 2 Firenze, Barbera, 1916.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIRES, Ana Carolina Fernandes Pires. Conceito Histórico de Separação de Poderes. Jusbrasil. 2014. Disponível em: <https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-daseparacao-dos-poderes>. Acesso em: 12 fev. 2021

PLATÃO. A República. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. Ed, São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBISON, Donald L. To the Best of my Ability: the Presidency and the Constitution. Nova York: W. W. Norton.

ROUSSEAU, J.J.. Du Contrat Social, Flammarion, col. "Garnier Flammarion", 1966.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, Fortune, v. 35, jan. 1947.

SIEGAN, Bernard H. Separation of powers: economic liberties. Notre Dame Law Review, Notre Dame, ano 3, v. 70, 1995.

SIQUEIRA, Maria Carolina Vidal. O Ativismo Judicial e Sua Possível Interferência na Linha Tênu de Separação Entre os Três Poderes. Revista Digital âmbito Jurídico. Out. 2019. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-e-sua-possivel-interferencia-na-linha-tenue-de-separacao-entre-os-tres-poderes/#:~:text=AS%20OMISS%C3%95ES%20LEGISLATIVAS%20E%20A,que%20significa%3A%20n%C3%A3o%20est%C3%A1%20claro>>. Acesso em: 15 fev.2021

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o parti pris de Montesquieu. Revista de Informação Legislativa , Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980

WARD, L. Modern Democracy and the Theological-Political Problem in Spinoza, Rousseau, and Jefferson. Recovering Political Philosophy. Palgrave Macmillan: 2014.