



Caderno Virtual N° 25, v. 1 - jan-jun/2012

## **A SEPARAÇÃO DE PODERES EM MONTESQUIEU, NO DIREITO COMPARADO E NO ATUAL SISTEMA INSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Carolina Scherer Bicca  
Procuradora Federal, no exercício do cargo de  
Procuradora-Chefe do Instituto de Pesquisa Econômica  
Aplicada - IPEA, mestranda em Direito Constitucional  
pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Submissão: 23.11.2011  
Decisão Editorial: 09.01.2012

**RESUMO:** O presente estudo tem por meta analisar a divisão de poderes na sua concepção inicial, formulada por Montesquieu, e verificar quais as alterações ocorridas em tal conceito ao longo dos tempos, apontando as causas de tais modificações e suas consequências. A clássica teoria da separação de poderes restou alterada, em razão de inúmeros fatores, dentre os quais a politização do judiciário, o advento do estado de bem-estar social, a adoção de constituições super-rígidas e a globalização. Em que pese tal quadro seja irreversível, não podemos perder de vista a necessidade de conciliação entre o atendimento das demandas sociais e o respeito ao sistema representativo democrático, devendo-se preservar as distinções de funções entre os poderes, a fim de não voltarmos à época em que o poder se concentrava nas mãos de um único Poder.

**PALAVRAS-CHAVE:** Separação de Poderes. Montesquieu. Fortalecimento do Poder Judiciário. Sistema Representativo. Separação de Poderes.

**ABSTRACT:** The present study is aimed at analyzing the division of powers in its initial conception, formulated by Montesquieu, and check which changes occurred in such concept over time, pointing the causes of those changes and their consequences. The classical theory of separation of powers remained altered because of a number of factors, among which the politization of the judiciary, the advent of the welfare state, the adoption of super-rigid constitutions and the globalization. In spite of the fact that such a framework is irreversible, we can not lose sight of the need for reconciliation between meeting social needs and the respect for the democratic representative system, and it is necessary to preserve the distinctions of functions between the powers, in order not to go back to the time in which the power was concentrated in the hands of a single power.

**KEYWORDS:** Separation of Powers. Montesquieu. Strengthening of the Judiciary. Representative System. Separation of Powers.



## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por meta analisar a divisão de poderes na sua concepção inicial, formulada por Montesquieu, e verificar quais as alterações ocorridas em tal conceito ao longo dos tempos, apontando as causas de tais modificações e suas conseqüências.

Para alcançarmos com êxito nosso objetivo, necessário estudarmos primeiro a origem da separação de poderes, cuja formulação se deve essencialmente a Charles de Montesquieu em sua obra “O espírito das leis”.

Buscando a essência do modelo de Montesquieu efetuaremos uma breve análise acerca de sua influência sobre alguns países que adotaram o princípio da separação de poderes, entre eles o Brasil.

Posteriormente, trataremos de questões atuais, que vêm ocasionando uma verdadeira alteração na concepção da separação de poderes, motivo pelo qual recebem muitas críticas e são alvo de preocupação, merecendo destaque a superlativização do papel do Poder Judiciário.

## 2 A ORIGEM DA DIVISÃO DE PODERES E A ESSÊNCIA DO MODELO PROPOSTO POR MONTESQUIEU.

Quando se fala na origem da divisão de poderes logo nos vem à mente Montesquieu, cujo nome completo é Charles Louis de Secondat, intitulado de Baron de La Brède et de Montesquieu<sup>1</sup>.

Em que pese Montesquieu tenha consagrado a separação dos poderes em sua obra máxima “O espírito das leis”, precedentemente, outros pensadores já haviam cogitado a respeito da divisão de funções institucionais atribuídas a diferentes poderes estatais.

---

<sup>1</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. **Revista dos Tribunais**, vol. 868, 2008, p. 54.



Entre os pensadores gregos, Aristóteles já cogitava a respeito<sup>2</sup>, e, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o filósofo inglês John Locke, um século antes de Montesquieu, já dividia a organização política em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo.<sup>3</sup>

Foi o político, filósofo e escritor francês Montesquieu, porém, que ficou famoso pela sua Teoria da Separação de Poderes.

Em sua famosa obra “O espírito das leis”, no Capítulo VI do Livro XI, cujo título é “Da constituição da Inglaterra”, Montesquieu descreveu o arranjo institucional inglês havido na primeira metade do século XVIII<sup>4</sup>.

O principal objetivo de Montesquieu era receitar uma estrutura de poderes que prevenisse contra o absolutismo, razão pela qual obteve como resultado a prescrição de um mecanismo institucional onde “o poder freie o poder”<sup>5</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ressalta a importância e a influência que “O espírito das leis” exerceu sobre alguns países.

De acordo com o autor, suas lições foram levadas em conta por aqueles que levaram a termo as Revoluções Americana e Francesa. Com efeito, da Revolução Americana primeiro, da Revolução Francesa a seguir,

---

<sup>2</sup> MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro, p. 02. Disponível em: [http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep\\_poderes.pdf](http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf), acessado em 10/08/2010.

<sup>3</sup> Daí decorre que o poder político haverá de organizar-se num poder de estabelecer leis, ou seja, as regras sobre como a força pública deverá ser empregada para a conservação da sociedade e de seus componentes, e num poder de pôr em execução essas regras, no plano interno, o Poder Executivo, e nas relações exteriores, o Poder Federativo. Enfim, o Poder Legislativo não deve estar confundido nas mesmas mãos com o Poder Executivo e com o Poder Federativo, os quais, ao contrário, devem estar reunidos num mesmo chefe. Prega ele, pois, a separação do Poder Legislativo dos demais poderes, separação essa que justifica porque elimina, ou diminui, a tentação de abusar do poder e porque o Legislativo não precisa estar reunido em permanência. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

<sup>4</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 54.

<sup>5</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 54.



resultaram Constituições estruturadas segundo a “separação de poderes” à moda de Montesquieu.<sup>6</sup>

Ferreira Filho faz, ainda, uma importante ressalva, no sentido de que, em que pese o fundamento científico da “separação de poderes” (a classificação das funções do Estado) ter sido destruído, Montesquieu tinha uma intenção oculta, que, para o autor, era acender a chama para o parlamentarismo. Conforme o autor, não era possível que um homem dotado de tanta inteligência como Montesquieu prescrevesse um modelo que viera a sucumbir se não tivesse plena convicção de suas intenções.

O que corrobora tal assertiva, para o autor, é o fato de que, quando da redação de “O espírito das leis”, embora o parlamentarismo não estivesse plenamente formado, já era o regime britânico um governo de gabinete, com o monarca reduzido a um papel secundário, não existindo, portanto, um regime de “separação de poderes”, de acordo com o proposto por Montesquieu.<sup>7</sup>

José Levi Mello do Amaral Júnior, em sua obra “Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu”, apresenta a obra máxima de Charles de Montesquieu - o Espírito das Leis - fazendo um estudo minucioso do seu Capítulo VI do Livro XI, intitulado “Da constituição da Inglaterra”<sup>8</sup>.

Referido autor, inicia apresentando a formulação preliminar dos três poderes para depois estudar de forma individualizada cada um deles, traçando um paralelo entre as principais funções, características e diferenças entre eles, destacando, ao final, os prenúncios do parlamentarismo detectados em referida obra.

Antes de adentrarmos individualmente em cada um dos poderes e suas funções, merece destaque a observação que o autor supracitado faz acerca da situação ideal de governo para Montesquieu.

---

<sup>6</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 59.

<sup>7</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 60-61.

<sup>8</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., Passim.



Para Montesquieu o governo ideal era o governo moderado, face à necessidade de que os três poderes não fossem exercidos pelo mesmo homem, sendo constituído pela Monarquia - governo de um ordenado para o bem comum – pela Aristocracia - governo dos melhores, ou dos nobres – ordenado para o bem comum e Democracia - governo do povo ordenado para o bem comum. Para que tal governo funcionasse adequadamente, sustenta, então, um mecanismo de neutralização dos poderes.<sup>9</sup>

Conforme José Levi, a formulação inicial dos poderes tinha a seguinte configuração: 1) poder legislativo, em que o príncipe ou magistrado faz, corrige ou revoga leis; 2) poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, sendo que o príncipe ou magistrado faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões, o que corresponde ao poder executivo do Estado; e 3) poder executivo das coisas que dependem do direito civil, em que o príncipe ou magistrado pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos, correspondendo ao “poder de julgar”.<sup>10</sup>

Pela descrição do modelo, o Poder Executivo correspondia, tipicamente, às funções de chefia de Estado.

De acordo com o autor, na concepção de Montesquieu tal poder deveria permanecer nas mãos de um monarca, pois esta parte do governo é melhor administrada por um do que por muitos.<sup>11</sup>

Referido poder, ainda, devia ser o responsável por cuidar das relações internacionais e de algumas poucas questões internas, como, por exemplo, a segurança.

Quanto à iniciativa legislativa, esclarece o autor que a faculdade de estatuir do poder executivo era restrita à sanção, sendo que o rei nem sequer

---

<sup>9</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 56.

<sup>10</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p.55.

<sup>11</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p.55.



tinha iniciativa legislativa, não podendo apresentar projetos de lei<sup>12</sup>, ou seja, não lhe cabia a deflagração do processo legislativo.<sup>13</sup>

Em relação ao poder de julgar, na concepção de Montesquieu, referido poder era neutralizado em si mesmo, o que o diferenciava dos demais, e referida neutralização era obtida em razão do modo de formar os Tribunais, que eram constituídos por pessoas extraídas do corpo do povo, durante apenas o tempo necessário para o julgamento de determinada questão, havendo a possibilidade de o criminoso escolher os juízes e de que os juízes escolhidos fossem da condição do acusado, bem como pelo modo de decidir dos juízes, pois o poder de julgar encontrava limites na própria formulação da lei a aplicar, sendo que a sentença do julgador já estava na lei.<sup>14</sup>

José Levi apresenta as exceções ao poder de julgar concebidas por Montesquieu, baseadas no interesse particular de quem devia ser julgado, pois, segundo o filósofo francês, os grandes estão expostos à inveja, razão pela qual deveriam ser julgados pela câmara legislativa composta de nobres, para que ficassem sujeitos aos seus pares.

Verifica-se, assim, a clara intenção de Montesquieu, representante da aristocracia, de proteger a nobreza, a qual ele pertencia.

José Américo M. Pessanha e Bolivar Lamounier ensinam que Montesquieu:

... opta claramente pelos interesses da nobreza, quando põe a aristocracia a salvo tanto do rei quanto da burguesia. Do rei, quando a teoria da separação dos poderes impede o Executivo de penetrar nas funções judiciárias; dos burgueses quando estabelece que os nobres não podem ser julgados por magistrados populares.<sup>15</sup>

---

12 Esta característica é encontrada ainda hoje nos Estados Unidos, onde o Presidente não possui a prerrogativa de apresentar projetos de lei ao Congresso. AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 64.

13 AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 64.

14 AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 56.

15 PESSANHA, José Américo Motta e Lamounier, Bolivar: Montesquieu (1689-1755): Vida e Obra. pág. XXIII.



Outras duas exceções são ainda apontadas, competindo à câmara alta – citada como “um tribunal necessário”- a moderação de eventual rigor da lei em benefício da própria lei e o julgamento do impeachment, em que estavam sujeitos todos os súditos do reino, exceto a Coroa, processo este em que a Câmara dos Lordes podia impor até mesmo a pena capital.<sup>16</sup>

A fim de reproduzir com exatidão o pensamento do filósofo francês sobre o impeachment inglês, transcrevemos um trecho do texto de José Levi, cuja descrição é a seguinte:

Poderia ainda ocorrer que algum cidadão, nos negócios públicos, violasse os direitos do povo, cometendo crimes que os magistrados estabelecidos não saberiam ou não poderiam punir (...) Para conservar a dignidade do povo e a segurança do indivíduo, é mister que a parte legislativa do povo faça suas acusações diante da parte legislativa dos nobres, a qual não possui nem os mesmos interesses que ele, nem as mesmas paixões.<sup>17</sup>

De forma geral, então, as principais características de referido processo, eram: aplicava-se a qualquer cidadão nos negócios públicos; era utilizado a crimes que escapam ao juízo comum; não podia ser submetido ao julgamento da Câmara Baixa, que representava a parte interessado, que era o povo; mas tal Câmara poderia ser a acusadora; o julgamento deveria ser efetuado pela Câmara Alta, a qual não possuía os mesmos interesses do povo.

Em relação ao Poder Legislativo, de acordo com o autor supracitado, para Montesquieu referido poder era composto de duas Câmaras, a Câmara Baixa e a Câmara Alta, sendo a primeira destinada a representar o povo e a outra destinada a representar a nobreza, sendo que esta última teria um papel moderador, servindo de contrapeso à primeira.

A lógica institucional do poder legislativo para Montesquieu apontada no texto era a de que a incapacidade do povo de discutir os negócios públicos seria um dos graves inconvenientes da democracia.

---

<sup>16</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 58.

<sup>17</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 58.



Defende, então, um modelo representativo, para que o povo faça por intermédio de representantes aquilo que não podia fazer por si mesmo.

Montesquieu descreve, assim, um sistema eleitoral distrital e atribui duas tarefas ao corpo de representantes, a de fazer as leis e a de ver se as que fez são bem executadas.

A razão do bicameralismo para Montesquieu se devia ao fato de que existia nobreza e povo, sendo que se um e outro estivessem confundidos no Parlamento, a liberdade comum degenerar-se-ia em escravidão.<sup>18</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre este aspecto, ressalta que:

A necessidade de um Senado é justificada pela indispensabilidade de uma Câmara que contrabalance “a propensão de toda assembléia singular e numerosa a ceder ao impulso de paixões súbitas e violentas e a deixar-se levar por líderes facciosos a resoluções imoderadas e perniciosas.”<sup>19</sup>

Foi então, para evitar que isso ocorresse que o poder legislativo deveria ser confiado a uma nobreza hereditária e a representantes eleitos, alocados em Câmaras Legislativas separadas, mas compondo o mesmo poder.

José Américo M. Pessanha e Bolivar Lamounier, referindo-se a Montesquieu, sustentam que:

Por outro lado, como autêntico aristocrata, desagradava-lhe a idéia de o povo todo possuir poder. Por isso estabeleceu a necessidade de uma Câmara Alta no Legislativo, composta por nobres. A nobreza, além de contrabalançar o poder da burguesia [estamento social em rápida ascensão social e econômica na França dos séculos XVII e XVIII], era vista por ele como capacitada, por sua superioridade natural, a ensinar ao povo que as grandezas são respeitáveis e que monarquia moderada é o melhor regime político.<sup>20</sup>

A partir da apresentação preliminar dos três poderes em Montesquieu, José Levi aponta como característica comum entre os poderes legislativo e executivo o fato de ambos serem neutralizados pela comunhão,

---

<sup>18</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 59.

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 63.

<sup>20</sup> PESSANHA, op. cit., p. XXIII.



e não pela separação, de funções entre eles, quais sejam, as funções de estatuir e de impedir, característica esta não pertencente ao Poder Judiciário, que, como visto anteriormente, era neutralizado em si mesmo.

Assim Câmara alta e Câmara baixa limitavam-se pela comunhão das mesmas faculdades de estatuir e de impedir, de modo que, somente pela exata coincidência de vontades é que o poder legislativo estatua, pois, do contrário, uma neutralizaria a outra. Ademais, ainda era necessário que o poder executivo não rejeitasse a decisão parlamentar, o que correspondia à sanção, sendo esta a função de estatuir pertencente a referido poder.<sup>21</sup>

Com base em todos estes dados, o autor apresenta, então, a essência do modelo de Montesquieu, segundo o qual a constituição fundamental do governo era: o corpo legislativo, composto de duas partes, sendo que uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas as partes, porém, seriam paralisadas pelo poder executivo, que, por sua vez, seria paralisado pelo poder legislativo. A síntese do modelo centrava-se, portanto, na paralisia recíproca decorrente da mútua faculdade de impedir que estes três poderes possuíam.<sup>22</sup>

O autor faz, então, algumas constatações importantes acerca do modelo de Montesquieu, que talvez não tenham sido apreendidas corretamente pela maioria das pessoas, ressaltando-se a de que os três poderes não eram, na verdade, os poderes de executar, de legislar e de julgar, mas sim o rei (poder executivo), a Câmara Alta e a Câmara Baixa (poder legislativo), sendo que esses poderes não eram neutralizados pela separação de suas funções, mas, sim, pela comunhão de correlatas faculdades de estatuir e de impedir.

Como decorrência, era sobre a pausa ou inação que aqueles “três poderes” deveriam formar, o que ocorria somente se estivessem de acordo, pois, caso contrário, nada ocorria, não era decidido.

---

<sup>21</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 61.

<sup>22</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 61.



Caderno Virtual N° 25, v. 1 - jan-jun/2012

Complementa o autor, ainda, que nesta técnica de limitação do poder é que está a essência do modelo de Montesquieu, sendo que os três poderes delineados pelo filósofo francês compunham o governo moderado que, segundo Montesquieu, seria o ideal, conforme ressaltado no início, de modo que o rei representava o elemento monárquico, a Câmara Alta (composta pelos nobres hereditários) o elemento aristocrático e a Câmara Baixa (constituída de representantes eleitos) o elemento democrático.<sup>23</sup>

Nesse mesmo sentido, Ferreira Filho afirma que:

No equilíbrio entre povo, nobreza e monarca, propugnado pela “separação de poderes”, reponta o antigo ideal de governo misto. Na verdade, conforme assinala Friedrich, foi para atingir esse ideal que os “teóricos políticos do século XVIII elaboraram a doutrina dita da ‘separação dos poderes’<sup>24</sup>.

Por fim, José Levi destaca os prenúncios do parlamentarismo observados em “O espírito das leis”, sendo um deles o fato de que Montesquieu, descartava a união entre os poderes executivo e legislativo, outro a compreensão de que a pessoa que executava devia ser sagrada, “sendo necessária ao Estado a fim de que o corpo legislativo não se torne tirânico, desde o momento em que for acusada ou julgada, a liberdade desapareceria” e, também o fato de que já se admitia que fossem punidos os maus conselheiros, o que viria a ser essencial ao parlamentarismo, em razão da previsão de responsabilidade ministerial.

### **3 A ORGANIZAÇÃO DE PODERES EM MONTESQUIEU E A ALTERAÇÃO DO CONCEITO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES NO DIREITO COMPARADO E NO BRASILEIRO.**

O esquema de organização de poderes de Montesquieu serviu de exemplo para muitos países, sendo que há modelos institucionais que se aproximam de sua receita, entre eles os Estados Unidos, onde “O espírito das leis” exerceu grande influência. Em que pese tal aproximação, porém, as

---

<sup>23</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 63.

<sup>24</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p.111.



instituições americanas têm diferenças importantes, sendo a mais relevante aquela referente ao papel do Poder Judiciário, na medida em que, nos Estados Unidos, referido Poder não é neutro, como em Montesquieu, exercendo um poder de veto absoluto, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade.<sup>25</sup>

A Alemanha, da mesma forma, apesar de ter adotado o sistema parlamentarista de governo, distancia-se do modelo de Montesquieu ao conferir ao Tribunal Constitucional Federal o poder de controle de constitucionalidade.

O alemão Jürgen Habermas preocupa-se com o papel atual da jurisdição constitucional, principalmente, no que tange aos poderes atribuídos ao Tribunal Constitucional Federal alemão.

Muito do pensamento do alemão Jürgen Habermas, retratado especialmente em sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade I*<sup>26</sup>, pode se fundamentar na essência do modelo proposto por Montesquieu.

Referido autor, preocupa-se com o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional, questionando de que modo a interpretação pode operar no âmbito da divisão dos poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras.

Mas o que mais se assemelha à obra de Montesquieu é seu entendimento de que o controle de constitucionalidade deve ser deixado a cargo do legislador, para garantir-se a racionalidade do processo legislativo, justificando que a divisão de poderes visa submeter, em primeiro lugar, a administração ao poder gerado comunicativamente, assim como para Montesquieu, cuja posição era a de que a função de fazer e corrigir as leis deveria ser deixada a cargo do poder legislativo.

---

<sup>25</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 65-66.

<sup>26</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade I**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: 1997.



Para Habermas, portanto, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador.<sup>27</sup>

Como se viu, todavia, não foi essa a opção efetuada na Alemanha.

No Brasil, encontramos, também, semelhanças e diferenças com o modelo proposto por Montesquieu.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, estabeleceu como “poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Guardadas as diferenças, alguns institutos adotados por nosso modelo constitucional remontam ao esquema traçado por Montesquieu, entre eles: o Tribunal do Júri, que se assemelha e se fundamenta pela mesma razão do modo de formar os Tribunais em Montesquieu, na medida em que no Tribunal do Júri brasileiro os jurados são escolhidos entre pessoas do povo para julgar determinada ação; a prerrogativa de foro, que se identifica com o julgamento dos “grandes” pela Câmara Alta, pois algumas autoridades brasileiras são processadas e julgadas, originariamente, por Tribunais específicos; o processo de impeachment, cujo julgamento também não se dá pela Câmara, mas pelo Senado, sendo aquela responsável apenas pelo seu juízo de admissibilidade, o que se assemelha com Montesquieu que permitia fosse a Câmara Baixa a acusadora.

Outra semelhança existente entre o nosso modelo institucional e o de Montesquieu foi o fato de o poder constituinte brasileiro ter atribuído ao Tribunal de Contas da União<sup>28</sup>, entidade integrante do poder legislativo, o papel de fiscalizador do poder executivo, o que guarda correlação com uma das funções do poder legislativo em Montesquieu, qual seja, a de verificar se as leis que foram elaboradas eram bem executadas.

---

<sup>27</sup> HABERMAS, op. cit., p. 301.

<sup>28</sup> Artigo 70 da Constituição Federal de 1988.



Caderno Virtual Nº 25, v. 1 - jan-jun/2012

O impedimento do monarca de deflagrar o processo legislativo em Montesquieu, também, pode ser observado em relação a algumas matérias previstas expressamente na Constituição Federal de 1988, embora, hoje em dia, contraditoriamente, a competência iniciadora do processo legislativo seja exercida, na maioria das vezes, pelo poder executivo.

Apesar destas semelhanças, em diversos aspectos, o arranjo institucional brasileiro se diferencia daquele descrito em “O espírito das leis”.

Com efeito, em nosso país, o Presidente da República participa ativamente do processo legislativo, possuindo não só iniciativa legislativa, inclusive reservada em certas matérias, como também pode editar medidas provisórias e elaborar leis delegadas.

Outra grande diferença se dá na conformação do nosso poder legislativo, com prevalência da casa iniciadora sobre a revisora. Além disso, o veto presidencial, previsto em nosso sistema, pode ser derrubado pelo Congresso Nacional, não ocorrendo aquela inação inerente ao modelo de Montesquieu.

Além disso, nosso poder Judiciário não apresenta aquela neutralidade no sentido de Montesquieu, em face da sua formação, devidamente delimitada na Constituição Federal, e a forma de decidir dos magistrados, que não mais decidem apenas com base na lei, de modo que suas sentenças não são apenas uma reprodução do que a lei previamente estipulou, mas sim, baseadas em princípios constitucionais e em outras fontes de direito. Há que se apontar, ainda, o poder, conferido aos nossos magistrados, de declaração de inconstitucionalidade das leis, faculdade esta impensável para Montesquieu, em que a atribuição de fazer e corrigir as leis deveria restringir-se ao poder legislativo.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.367-1/DF Tribunal Pleno, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, em 13/04/2005, em relação a separação de poderes, assentou que:



Caderno Virtual N° 25, v. 1 - jan-jun/2012

A separação dos Poderes resguardada pela Constituição não invoca um modelo abstrato (por exemplo, o de Montesquieu), mas, sim, o núcleo essencial de um modelo concreto, qual seja, o arranjo institucional adotado pelo constituinte originário. Porém, vale registrar, isso não impede que emendas constitucionais modifiquem aspectos do arranjo, desde que não sejam tendentes a abolir o núcleo essencial do modelo adotado.”

#### **4. A ALTERAÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DA TEORIA CLÁSSICA DA DIVISÃO DE PODERES**

Um dos temas que vem sendo muito discutido atualmente, em face da sua relevância e preocupação quanto ao seu desfecho, é o papel que o Poder Judiciário vem assumindo frente aos demais Poderes, com a superlativização de suas funções.

No presente tópico almejamos apontar algumas das causas de tal fenômeno e debatermos o quanto tal circunstância afetou o princípio da separação de poderes.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. analisa o Poder Judiciário frente à divisão dos poderes e questiona se tal princípio não estaria em decadência, em razão de importantes constatações efetuadas sobre o assunto.<sup>29</sup>

O autor primeiramente destaca a origem e a importância da neutralização do Poder Judiciário para garantir a imparcialidade do juiz e o caráter apartidário do desempenho de suas funções, nos seguintes termos:

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política do governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de direito. Ressalte-se, nesse sentido, o importante papel do princípio da divisão dos poderes assinalado por Montesquieu na garantia da liberdade do cidadão (...)

Montesquieu, na verdade, via na divisão dos poderes muito mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico. Ou seja,

---

<sup>29</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>. Acessado em 05/08/2010.



Caderno Virtual N° 25, v. 1 - jan-jun/2012

não se tratava de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real (sed contra, Passerin d'Entreves, *La Noción Del Estado*, Madrid, 1970, p. 133). Nesse sentido, o princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca; no exercício desta função, dos três, o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política; por isso dizia Montesquieu: “dos três poderes mencionados, o de julgar é em certo modo nulo. Não restam senão dois”. Não obstante, o reconhecia como a mais alta autoridade nos governos constitucionais.

De fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês. Esta se torna, no decorrer do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos. Em consonância com o princípio da tripartição dos poderes, ela será o eixo que permitirá a substituição da unidade hierárquica, concretamente simbolizada pelo *rex* por uma estrutura complexa de comunicação e controle de comunicação entre forças mutuamente interligadas.<sup>30</sup>

Para Tércio Sampaio a neutralização foi reforçada pelo distanciamento do direito de suas bases sociais e pelo crescimento e força do positivismo jurídico, sendo que a neutralização se apoiará na centralização organizada da legislação e reforçará o lugar privilegiado da lei como fonte de direito, principalmente em razão do ato jurisdicional como um processo de subsunção do fato à norma.

O autor explica que o Judiciário, no contexto do estado de direito burguês regido pelo princípio da divisão de poderes, será neutro se houver congruência entre as funções instrumentais e as funções expressivas do processo judicial. Desse modo, os efeitos imediatos de um processo serão atingidos através de uma decisão, mas a busca dessa decisão deve satisfazer a necessidades distantes, como a realização da justiça, da paz social, tudo em busca da segurança jurídica. Para tanto, utiliza-se, por um lado, normas preestabelecidas na lei (função instrumental) e, por outro, através da interpretação – subsunção – chega-se à satisfação de necessidades concretas (função expressiva). Assim, a combinatória das duas funções é garantida pelo papel instrumental do juiz que, configurado pela

---

<sup>30</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 14.



neutralidade , passa a ser o instrumento capaz de realizar a divisão dos poderes.

Acrescenta, ainda, que a neutralização do Judiciário transforma o sentido da aplicação do direito, na medida em que “agora, o direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se...então), donde uma certa automaticidade do julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso”. Conclui, então, que só assim é possível lidar com os altos graus de insegurança, tendo em vista que a segurança é diferida no tempo pela tipificação abstrata dos conteúdos normativos e pela universalização dos destinatários.<sup>31</sup>

O autor realiza, todavia, uma importante ressalva no sentido de não podermos confundir neutralização com indiferença e alheamento político de tal Poder. O autor explica que a neutralização não torna o Judiciário imune a pressões políticas, mas mesmo que elas ocorram no mundo dos fatos, elas institucionalmente não contam.

Enfatiza o autor, então, que:

Uma das mais importantes conseqüências da neutralização está, assim, no tratamento da relação entre direito e força ou violência física no sistema político. Ela permite que o Legislativo seja despedido de seu uso e que o Executivo dela faça uso sob controle do Judiciário, o que, enfim, realiza o postulado da concentração da força nas mãos do Estado e da proibição do uso privado da força. O Judiciário não concentra a força, mas filtra o seu uso, ao decidir sobre ele.<sup>32</sup>

Por fim, Tércio Sampaio esclarece que tanto a divisão de poderes quanto a neutralização do Poder Judiciário sofreram grandes transformações em nosso século, especialmente nos últimos cinqüenta anos. E atribui essas alterações ao advento da sociedade tecnológica, movimento este que altera o sentido dos controles sociais, políticos e, conseqüentemente, dos controles jurídicos, bem como as preocupações, que não se voltam mais para o

---

<sup>31</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 15-16.

<sup>32</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 16-17.



passado, mas, sim, para o futuro, alterando, ainda, as fórmulas de governo, cujos valores máximos são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, bem como o comportamento do Tribunal, que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento pautado naquilo que o ele poderá fazer. Afirma, então, ser este o contexto que se há de entender o advento do estado do bem-estar social.<sup>33</sup>

A neutralização inerente ao Poder Judiciário sofre uma profunda alteração com o advento do estado do bem-estar social, conforme arremata o autor supracitado:

O crescimento do estado social ou estado do bem-estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não-impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência conseqüente. O estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado.

E, como não poderia ser diferente, o papel do Poder Judiciário restara modificado neste contexto, bem como a própria concepção de divisão de poderes, conforme enfatiza Tércio Sampaio:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.<sup>34</sup>

Com isso, enfatiza o autor, a posição do juiz restou alterada, sendo ele agora co-responsável no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem alcançadas por uma política

---

<sup>33</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 18.

<sup>34</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 18.



legislativa. Com efeito, a responsabilidade do juiz agora é pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.<sup>35</sup>

Essas alterações, todavia, com a desneutralização política do juiz e a repolitização do Judiciário, são alvo de tensões e acirradas discussões acerca dos limites de atuação de referido Poder.

Algumas delas são destacadas por Tércio Sampaio, como aquela em que a vinculação do juiz à lei, base de sua neutralização, acaba por gerar, para o homem comum, um tipo de insegurança, a insegurança gerada pelo próprio direito. Para o autor, a crença na neutralidade institucional do Judiciário fica afetada em nome de padrões políticos, questionado-se sobre os limites da sua imunidade.<sup>36</sup>

Ademais, segundo o autor, a repolitização do Judiciário, com a expansão tecnológica e as possibilidades de ação gerados por ela, gerando a multiplicação do consumo na sociedade de massa, fazem da própria política um bem de consumo, existindo “um verdadeiro marketing de manipulação política da própria política”, que acaba atingindo o próprio Poder Judiciário, passando a sustentar-se por meios políticos, através da busca de apoio da opinião pública, da busca pelo prestígio, etc. Conforme assevera o autor, o maior risco é que essa rendição do Judiciário à tecnologia do sucesso transforme o direito em simples e corriqueiro objeto de consumo.

O autor expressa sua preocupação, ainda, no sentido de que diante da neutralização do Judiciário os demais Poderes produzem normas, mas não criam o direito. Os demais Poderes podem até abusar dos direitos, mas os produtos normativos oferecidos por eles não passam de mercadoria, sem um valor em si. A neutralização do Judiciário institucionaliza a prudência, sendo um guardião ético dos objetos jurídicos, sendo que, com a politização

---

<sup>35</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 19.

<sup>36</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 20-21.



da Justiça tudo passa a ser uma relação de meio e fim, fazendo com que o direito perca o seu sentido de prudência.<sup>37</sup>

A despeito destas preocupações, o autor aponta como solução não a volta ao passado, por ser impossível, mas evitar com que o homem seja manipulado pela tecnologia e pelas formas de poder que ela alimenta, não eliminando a mesma, mas valendo-se da sua própria reflexividade, descobrindo seu limite e sua extensão. Conclui, então, ser necessária a construção de uma tecnologia jurídica.

Por fim, em relação à divisão de poderes, o autor deixa assentado que:

O princípio da divisão de poderes não tem hoje a mesma relevância de outras épocas. Embora persistam as questões tradicionais referentes às funções de controle na relação entre os poderes, o eixo da discussão torna-se agora a dicotomia tipicamente tecnológica macropoder/micropoder.<sup>38</sup>

Não há dúvidas, portanto, da ocorrência de alteração do papel do Poder Judiciário, principalmente com o surgimento do estado de bem-estar social, exigindo que referido Poder adote uma postura pró-ativa e fiscalizadora, em razão das finalidades sociais instituídas, circunstância esta que, inevitavelmente, acaba por transformar a divisão de poderes clássica, em face ao enfraquecimento da neutralização do Poder Judiciário, característica esta que era preponderante no modelo de Montesquieu, mas que, atualmente, restou enfraquecida.

Oscar Vilhena Vieira, também chama atenção para a questão da alteração do papel do Poder Judiciário e das conseqüências resultantes, tecendo importantes considerações sobre o assunto em seu texto “Império da lei ou da corte?”<sup>39</sup>, atribuindo à Constituição de 1988 a responsabilidade

---

<sup>37</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 21.

<sup>38</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 21.

<sup>39</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena – Império da lei ou da corte? Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/21/07-oscar.pdf>. Acessado em 05/08/2010.



dessa alteração, ao ampliar a relação de matérias que não podem ser objeto de deliberação política (art. 60, § 4).

Referido autor propõe a discussão, também, das dificuldades de justificação desse novo poder conferido ao Supremo Tribunal Federal frente a teorias procedimentais da democracia.

Como se vê, portanto, as preocupações existentes acerca da assunção pelo Judiciário desse seu novo papel não é analisada apenas sob a ótica da necessidade de observância da divisão de poderes, mas, também, sobre o dever de respeitarmos a escolha do poder constituinte que adotou, para o Brasil, a forma de um estado democrático de direito. Conciliar democracia e direito é uma tarefa difícil, cuja responsabilidade está, cada vez mais, nas mãos dos magistrados.

Oscar Vilhena, ao se referir às implicações da opção pelo poder constituinte de adoção de um Estado Democrático de Direito, ressalta que:

A conciliação dessas distintas concepções políticas não se dá sem ambigüidades, principalmente se tornarmos a democracia em seu significado meramente procedimental, enquanto governo da maioria, e o estado de direito em seu sentido substantivo, enquanto governos das leis, não apenas no sentido de leis positivas, mas de leis justas. (...) As democracias constitucionais contemporâneas representam tentativas de conciliar essas duas concepções que vivem em constante tensão.<sup>40</sup>

Enfatiza, então, que os tribunais constitucionais, em face do seu dever de zelar pela aplicação das normas constitucionais, nos sistemas democráticos, são fundamentais na concretização do ideal de estado democrático de direito.

Referido autor faz uma interessante comparação entre a força da lei como forma de expressão política e as atribuições do Tribunal, sustentando que quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão política, menores serão as atribuições do tribunal constitucional e, ao contrário, quanto maior o rol de princípios e direitos colocados na

---

<sup>40</sup> VIEIRA, op. cit., p. 72.



constituição a salvo das decisões majoritárias, maiores serão as atribuições de referido tribunal.<sup>41</sup>

Em seguida, Oscar Vilhena propõe quatro modelos de conciliação entre democracia e constitucionalismo, afirmando existir várias formas de classificação dos arranjos institucionais entre democracia e constitucionalismo, correspondendo a cada uma delas um modelo constitucional.

O autor parte, então, para a classificação das constituições, quanto a sua forma de alteração, em rígidas e flexíveis, e ressalta a importância de tal classificação, pois ela esconde, na verdade, a decisão fundamental acerca da opção por um Estado mais constitucional ou um Estado em que a regra da maioria deve ser o procedimento por excelência de tomada de decisões. Segundo o autor, do ponto de vista procedimental, as constituições flexíveis são aquelas adotadas por sistemas mais democráticos que constitucionais, de modo que a vontade da maioria, expressa pelos representantes do povo, deve ser ilimitada, sob pena de se configurar um atentado à democracia.<sup>42</sup>

Percebe-se que as teorias procedimentais da democracia são as que tentam preservar ou resgatar o papel do poder legislativo conforme o modelo proposto por Montesquieu, em que a elaboração da lei e a sua correção eram encargo exclusivo do poder legislativo, sendo inconcebível que o poder judiciário, ante sua falta de legitimidade, procedesse ao controle da lei, limitado que era pelo seu papel de mero aplicador da lei aos fatos que lhe eram colocados.

Como exemplo desse modelo temos a Inglaterra, com sua constituição flexível, podendo ser alterada pela vontade ordinária do parlamento, que, coincidentemente, fora o país cujo modelo serviu de inspiração para Montesquieu quando da elaboração de sua teoria da separação de poderes.

---

<sup>41</sup> VIEIRA, op. cit., p. 72.

<sup>42</sup> VIEIRA, op. cit., p. 72-73.



As constituições rígidas, por sua vez, conforme Oscar Vilhena, são adotadas por aqueles sistemas políticos que admitem a tomada de dois tipos de decisões, quais sejam, as de caráter constitucional, adotadas somente após uma longa discussão em que o povo decide, vinculando a própria vontade de maiorias eventuais, e as de caráter ordinário, deliberados pela maioria dos representantes do povo.

Nesse grupo, acrescenta o autor, os tribunais ou uma corte constitucional fiscaliza a submissão das decisões governamentais e parlamentares às decisões de caráter constitucional, apontando como exemplo desse modelo os Estados Unidos.

Oscar Vilhena ressalta o papel dos tribunais nesses sistemas políticos, em que o papel entregue aos tribunais ou a um corte é mais relevante, na medida em que detêm o poder de resguardar valores constitucionais contra decisões deliberadas pela vontade da maioria.<sup>43</sup>

O supracitado autor aponta como um terceiro modelo, entre o grupo das constituições flexíveis, em as constituições seriam compostas de cláusulas rígidas, só podendo ser alteradas por um quorum qualificado, e de cláusulas flexíveis, passíveis de alteração por deliberação ordinária do parlamento, citando a Constituição brasileira de 1824 como exemplo.<sup>44</sup>

Por fim, o autor apresenta o quarto modelo, que seria aquele surgido a partir da Segunda Guerra Mundial, especificamente na Alemanha Ocidental, em face ao desrespeito a direitos e ao horror do nazismo que provocaram a necessidade de se estabelecerem mecanismos mais eficazes de proteção de certos direitos. Assim, criou-se uma constituição super-rígida em relação a algumas cláusulas, como as tradicionais cláusulas pétreas, em que alguns princípios da organização estatal assumem a característica de intangibilidade frente às deliberações do poder constituinte reformador.

---

<sup>43</sup> VIEIRA, op. cit., p. 73.

<sup>44</sup> VIEIRA, op. cit., p. 73.



Conforme o autor, para este grupo de democracias, algumas decisões fundamentais, acerca de certos direitos e sistema de poder estão acima, até mesmo, da própria vontade constituinte do povo. Para ele, essa opção é difícil de ser justificada democraticamente, em face às “limitações constitucionais impostas às gerações futuras pela geração que produziu a constituição, pois democraticamente cada geração tem o direito de decidir sob quais princípios quer viver”.

Como exemplo deste último modelo mencionado, o autor cita a democracia constitucional alemã, sendo que a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, apresenta vedações expressas à supressão de direitos fundamentais.<sup>45</sup>

Em uma análise da opção brasileira, Oscar Vilhena discorre que nosso sistema constitucional de 1988 também pode ser incluído neste último modelo, pois ampliou as matérias que não podem ser sequer objeto de emenda.<sup>46</sup>

Como não poderia ser diferente, a consequência disso foi a significativa alteração do papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa o autor, que a grande alteração se deu em relação à inclusão dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias entre as limitações materiais, o que representa o rompimento de uma tradição de cláusulas pétreas com o objetivo de assegurar a integridade do Estado para a proteção da esfera dos direitos e da cidadania. Com isso, enfatiza o autor, abriu-se uma enorme porta ao Supremo Tribunal Federal para que exerça a função de guardião da Constituição, inclusive perante à soberania popular exercida mediante o poder constituinte reformador.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> VIEIRA, op. cit., p. 73-74.

<sup>46</sup> VIEIRA, op. cit., p. 75.

<sup>47</sup> VIEIRA, op. cit., p. p.75.



Para o autor, a situação chegou a um ponto em que “a democracia constitucional brasileira passou a ser mais constitucional que democrática e que o órgão mais poderoso dentre desse sistema constitucional é o Supremo Tribunal Federal”.<sup>48</sup>

Diante desta constatação, Oscar Vilhena conclui que referido poder necessita ser justificado, sendo que a sua compatibilização com alguma teoria democrática não é a única fonte de legitimação de um sistema político e de um tribunal constitucional, havendo outros valores, como direitos e princípios fundamentais, que podem ser tão ou mais importantes para uma comunidade do que regras estabelecidas pela maioria. Para o autor, é necessário a demonstração de que a defesa desses valores e princípios fundamenta-se não apenas no fato de estarem cristalizados na Constituição, mas que não estão submetidos aos procedimentos e decisões da maioria ou do poder constituinte reformador, pois são direitos que antecedem ao Estado, sendo indispensáveis à preservação da dignidade humana, logo, não podem estar sujeitos a qualquer processo de deliberação política.

Arremata, então, o autor, que somente nessas hipóteses e que se pode justificar a atribuição de um poder tão grande ao um tribunal.<sup>49</sup>

Essas duas abordagens efetuadas por ambos os autores mencionados acima acerca da alteração das funções do Poder Judiciário, com o fortalecimento de seu papel perante os demais Poderes, e com a conseqüente alteração da divisão de poderes e do próprio entendimento acerca da democracia, nos permite dizer que houve um distanciamento muito grande do modelo proposto por Montesquieu, cuja essência, praticamente, serve apenas como inspiração contra o absolutismo.

Resta enfraquecida, portanto, naqueles casos em que o Poder Judiciário toma decisões que não se limitam a subsunção da lei ao fato, mas vão além e garantem a implementação de direitos previstos

---

<sup>48</sup> VIEIRA, op. cit., p. 76.

<sup>49</sup> VIEIRA, op. cit., p. 77.



Caderno Virtual N° 25, v. 1 - jan-jun/2012

constitucionalmente com base em outras fontes de direito, como os princípios e outros valores (ética e moral), a argumentação de que tal decisão deve ser revista em face ao dever de observância do princípio da separação dos poderes, tendo em vista a própria alteração deste.

Essa alteração pode ser sentida de forma clara, também, no campo das políticas públicas, que devem ser implementadas, essencialmente, pelo poder legislativo e, de forma secundária pelo poder executivo, sendo que, atualmente, em razão de uma série de fatores, vem sendo, cada vez mais, implementadas pelo poder judiciário, sendo que tal assunto, em face de sua extensão e complexidade, será deixado para o próximo tópico.

Com base em tudo o que fora exposto até o presente momento, podemos responder ao questionamento efetuado no título do texto de Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirmativamente, ao perguntar se o papel do judiciário frente à divisão de poderes representa a decadência de tal princípio. Aproveitando o ensejo, podemos responder também ao questionamento de Oscar Vilhena Vieira no sentido de que hoje estamos diante do império da corte e não mais da lei, ao contrário do modelo proposto por Montesquieu.

## **CONCLUSÃO**

Do ponto de vista democrático, o modelo de Montesquieu era o que mais se sustentava, na medida em que os cidadãos, por não terem condições de tratar dos negócios públicos, mas por terem capacidade de escolher aqueles que o representassem, delegaram àqueles que reputavam capazes o poder de legislar em nome deles, com a convicção de que seriam devidamente representados e ter atendidos seus anseios e necessidades. Além de legislar, cabia ao poder legislativo o papel de verificar se a lei estava sendo bem executada, além de abrandar eventual rigor da norma, concentrando em suas mãos o poder de representar os cidadãos.

A essência de tal modelo foi apreendida por muitos países, inclusive, o Brasil, que detém institutos muito parecidos com aquela proposta,



Caderno Virtual N° 25, v. 1 - jan-jun/2012

que foram estabelecidos pelo poder constituinte, tendo determinado, inclusive, que são poderes independentes e harmônicos entre si o legislativo, o executivo e o judiciário, sendo que, ainda que suas funções sejam diferenciadas do antigo modelo, nunca devemos perder de vista a essência do modelo de Montesquieu, cujo principal objetivo era barrar o absolutismo.

Não há dúvidas de que a clássica teoria da separação de poderes restou alterada, em razão de inúmeros fatores, dentre os quais a desneutralização do judiciário, o advento do estado de bem-estar social, a adoção de constituições super-rígidas e a globalização.

Em que pese tal quadro seja irreversível, não podemos perder de vista a necessidade de conciliação entre o atendimento das demandas sociais e o respeito ao sistema democrático, devendo-se preservar as distinções de funções entre os poderes, a fim de não voltarmos à época em que o poder se concentrava nas mãos de um único poder.

#### **REFERÊNCIAS:**

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. **Revista dos Tribunais**, vol. 868, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>, acessado em 05/08/2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade I**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: 1997.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. Disponível em: [http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep\\_poderes.pdf](http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf), acessado em 10/08/2010.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.



Caderno Virtual N° 25, v. 1 - jan-jun/2012

PESSANHA, José Américo Motta e Lamounier, Bolivar: Montesquieu (1689-1755): Vida e Obra.

VIEIRA, Oscar Vilhena – Império da lei ou da corte? Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/21/07-oscar.pdf>, acessado em 05/08/2010.