

EM BUSCA DE UMA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM MONTESQUIEU: ENTRE O GOVERNO MISTO E A SUPREMACIA LEGISLATIVA

Nelson Juliano Cardoso Matos  

Deborah Dettmam Matos  

Contextualização: O entendimento atual a respeito do princípio da separação de poderes é marcado por ambiguidades e contradições.

Objetivo: Nesse contexto, pretende-se revisar o debate tradicional sobre a doutrina da separação de poderes, reconstituindo as etapas mais importantes da sua formação.

Metodologia: Pesquisa de revisão bibliográfica.

Resultados: Para dar clareza às ideias, será necessário recompô-las desde às suas origens históricas e teóricas até o uso efetivo coerente atual, para tanto, desmistificar a doutrina e descortinar a posição de Montesquieu, situando-o no seu contexto e extraíndo a sua contribuição para o debate contemporâneo. Nessa trajetória, entrelaçam-se as categorias: governo misto, supremacia legislativa e separação de poderes.

Palavras-chave: Liberdade, Separação de poderes, Governo misto; Supramcia legislativa; Montesquieu.

IN SEARCH OF A THEORY OF THE SEPARATION OF POWERS IN MONTESQUIEU: BETWEEN MIXED GOVERNMENT AND LEGISLATIVE SUPREMACY

Contextualization: The current understanding of the principle of separation of powers is marked by ambiguities and contradictions.

Objectives: In this context, it is intended to review the traditional debate on the doctrine of separation of powers, reconstructing the most important stages of its formation.

Methodology: Bibliographic review research.

Results: To give clarity to the ideas, it will be necessary to recompose them from their historical and theoretical origins to their current coherent effective use, in order to demystify the doctrine and unveil Montesquieu's position, placing it in its context and extracting its contribution to the contemporary debate. In this trajectory, the following categories are intertwined: mixed government, legislative supremacy and separation of powers.

Keywords: Freedom; Separation of powers; Mixed government; Legislativa supremacy; Montesquieu.

EN BUSCA DE UNA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN MONTESQUIEU: ENTRE GOBIERNO MIXTO Y SUPREMACÍA LEGISLATIVA

Contextualización del tema: La comprensión actual del principio de separación de poderes está marcada por ambigüedades y contradicciones.

Objetivos: En este contexto, se pretende revisar el debate tradicional sobre la doctrina de la separación de poderes, reconstruyendo las etapas más importantes de su formación.

Metodología: Investigación de revisión bibliográfica.

Resultados: Para dar claridad a las ideas, será necesario recomponerlas desde sus orígenes históricos y teóricos hasta su vigencia actual coherente, con el fin de desmitificar la doctrina y develar la posición de Montesquieu, situándola en su contexto y extrayendo su aporte a la contemporaneidad. debate. En esta trayectoria se entrelazan las siguientes categorías: gobierno mixto, supremacía legislativa y separación de poderes.

Palabras clave: Libertad; Separación de poderes; Gobierno mixto; Supramacía legislativa; Montesquieu.

INTRODUÇÃO

Considera-se a doutrina da separação de poderes o núcleo didático do paradigma hegemônico no direito. É pela doutrina da separação de poderes que se torna possível fazer a distinção entre o jurídico e o político, bem como “neutralizar” o poder judiciário. Nesse sentido, a crise da doutrina da separação de poderes consiste em apenas um aspecto da crise paradigmática, trata-se de um entre vários enigmas do paradigma moderno no direito.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é revisitar o debate tradicional acerca da doutrina da separação de poderes, reconstituindo as etapas mais importantes de sua formação. Embora o princípio da separação de poderes seja amplamente difundido nas constituições ocidentais como dogma, e, embora a doutrina em direito constitucional, em teoria do Estado e em ciência política trate a respeito do tema superficialmente (como se não fosse necessário perder palavras com um assunto por demais claro e incontroverso), o tema, quando devidamente abordado, é complexo e controvertido¹.

Geralmente, o princípio da separação de poderes é entendido como estrita distinção entre três poderes (três conjuntos orgânicos) a partir do critério funcional; os órgãos estatais seriam agrupados em três ramos – executivo, legislativo e judiciário -, de acordo com a natureza da função que cada um exerce. Agrega-se a essa ideia do senso comum, por um lado, a vedação da confusão entre os titulares de órgãos de cada ramo e a vedação do exercício de função não típica também por cada ramo; ou seja, a vedação aos titulares de órgãos do executivo, por exemplo, de acumularem cargos no legislativo ou no judiciário, bem como a vedação, por exemplo, de o executivo praticar atos de natureza legislativa ou judicial. Por outro lado, também é difundida no senso comum a ideia de “harmonia” ou de interferência entre os poderes. O antagonismo das duas ideias enfatizaria a contradição, não fossem as duas ideias separadamente, por si, de frágil fundamentação e de frágil coerência interna. Nesse sentido, a ideia geral do princípio da separação de poderes é mitigada no senso comum por diversas concepções, como a substituição da exclusividade pela preferência no exercício das funções de cada poder; apenas com essa mitigação seria possível explicar as situações em que o presidente promulga medidas provisórias, decretos-leis e decretos autônomos, o senado julga crimes de responsabilidade e os juízes e tribunais realizam atos administrativos rotineiros. Outra ideia recorrente no senso comum é simplificar a doutrina da separação de poderes como obra original do intelecto do barão de Montesquieu, na França, em meados do século XVIII.

No entanto, como se verá a seguir, tais informações tão difundidas pela doutrina tradicional, particularmente pelos manuais utilizados nas escolas jurídicas, expressam

¹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 11.

uma interpretação excessivamente ambígua da doutrina, com certo descompasso em relação às suas origens históricas e teóricas e ao seu efetivo uso coerente nos dias de hoje. Essa imprecisão dá ao princípio da separação de poderes mais uma expressão simbólica do que implicações práticas coerentes. Para sanar esse problema, os aspectos históricos, teóricos e dogmáticos da doutrina e do princípio da separação de poderes serão revisitados e clarificados, especialmente a contribuição de Montesquieu e as distorções aplicadas a ela.

1. SITUANDO O DEBATE: CINCO ADVERTÊNCIAS ANTES DE LER MONTESQUIEU

Primeiro, apesar de ser tão divulgado que Montesquieu teria sido o autor da doutrina da separação de poderes, muitos elementos da formulação moderna da doutrina da separação de poderes são anteriores² e influenciaram a formação do pensamento de Montesquieu sobre o tema. Parte dessa doutrina, inclusive, reputa a eventual autoria a John Locke³, cinquenta anos antes, e não a Montesquieu⁴. Há, inclusive, argumentos que negam não só a originalidade⁵ a Montesquieu como afirmam que a teoria de Montesquieu expressa em *O espírito das leis* não tem por objeto uma doutrina da separação de poderes, mas outro assunto próximo e distinto⁶.

O segundo fator relevante, incontroverso, mas eventualmente esquecido, é que a doutrina da separação de poderes foi escrita e publicada por Montesquieu antes da promulgação da Constituição dos Estados Unidos (1776), da Constituição da França (1789) e da Constituição espanhola de 1812, portanto, antes do que propriamente se denominaria de moderno constitucionalismo⁷. Ou seja, a elaboração teórica de Montesquieu, bem como de seus predecessores, ignorava a constituição escrita como elemento do sistema político e seus eventuais corolários como a supremacia constitucional e a supremacia judicial.

O terceiro fator está relacionado à dificuldade do uso uniforme da linguagem sobre o tema. A própria expressão “doutrina da separação de poderes” foi evitada ou

² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução, p. 44.

³ BLANCO VALDÉS, Roberto L. **O valor da constituição**: separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do estado liberal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴ M. J. C. Vile, indiretamente, considerou George Lawson como o teórico que estabeleceu as bases da doutrina da separação de poderes, antes de Locke e de Montesquieu, cf. VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 61-3.

⁵ VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 85.

⁶ VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 96.

⁷ MCLLWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo – antigo y moderno**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. E MATTEUCCI, Nicola. **Constitucionalismo**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.

desconhecida nos textos teóricos e normativos da época (séculos XVII e XVIII), sendo reconhecido como tal pelo conteúdo do argumento e não pela denominação convencional. Pinto Ferreira, por exemplo, observou que Montesquieu nunca empregou a expressão “separação de poderes” na sua obra e que sua ampla aceitação está relacionada à fórmula reproduzida na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*⁸. As palavras “separação”, “poderes”, “legislativo” e “executivo”, por exemplo, também estão marcadas por múltiplos significados e aplicações.

O quarto fator é a identificação do substrato que fundamenta quase todas as teorias da separação de poderes, bem como as teorias correlatas, isto é, o objetivo de impedir, deter ou controlar o poder arbitrário a partir de um desenho institucional eficiente⁹.

Por fim, o quinto fator é reconhecer a existência de múltiplas doutrinas da separação de poderes. Ou, para evitar antecipar mais uma controvérsia semântica, reconhecer a associação entre diversas teorias e propostas de desenhos institucionais contra o arbítrio, especialmente durante os movimentos revolucionários na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França, entre meados do século XVII e meados do século XIX¹⁰.

2. DESENHOS INSTITUCIONAIS CONTRA O ARBITRIO: A CONFORMAÇÃO DAS DOCTRINAS DA SEAPRAÇÃO DE PODERES NOS SÉCULOS XVII, XVIII E XIX.

Entender o princípio da separação de poderes, tão difundido nas constituições ocidentais contemporâneas, pressupõe entender a doutrina da separação de poderes que, presume-se, lhe daria o sentido. A complexidade do tema, entretanto, exige clarificação, enfrentando as ambiguidades e as contradições, neste caso, organizando as devidas distinções. Nesse contexto, é possível perceber, com algum esforço de síntese, três causas de ambiguidade: os problemas semânticos, o entrelaçamento de fundamentos teóricos distintos e as circunstâncias originárias de cada teoria e seus desdobramentos, no tempo e no espaço.

2.1 A desarmonia semântica que dificulta dar sentido à doutrina da separação de poderes.

Com relação à primeira causa, a ambiguidade semântica, especialmente três termos foram utilizados de forma desarmoniosa: separação, poderes e legislativo.

A palavra poderes é utilizada em diversos sentidos e é mesmo a principal fonte de

⁸ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 87.

⁹ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 21.

¹⁰ M. J. C. Vile distinguiu a teoria da separação de poderes propriamente dita, que ele denominou de teoria pura da separação de poderes, do que ele denominou de teorias associadas a ela. Para Vile, as teorias do governo misto (ou a teoria dos “poderes e contrapoderes”) são teorias associadas e não propriamente teorias da separação de poderes. Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 12.

ambiguidade. Os cinco sentidos mais utilizados são: (a) como unidade do poder estatal, portanto, no singular, quando, por exemplo, se enfatiza a divisão do poder; (b) como esferas ou áreas do poder estatal dividido, portanto, no plural; esses poderes separados, por sua vez, podem significar (c) órgãos distintos, (d) funções distintas ou (e) pessoas distintas¹¹. Cada sentido aplicado produz um resultado diferente. Por exemplo, o reconhecimento de funções distintas não impede que todas sejam exercidas pelo mesmo órgão ou pela mesma pessoa.

Essa desarmonia no uso do termo poderes reflete na palavra separação. Assim, ora separar significa distinguir conceitualmente as três funções, ora significa distribuir as funções em órgãos distintos por especialidade. Ora significa a proibição extremada da interferência de um órgão no outro, ora aceita a interferência parcial e mitigada, ora exige a intensa interferência controladora (a separação dos órgãos é pressuposto lógico para o controle interorgânico). Ora separar significa distinção orgânica, mas não pessoal, ora separar significa até mesmo a proibição de o ocupante do cargo de um poder ingressar na sede (prédio físico) de outro poder. Ou seja, separação pode significar: segregação radical, separação parcial ou mitigada, distribuição ou, mesmo, controle.

Embora não contida na fórmula clássica, a ambiguidade da palavra legislativo ou de expressões correlatas também causa problemas. Assim, às vezes legislativo significa função, outras vezes órgão, outras vezes poder. O conceito de legislação como função também é dependente do critério, assim o critério pode ser a estrutura, a forma ou a fonte orgânica. A ideia de legislativo como órgão às vezes é entendida como autoridade que legisla, outras vezes como o órgão de representação popular ou nacional.

M. J. C. Vile entendeu as implicações dessa ambiguidade semântica: “quando uma palavra tem ao menos cinco significados diferentes dentro de um mesmo contexto, se converte mais em obstáculo que em ferramenta útil para refletir com clareza”¹².

2.2 As três camadas de uma teoria do governo misto: as formas de governo, o governo moderado e o governo das leis.

A segunda causa é o entrelaçamento dos vários fundamentos teóricos¹³. Novamente, com algum esforço de síntese, seria possível distinguir três matrizes teóricas que influenciaram o período demarcado: a teoria do governo misto, a teoria rígida da separação de poderes (na falta de expressão melhor) e a teoria da supremacia legislativa.

¹¹ VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 13.

¹² VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 13.

¹³ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução, p. 145.

A rigor, a teoria do governo misto¹⁴ não poderia ser confundida com uma doutrina da separação de poderes, embora seja, talvez, o desenho institucional contra o arbítrio mais duradouro e mais influente ao longo da história ocidental. Para além dessa relevância, dois outros fatores tornam imprescindível considerar essa abordagem: o argumento do governo misto é o assunto de maior destaque no Capítulo VI (do Livro XI) de *O espírito das leis* (onde Montesquieu teria tratado da separação de poderes) e aspectos da teoria do governo misto foram incorporados em quase todas as variações da doutrina da separação de poderes.

O que até aqui foi denominado de teoria do governo misto, para os fins deste estudo, ou seja, para sua aplicação na formulação da doutrina da separação de poderes, deve ser desdobrado em, pelo menos, três teorias: a teoria do governo misto propriamente dita, a teoria do governo moderado e a teoria do governo das leis. Não são propriamente a mesma teoria, mas estão estritamente associadas na maioria dos casos. Um exemplo dessa associação, no contexto deste estudo, é a formulação da “constituição equilibrada” (*balanced constitution*) na Inglaterra do século XVIII¹⁵.

A teoria do governo misto, cuja formulação mais famosa pertence a Políbio¹⁶, consiste no desenho institucional da forma perfeita e estável de governo, a partir da conjugação engenhosa das três formas puras: reino¹⁷, aristocracia e democracia. As razões para uma teoria do governo misto é que as formas puras, ainda que formas boas, não seriam estáveis, sendo facilmente sucedidas por formas de governo degeneradas (tirania, oligarquia e oclocracia); no governo misto, cada uma das três dimensões equilibra as outras, estabilizando o governo, impedindo a degeneração e assegurando a liberdade¹⁸.

É nesse sentido que, os defensores do governo misto pretendiam atingir três objetivos: (a) associar a mais eficiente estrutura orgânica à finalidade específica correspondente, ou seja, proteger as liberdades por um órgão popular, julgar com parcimônia por um órgão aristocrático e conduzir os negócios públicos com um órgão monárquico; (b) assegurar consecução do bem comum, a partir do reconhecimento das potências sociais representadas por órgãos correspondentes, a interação entre os órgãos

¹⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução, p. 17.

¹⁵ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução; e VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**.

¹⁶ POLÍBIO DE MEGALÓPOLIS. **Historia universal bajo la República Romana**. Tomo II. S. I.: Ediciones elaleph.com, 2000.

¹⁷ Apesar da difusão do termo “monarquia”, Políbio preferiu a expressão “reino”, cf. POLÍBIO DE MEGALÓPOLIS. **Historia universal bajo la República Romana**. p. 147.

¹⁸ POLÍBIO DE MEGALÓPOLIS. **Historia universal bajo la República Romana**. p. 156-7. Para Óscar Godoy Arcaya, é a mesma intenção de Montesquieu: “visto por outra perspectiva, pode-se dizer que o barão de La Brède sustenta que o governo da sociedade civil não pode estar a cargo de um simples órgão, mas de um órgão composto”, cf. GODOY ARCAJA, Oscar. Antologia política de Montesquieu. **Estudios Públicos**, Santiago de Chile, n. 62, 1996, p. 348 [tradução nossa].

controla os excessos, evita o predomínio dos interesses parciais e conduz ao bem da comunidade; e (c) interromper o processo natural de degeneração das formas de governo e, portanto, estabilizar as relações políticas.

Não é de todo correto, entretanto, atribuir a Políbio a autoria ou a originalidade da formulação da teoria do governo misto¹⁹. Antes dele, Aristóteles havia formulado um desenho institucional similar²⁰. O contexto teórico da formulação aristotélica, entretanto, permite apresentar essa teoria com outra denominação, com conteúdo eventualmente mais abrangente: a teoria do governo moderado²¹. A formulação mais famosa do governo moderado pertence a Aristóteles²², atendendo à máxima de que a perfeição é evitar os extremos, isto é, moderar entre a falta e o excesso. Nesse sentido, a *politeia* aristotélica era o resultado de um desenho institucional que moderava e equilibrava ricos e pobres, oligarquia e democracia, controlando os excessos uns dos outros²³.

A terceira camada da teoria do governo misto (*lato sensu*) é a teoria do governo das leis. A referência à teoria do governo das leis (em contraste com o governo dos homens), como se verá depois, é recorrente entre os clássicos da política, desde Platão²⁴, pelo menos. O sentido da teoria do governo das leis é que a generalidade e a constância são preferíveis à mudança das paixões: “este contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá ao *topos* não menos clássico da lei identificada com a voz da razão”²⁵. A expressão governo “das leis” pode levar o leitor desavisado a algum equívoco; por “lei” deve-se entender um direito superior (supralegal), que restrinja as “mudanças de paixão” do legislador (do governante). Francis Fukuyama esclareceu o sentido de governo das leis (primado da lei):

Nas sociedades pré-modernas, acreditava-se que as leis eram criadas por uma autoridade superior a qualquer legislador humano, ou por uma autoridade divina, por costumes imemoriais ou pela natureza. Por outro lado, legislação corresponde àquilo que hoje é chamado de lei positiva e é uma função do poder político, isto é, a capacidade de um rei, barão, presidente, legislativo ou comandante militar de criar novas leis e fazer com que sejam cumpridas com base em uma combinação de poder e autoridade. Pode-se dizer que o primado da lei existe somente onde o corpo de leis anteriormente existente é soberano

¹⁹ O próprio Políbio apresentou o que atualmente se denomina de teoria do governo misto como a expressão da experiência espartana (pela graça de Licurgo) e romana.

²⁰ ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da UnB, 1997, p. 137-8.

²¹ ARISTÓTELES. **Política**, p. 140.

²² ARISTÓTELES. **Política**.

²³ ARISTÓTELES. **Política**, p. 145 e 163.

²⁴ Norberto Bobbio lembrou um dos diálogos em *As leis*, de Platão: “Onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades”, cf. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 96).

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política, p. 96.

sobre a legislação, o que significa que o detentor do poder político sente-se limitado pelas leis²⁶.

Nesse sentido, Franz Neumann destacou que, na organização política medieval (germânica), “a única justificação do Estado era a de que ele se constituía como um meio para a realização do direito: ‘Não a monarquia, mas o direito deveria ser soberano’”²⁷.

2.3 Esboços do que seria a doutrina original da separação de poderes e do que seria a doutrina da supremacia legislativa

Piçarra atribuiu a origem da formulação um pouco mais coerente do que viria a ser a doutrina da separação de poderes ao contexto da guerra civil inglesa (século XVII)²⁸, incluindo os seus antecedentes, o Protetorado e, em certa medida, a Restauração.

Mais nitidamente, essa doutrina rígida da separação de poderes pode ser percebida nos antecedentes da guerra civil e de forma um pouco mais explícita no desenho formal do Instrumento de Governo (que instituiu o Protetorado)²⁹. O que motivava essa doutrina (ou os fragmentos de argumento ainda não consolidados) era o embate contra o rei, em uma dimensão do problema, e o embate contra o arbítrio (também do rei), em outra dimensão. A separação de poderes, nesse contexto, significava que a soberania unificada nas mãos do rei era a fonte do arbítrio e que deveria ser dividida com outro órgão, o parlamento. Importava, assim, na maioria das vezes, a divisão orgânica do poder, ainda que não implicasse a nítida distribuição das funções.

Naquele contexto histórico e geográfico, três características merecem ser destacadas de uma síntese bastante aceita: a divisão é, sobretudo, orgânica e não funcional (mesmo quando dirigida a elementos funcionais, raramente dissociadas as três funções típicas executiva, legislativa e judicial); a divisão é, geralmente, binária (rei e parlamento), aceitando variações sem destaque ao poder judiciário, salvo raras referências à câmara dos lordes como órgão judicial de cúpula³⁰; e, principalmente, a divisão implica a não interferência de um órgão (poder) em outro poder, assim, as

²⁶ FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Rio de Janeiro: Rocco, 2013, p. 274. No mesmo sentido é a explicação de Norberto Bobbio, cf. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política, p. 96-7. Para mais explicações sobre o tema, vale cf., também, BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, especialmente o capítulo *Governo dos homens ou governo das leis*, bem como HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. São Paulo: Visão, 1985.

²⁷ NEUMANN, Franz. **O império do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 129. O autor reforça o seu argumento na p. 138.

²⁸ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução, p. 44.

²⁹ Ressalve-se a controvérsia sobre se o Instrumento de Governo expressava uma doutrina da separação de poderes ou uma doutrina de supremacia legislativa.

³⁰ Para saber mais sobre a função judicial associada à Câmara dos Lordes, cf. VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 60-1.

atribuições claramente separadas (ainda que não fossem pelo critério da especialidade funcional) impediriam o exercício do poder arbitrário.

Ainda no contexto da guerra civil inglesa, uma oposição moderada à arbitrária unidade do poder nas mãos do rei levou a diversas formulações de divisão do poder estatal, mantendo-se reduzido o poder do monarca. É o que, até aqui, se denominou de doutrina rígida da separação de poderes. Paralelamente, uma oposição radical a essa arbitrária unidade do poder nas mãos do rei levou à doutrina da supremacia legislativa (ou, distinta, com alguma sutileza, à doutrina da supremacia do legislativo).

Pela doutrina da supremacia do legislativo, o órgão legislativo, particularmente o de legitimidade popular, tem precedência sobre todos os outros órgãos estatais. Há, também, alguma complexidade nessa doutrina; não se trata propriamente de substituir o rei como unidade do poder estatal, mas entender que a legislação é a expressão do poder, enquanto as outras atividades estatais são aplicações da legislação, e que somente o povo ou a assembleia popular (parlamento) teriam legitimidade para legislar. Percebe-se, portanto, a necessária distinção orgânica e funcional como antecedente da supremacia do legislativo e legislativa, ainda que se distancie de uma separação rígida de poderes baseada na premissa de igualdade entre os órgãos.

A doutrina da supremacia legislativa ganharia enorme sofisticação com o argumento de John Locke pouco depois. A doutrina da supremacia do legislador manteve-se influente em diversas situações e lugares, como a doutrina da soberania do parlamento na Inglaterra. Bem como na França, com Rousseau e, em seguida, com os jacobinos.

A doutrina da supremacia legislativa, particularmente, embora não se confunda com ela, não é necessariamente excludente em relação à doutrina da separação de poderes, nem mesmo em relação à separação rígida de poderes. Com o gradual esfacelamento do sistema político medieval e a concomitante conformação do sistema político moderno, não só o poder político se concentrou na entidade estatal como a pluralidade de fontes jurídicas, também gradativamente, ficaram reduzidas às fontes estatais, particularmente à lei. Nesse sentido, para antes da doutrina da separação de poderes, difundia-se e consolidava-se o entendimento de que o direito antecede a sua aplicação, ou seja, que a criação da lei, a legislação, antecede a aplicação da lei. Nesse contexto, a supremacia legislativa não passaria de corolário do próprio Estado moderno.

2.4 Da Inglaterra à França: adaptações e reformulações da doutrina da separação de poderes

A discussão entre meados do século XVII e do século XIX gravitava em torno do mesmo substrato político: qual o desenho institucional eficiente para evitar o arbítrio? (Ou, em outros termos, como proteger a liberdade?). A pergunta era pertinente,

sobretudo, nos lugares e nos momentos que antecederam e sucederam rupturas revolucionárias na ordem institucional. As teorias se intensificaram, inicialmente, na Inglaterra da guerra civil (século XVII), assim como em circunstâncias semelhantes nos Estados Unidos a partir da guerra de independência e na França revolucionária. No caso da Inglaterra, mais nitidamente, a sucessão de eventos proporcionou, também, sucessivos ajustes, adaptações e reformulações, como na Restauração, na Revolução Gloriosa e na Reforma (de 1832).

Assim, seguindo uma cadência cronológica e geográfica, percebe-se que a doutrina da separação de poderes (ou elementos dela) foi formulada originalmente na Inglaterra no contexto da guerra civil.

Desde os primeiros momentos, entretanto, a doutrina da separação de poderes foi submetida a severas críticas. Nos momentos que antecederam a execução do rei Carlos I e a instituição do Protetorado (Instrumento de Governo, de 1653), o famoso documento *Resposta de Sua Majestade às Dezenove Proposições do Parlamento*³¹ apresentou argumentos fundados na teoria do governo misto³² contra argumentos da separação de poderes e da supremacia do legislativo. O que mais impressiona é que o substrato do argumento real foi a proteção da liberdade contra o arbítrio.

Em seguida, certa simbiose entre a doutrina rígida da separação de poderes e a doutrina da supremacia legislativa (e não do legislador) são perceptíveis no texto do Instrumento de Governo, do Protetorado. O autoritarismo da regência de Oliver Cromwell como lorde protetor enfraqueceu a influência das duas doutrinas. Não o bastante para o retorno ao sistema antigo. Nesse contexto, a Restauração desenvolveu outra simbiose entre as duas doutrinas e a teoria do governo misto, produzindo o que ficou conhecido como constituição equilibrada (ou monarquia equilibrada). A partir de então, gradativamente, a separação rígida de poderes e o governo misto vão cedendo lugar ao fortalecimento de variações da doutrina da supremacia do legislador, até o que ficou conhecido como doutrina da soberania do parlamento³³.

Os Estados Unidos recepcionaram as experiências e o debate ingleses, agregados à marcante influência de Montesquieu. No caso norte-americano, vale distinguir três movimentos: o primeiro começa com a Independência e termina com a Convenção da

³¹ No contexto da guerra civil, em 1642, o Parlamento apresentou ao rei Carlos I uma petição com *Dezenove Proposições*. Em seguida, o rei apresentou a resposta negativa à petição. Os fundamentos da negativa ficaram conhecidos como a *Resposta às Dezenove Proposições*. Cf. POCOOCK, J. G. A. **El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 440.

³² Para M. J. C. Vile, a teoria do governo misto teria sido reconfigurada como teoria da constituição equilibrada na *Resposta às Dezenove Proposições*, cf. VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 43.

³³ Para mais informações sobre o tema da soberania do parlamento, cf. A. V. DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. MacMillan: London, 1927; e BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England in four books**. Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893.

Filadélfia, e consiste nos debates e nas experiências locais das treze novas repúblicas, desenhando, cada uma, o seu sistema político; o segundo movimento está situado em torno da nova constituição (1787), seja nos debates da Convenção da Filadélfia, seja no texto constitucional ou nos debates que sucederam para a promulgação; e o terceiro movimento está situado no argumento do *justice* John Marshall no caso *Marbury versus Madison*, cujos efeitos relevantes, entretanto, serão retardados. No primeiro movimento, na falta do rei, percebe-se certa tendência a favor da doutrina da supremacia legislativa³⁴; no segundo movimento, conforma-se o que ficou conhecido como doutrina de freios e contrapesos; e, no terceiro movimento, incorpora-se ao tema o princípio da supremacia constitucional.

Na França, é impossível encontrar um padrão diante das sucessivas constituições. O que se pode perceber é que a França se tornou um laboratório para experiências originais ou radicais, como a aplicação de uma democracia quase rousseauniana durante o período jacobino, ou de nostálgicas adaptações de instituições romanas no período do consulado e do império. A estabilidade do sistema político francês, muito provavelmente, só seria firmada com a Constituição da V República, em 1958. Apesar de não se expressar assim nominalmente nas constituições, Blanco Valdés considerou que a tradição francesa consagra a doutrina rousseauniana da “supremacia da lei”³⁵.

Desse emaranhado de teorias, parece ser possível identificar duas tendências. Uma em que a doutrina da separação de poderes tende para o aspecto do governo misto, que enfatiza a interação e o controle interorgânico, cujo exemplo atual são os Estados Unidos. Outra em que a doutrina da separação de poderes tende para a supremacia do legislativo com forte apego à distinção funcional, cujos exemplos atuais são a Inglaterra e a França.

3. EM BUSCA DE UMA DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM MONTESQUIEU: TRÊS TEORIAS

Em *O espírito das leis*, o tema separação de poderes nunca é nominalmente abordado. Nem mesmo a localização do Capítulo VI (do Livro XI) dá qualquer indício de que ali estaria uma teoria da separação de poderes. O título do capítulo é *Da constituição da Inglaterra*, que está inserido no livro *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição*, que, por sua vez, está inserido na Parte II, cujo título é *Das leis na relação que possuem com a força defensiva*. Portanto, não indica tratar-se de uma teoria da separação de poderes.

³⁴ WOOD, Gordon S. **La revolución norteamericana**. Barcelona: Mondadori, 2003, p. 104.

³⁵ BLANCO VALDÉS, Roberto L. **O valor da constituição**: separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do estado liberal, Capítulo 4. A posição de Blanco Valdés, entretanto, deve ser vista com certa cautela, porque desconsidera três eventuais causas concorrentes: a influência do debate inglês do século anterior, a influência do debate constitucional francês durante a Revolução (de Sieyès, por exemplo) e uma síntese elaborada com a Restauração. Cf., também, VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**.

Mesmo o início do argumento, coerente com o contexto geral em que o capítulo está inserido, demonstra a precaução de Montesquieu com o tema clássico da liberdade política, ou sobre como é possível proteger a liberdade³⁶? O título do capítulo chave é sugestivo, pois antecipa ao leitor a resposta: “a constituição da Inglaterra”. Esse é o ponto de conexão entre todas as partes do capítulo e entre todos os argumentos de Montesquieu que, às vezes, parecem desconectados.

Seguindo a longa tradição antecedente, Montesquieu antagonizou liberdade política com o exercício arbitrário do poder e, assim, associou a proteção da liberdade aos instrumentos de limitação do poder e de controle do poder arbitrário. Nesse sentido, o argumento de Montesquieu pouco inova, seja no debate recente, presente particularmente na própria Inglaterra, seja a partir de fontes mais antigas, como Platão, Aristóteles e Políbio.

Apesar da primeira impressão, o argumento de Montesquieu é persuasivo. A primeira premissa é que o antagonista da liberdade é o arbítrio e que a fonte do arbítrio é o poder (político, estatal). A segunda premissa é que o poder naturalmente (inevitavelmente) abusa da liberdade, isto é, o poder corrompe a índole do governante que, naturalmente (inevitavelmente) dispendo dos meios e tendo a necessidade, atentaria contra a liberdade ou, pelo menos, agiria sem considerar as liberdades dos súditos. Assim, Montesquieu descreveu a origem do mal (a fonte do arbítrio) para indicar o meio de evitá-lo³⁷. Ao poder deve-se opor o poder: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder”³⁸, apenas o poder correspondente pode controlar o poder, e o poder deve necessariamente ser dividido para ser controlado. Esses desdobramentos, corretamente, estão implícitos (e mesmo explícitos) na obra de Montesquieu, mas não são as suas premissas.

Como efetivar essa conclusão? Qual desenho institucional poderá assegurar este resultado, a proteção da liberdade?

O argumento de Montesquieu não é sistemático. Ainda assim, parece possível identificar três camadas complementares, independentes entre si. De certo modo, são três teorias diferentes sobre aspectos diferentes do problema. Por razões didáticas, elas serão denominadas de: teoria jurídica, teoria social e teoria política.

³⁶ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960, p. 177.

³⁷ “Em vez de partir do direito que fundamentava a liberdade, ele partiu do poder que a ameaçava; em vez de se interrogar sobre a origem do poder, interrogou-se sobre seus efeitos. Ele foi, sem dúvida, o primeiro autor a falar no poder como uma coisa, separável de direito e de fato tanto de sua origem como de seu fim, separável de direito e de fato do homem que detém ou o procura”, cf. MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*: dez lições. Rio de Janeiro: Imago, 1990, p. 86.

³⁸ “Uma constituição poderá ser feita de tal forma, que ninguém seja constrangido a praticar coisa que a lei não o obrigue, e a não praticar aquelas que a lei lhe permite”, cf. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, p. 179.

3.1 Teoria jurídica: a teoria das três funções

A teoria jurídica não se destina a resolver o problema da tensão entre liberdade e arbítrio, serve como propedêutica aos fundamentos das duas soluções (a resposta da teoria social e da teoria política). A descrição da teoria jurídica trata as funções estatais como equivalentes aos atos estatais e aos atos jurídicos praticados por órgãos estatais; seriam três: (a) os atos legislativos enunciam regras gerais, (b) os atos executivos aplicam as leis, na perspectiva interna, e formulam a política exterior, sem contrariar a lei; e os atos judiciais julgam litígios e punem criminosos, também segundo o direito.

Mesmo nessa primeira teoria, há certa ambiguidade na exposição de Montesquieu com relação ao que ele denomina de função “executiva”. No seguinte trecho, vale perceber que Montesquieu ignora o que denominaríamos de atos de administração ou de governo e acrescenta uma atividade pouco lembrada relacionada à política externa (relações internacionais): “existem em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo que dependem do direito civil”³⁹. Atenção para os termos em que especifica a terceira espécie de poder: “com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”⁴⁰. Perceba-se, também, que Montesquieu usa, em determinado trecho, as expressões “poder executivo” e “poder de julgar” como sinônimas.

Com relação à primeira observação, merecem dois destaques. Primeiro, que Montesquieu recepcionou aquilo que John Locke denominou de função federativa. Denominar essa função de executiva parece decorrência do descuido de identificar a função pelo órgão, já que a função federativa é usualmente exercida pelo rei. O segundo destaque é que, embora Montesquieu não associe expressamente os atos de administração ou de governo à função executiva no início do capítulo, faz essa associação implicitamente em diversos outros trechos da obra. Parece mesmo que a omissão inicial é decorrência da própria obviedade, isto é, que a legislação não se aplica automaticamente e que a aplicação da lei é tipicamente função executiva. A transcrição de um trecho próximo reforça essa interpretação: “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”⁴¹. Em todo caso, a questão parece mesmo controversa. Diferentemente dessa última interpretação, não seria de todo impertinente entender que Montesquieu ignorou deliberadamente a natureza de administração e de governo da função executiva, possivelmente porque, sendo mera execução da lei, não passaria de desdobramento da

³⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, p. 180.

⁴⁰ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, p. 180.

⁴¹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 168.

legislação ou, ainda, porque a ação administrativa e governamental na França do século XVIII era relativamente insignificante se comparada aos dias atuais; nesse sentido, ganham relevância as funções autônomas do rei, independentes de autorização ou controle pelo parlamento, como a condução da política externa. Essa segunda interpretação, entretanto, explicita a dependência da classificação das funções em razão do critério orgânico, isto é, o caráter da função seria determinado pelo órgão de onde emana o ato.

Com relação à segunda observação, sobre o poder de julgar, cumpre notar, também, dois aspectos: a relevância de destacar (e de nomear) a função judicial da função executiva e, ao mesmo tempo, de evitar dar à função judicial o *status* de “poder”, tal como atribuída às outras duas funções⁴².

A despeito dos reais objetivos de Montesquieu, difundiu-se a formatação atual, pela qual os atos estatais se classificariam em três espécies: a função legislativa (isto é, criar normas gerais e abstratas), a função executiva (administrar e governar) e a função judiciária (isto é, resolver litígios). Para se aproximar das intenções de Montesquieu, parece indispensável o ajuste na função executiva para distinguir as subfunções de administrar e governar sob a lei e de administrar autonomamente (independentemente) a política externa.

A teoria jurídica não é uma teoria prescritiva como as duas outras, apenas pretende descrever ordenadamente as três funções sem considerar se são exercidas cumulativamente por um só órgão ou se são distribuídas por inúmeros órgãos, menos ainda se tal distribuição se faz de forma seletiva, distribuindo as funções segundo suas três naturezas. Não se trata, portanto, de uma teoria da separação de poderes, mas uma teoria sobre a natureza dos atos estatais ou sobre a classificação dos atos jurídicos.

Teorias desse tipo proliferaram antes e depois de Montesquieu. Talvez o principal mérito dela seja estabelecer o modelo de classificação amplamente difundido a partir de então até os nossos dias: as três funções executiva, legislativa e judicial. O que hoje pode parecer quase uma obviedade (dada a ampla aceitação) era pouco usual até Montesquieu, especialmente o reconhecimento autônomo da função judicial.

Por exemplo, poucos anos antes, John Locke⁴³, em *Segundo tratado sobre o governo*, havia classificado quatro funções: legislativa, executiva, federativa e de prerrogativa⁴⁴. Impressiona a influência de Locke sobre a formulação de Montesquieu, particularmente

⁴² Duas assertivas de Montesquieu, que serão explicadas depois, são emblemáticas: “o poder judiciário é um poder nulo” e “o judiciário é a boca da lei”.

⁴³ A doutrina, no entanto, reconhece antecedentes a John Locke, tais como Harrington e Bolingbroke: “Bolingbroke (1678-1751) foi reputado por Schmitt como ‘o autor efetivo da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio dos Poderes’”, cf. FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**, p. 87.

⁴⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 93 e 98.

quando descreve “o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”⁴⁵ como algo muito parecido com a função federativa⁴⁶. Em todo caso, Locke, diferentemente de Montesquieu, não considerou a função judiciária como autônoma da executiva. Em compensação, ele definiu com muito mais nitidez a função executiva: “execução das leis municipais da sociedade dentro de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte” e acrescentou a quarta função de prerrogativa, que, em certa medida, é o equivalente interno à função federativa, ou seja, atuação sem subordinação legal⁴⁷.

Mesmo depois da publicação de *O espírito das leis*, várias outras classificações, menos difundidas, foram apresentadas. Ainda no início do século XIX, Benjamin Constant havia enumerado cinco funções diferentes. E, mais recentemente, no século XX, Karl Loewenstein, no contexto do moderno constitucionalismo, apresentou outras três funções em aberto contraste com as funções descritas por Montesquieu⁴⁸. E, antes de Karl Loewenstein, Hans Kelsen apresentou a mais consistente crítica à corrente adotada por Montesquieu, reduzindo as funções estatais a dois tipos ideais.

Kelsen apresentou três ressalvas, não contra Montesquieu, mas contra os usos e as adaptações de sua teoria. As três ressalvas são: o caráter histórico e não conceitual da classificação em três funções; a natureza binária dos atos jurídicos (atos estatais); e o caráter híbrido dos atos jurídicos (estatais) concretos.

Na primeira ressalva, Kelsen argumentou que as funções executiva, legislativa e judicial não foram fracionadas por Montesquieu a partir da natureza de cada uma, mas de acordo com “as competências que o parlamento, o monarca e os tribunais adquiriram ao longo da história na chamada monarquia constitucional”⁴⁹. Se Kelsen estiver correto, essa assertiva explicaria parte das confusões em torno do princípio da separação de poderes.

Na segunda ressalva, Kelsen explicitou a natureza binária dos atos estatais; assim, conceitualmente, as funções são apenas legislação e execução⁵⁰, portanto, qualquer outra aparente função estaria contida em uma delas. Nesse sentido, não haveria diferença conceitual entre a execução propriamente dita (atos administrativos e de governo) e jurisdição (atos judiciais), ambos aplicam o direito⁵¹. No campo da teoria do direito, a distinção entre função legislativa e função executiva é o equivalente ao que Kelsen

⁴⁵ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, p. 516.

⁴⁶ “Gestão da segurança e do interesse público externo”, cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 516.

⁴⁷ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, p. 529.

⁴⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1970, p. 62.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoría geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 402.

⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoría geral do direito e do Estado**, p. 365.

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoría geral do direito e do Estado**.

denominou de função criadora de direito e função aplicadora de direito⁵².

Na terceira ressalva, Kelsen⁵³ considerou a perspectiva dinâmica da natureza binária dos atos estatais. Assim, concretamente, os atos jurídicos (estatais) raramente são puros, isto é, raramente são puros atos legislativos (criativos) ou executivos (aplicadores). Nesse sentido, um parlamento quando promulga a lei exerce a sua função legislativa (criadora), mas também exerce a sua função executiva (aplicadora), pois aplica a constituição; o juiz, por sua vez, quando aplica a lei ao caso concreto, também cria normas (legisla), pois dispõe de certa discricionariedade⁵⁴. Em síntese, se Kelsen estiver correto, essa assertiva explicaria boa parte das confusões em torno do princípio da separação de poderes, pois seria impossível, conceitualmente, reservar com exclusividade funções específicas para cada órgão, já que quase todos os atos estatais são híbridos.

Enfim, apesar da ampla difusão, mesmo a teoria das três funções de Montesquieu encontrou importantes teorias rivais e séria crítica.

3.2 Teoria social: adaptações da teoria do governo misto

Denominamos a segunda teoria de social. Na verdade, trata-se de uma aplicação da teoria do governo misto⁵⁵ ou de alguma de suas adaptações, como a teoria da constituição equilibrada. A denominação teoria “social” se justifica pela importância que Montesquieu deu às “potências sociais” no seu argumento, enfatizando o aspecto do equilíbrio das forças sociais mais do que um eventual equilíbrio dos órgãos ou das funções estatais.

Na teoria de Montesquieu, a teoria do governo misto é aplicada em duas situações distintas. Na primeira, as três potências sociais e as três formas puras de governo descritas em Políbio são aplicadas no exercício da função legislativa. Na segunda, é aplicada principalmente na dimensão interorgânica. A primeira situação é tratada como teoria social e a segunda situação será tratada como teoria política.

Portanto, importa, na teoria social, apenas a função legislativa. Montesquieu, assim, incorpora as teorias que identificam a soberania à legislação⁵⁶, ou seja, o poder de mandar, o poder de criar o direito. Assim, o objeto da teoria social é o desenho institucional apto para legislar. Ou, em termos atuais, quais os atores e qual o procedimento legislativo adequado para melhor impedir o arbítrio e proteger a liberdade? A resposta é que os atores envolvidos devem ser representativos das três potências sociais e que a lei legítima deve ser o resultado da anuência (direta ou indireta)

⁵² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**.

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado**. Barcelona: Labor, 1934, p. 302-5.

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, Capítulo VIII.

⁵⁵ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, p. 166.

⁵⁶ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, p. 166.

de todos eles.

As três potências sociais são rei, nobreza e povo. O que coincide, perfeitamente, com os atores envolvidos no processo legislativo inglês: as leis precisam ser aprovadas pelas duas casas do Parlamento, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes, e precisa, ainda, da sanção real. As três potências sociais são, portanto, representadas por três órgãos estatais no processo legislativo.

Há alguma controvérsia sobre a natureza da participação real no processo legislativo, se a sanção ou o veto⁵⁷, por exemplo, tem natureza legislativa ou executiva. Em qualquer das respostas, não resta dúvida que o órgão parlamento (poder legislativo) participa da soberania assim como o rei (órgão do poder executivo) também participa, é nesse contexto que Montesquieu afirmou que, "dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo"⁵⁸, isto é, que os órgãos judiciais não participam da soberania, porque não criam regras, apenas as aplicam.

A teoria social é, assim, a fiel reprodução da teoria do governo misto. A legislação, expressão da soberania, deveria ser o resultado da anuência das três potências sociais, representadas por um órgão no parlamento, cada um deles com o poder de impedir a aprovação de leis. Nesse sentido, a câmara dos lordes expressa o princípio aristocrático e é composta por nobres recrutados pelo critério hereditário, a câmara dos comuns expressa o princípio democrático e é composta por representantes eleitos pelas cidades (pelo povo), o que forma o parlamento bicameral⁵⁹. O terceiro elemento, o rei, embora organicamente externo, também participa do processo legislativo, sobretudo no exercício das prerrogativas da sanção e do veto⁶⁰. Ou seja, a soberania, entendida como exercício da legislação, estaria dependente da anuência das três potências sociais, por um processo legislativo em que cada um dos três órgãos (lordes, comuns e rei) dispunha do poder de impedir⁶¹. Na teoria social, portanto, não é possível falar de separação, a não ser como reconhecimento de distintos estamentos sociais.

A teoria social é o complemento necessário à concepção de liberdade de Montesquieu, para quem a liberdade é permissividade da lei, isto é, fazer ou deixar de fazer o que for permitido por lei. A produção legislativa, controlada e moderada pelas potências sociais, nunca poderia ser arbitrária.

⁵⁷ Montesquieu preferiu a expressão "faculdade de impedir". Para Montesquieu, nem mesmo há distinção entre sanção e veto, pois a sanção é apenas a abstenção do veto, isto é, a abstenção da faculdade de impedir; cf. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 172. Para leitura adicional sobre o tema, cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

⁵⁸ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 121.

⁵⁹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 121.

⁶⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 121.

⁶¹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 121 e 123.

Outro aspecto da teoria social é que é legatária da teoria do governo misto⁶² enquanto conjugação perfeita das formas de governo: de um (monarquia), de poucos (aristocracia) e de muitos (democracia). De tal modo que os três órgãos envolvidos no processo legislativo inglês constituem a expressão das três formas de governo: o rei (monárquico), a Câmara dos Lordes (aristocrático) e a Câmara dos Comuns (democrático).

Destaque-se que o aspecto central da teoria social é o exercício compartilhado da soberania pelas potências sociais. Assim, por exemplo, um sistema político organizado em três poderes (três conjuntos orgânicos) exercidos, todos eles, por integrantes da mesma potência social, excluídas as demais, não seria considerado por Montesquieu um governo moderado, inapto, portanto, para a satisfação do bem comum e para a proteção contra o arbítrio⁶³.

Ressalve-se uma interpretação incomum, em perspectiva pragmática, que Montesquieu teria objetivado a reforma da constituição francesa (constituição no sentido antigo) convertendo a monarquia absoluta em monarquia moderada, fazendo com que o rei compartilhasse o poder com as outras duas potências sociais: uma decadente (ainda que Montesquieu assim não reconhecesse), a nobreza, e outra ascendente, o povo (burguesia). Essa perspectiva justificaria a ênfase argumentativa de Montesquieu pela manutenção da Câmara dos Lordes (nobreza) contra uma potencial tendência democrática, assim, a potência social dos nobres serviria como força moderadora entre povo e rei; de certo modo, algo similar ao argumento de Carlos I, na Inglaterra, para quem o rei seria a força moderadora entre a nobreza e o povo.

3.3 Teoria política: teoria orgânica de equilíbrio, controle e cooperação

Por fim, denominamos de teoria política a terceira dimensão do argumento apresentado em *O espírito das leis*. Essa teoria política está intimamente associada à dinâmica do exercício do poder, considerando a minúcia e a complexidade dos arranjos institucionais e a psicologia dos eventuais titulares dos órgãos estatais. De certo modo, a teoria política se aproxima de uma teoria precedente, a da constituição equilibrada, e de uma teoria posterior, a de freios e contrapesos. A percepção de Montesquieu foi que o núcleo da constituição inglesa (ou da imagem que projetava dela) era a formulação de uma engenharia institucional capaz de controlar o poder, independentemente de quem o ocupasse e de qual a intenção ao exercê-lo.

O argumento de Montesquieu é simples e implacável: o que deixa em risco a

⁶² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução, p. 44.

⁶³ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, p. 119.

liberdade é o poder arbitrário, são os excessos e abusos no exercício do poder; frente a esse risco, apenas um poder contraposto intimida e controla o poder arbitrário; portanto, o poder concentrado é um poder sem rival o que deixa sem defesas a liberdade⁶⁴. Dividir e fracionar o poder, bem como contrapor um ao outro é a estratégia de proteção da liberdade. Em certo sentido, as teorias política e social estão relacionadas, embora a teoria política tenha mais flexibilidade para articular engenhos institucionais com potências sociais, mas também orgânicos e pessoais.

A teoria política de Montesquieu não é sistemática ou sintética (as duas anteriores foram expostas sinteticamente), e é apresentada na forma de engenhos institucionais específicos. O estilo não é de todo original e muito se parece com o de Políbio, que descreveu o desenho e a dinâmica institucionais espartanos e romanos.

Os arranjos são propostas de vários tipos, desde um poder judicial não hierarquizado composto por jurados não permanentes até as limitações temporais das prisões provisórias⁶⁵. Nesse estilo, para Montesquieu, o órgão legislativo deveria ter a estrutura coletiva e o órgão executivo deveria ter a estrutura monocrática⁶⁶, o que lembra a teoria do governo misto enquanto equilíbrio das formas puras de governo. Na mesma cadência, Montesquieu propôs arranjos relacionados ao funcionamento do órgão legislativo e, depois, para as relações entre o órgão executivo e o órgão legislativo; em seguida, sobre as relações entre a função judicial e o órgão legislativo; por fim, Montesquieu enfrentou o problema da inação decorrente de eventuais segregações, limites e controles entre os poderes, o que serviu de pretexto para a proposição de arranjos mais complexos nas relações entre o órgão executivo e o órgão legislativo⁶⁷.

De todos esses arranjos, o mais importante e o que transcende a todos os outros parece ser a proibição de cumulatividade orgânica (pessoal e social) entre quem estabelece a lei e quem a aplica⁶⁸. Novamente não se trata de uma proposição original de Montesquieu, mas deve-se render a ele o mérito de influenciar decisivamente os arranjos constitucionais ocidentais.

Ao comparar Montesquieu a Políbio, impressiona a densidade e a clareza deste em relação à natureza das relações políticas. Um dos méritos de Montesquieu é conseguir adaptar a teoria polibiana às instituições modernas, ainda que sem nenhum (ou poucos) acréscimo original relevante, com uma exceção: a ênfase nas potências sociais é um elemento da teoria de Montesquieu e não da teoria de Políbio, que enfatizava o equilíbrio

⁶⁴ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 168-9.

⁶⁵ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 169-170.

⁶⁶ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 172.

⁶⁷ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 172-7.

⁶⁸ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 168.

das formas de governo. Com relação às relações entre o órgão monárquico (executivo) e o órgão democrático (legislativo), Políbio é bem mais minucioso e engenhoso que Montesquieu, ou, talvez, as instituições romanas e espartanas fossem bem mais engenhosas que as instituições modernas.

Causa certa inquietação, até aqui, o pouco de doutrina da separação de poderes nessas três teorias de Montesquieu, especialmente se considerarmos a sua teoria política como mais uma manifestação da teoria do governo misto (ainda que adaptada). Causa ainda mais inquietação quando, em determinado trecho secundário, Montesquieu admite como governo “moderado” um desenho institucional com dois poderes e não três: “na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que possui os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro”⁶⁹e, ainda, dois poderes com a concentração da legislação e da execução nas mãos do rei, desde que a função judiciária fosse exercida por órgãos independentes.

Pierre Manent tenta aplacar essa inquietação:

O que convém apreender, principalmente, é que Montesquieu realmente só considera *dois* poderes, o legislativo e o executivo. Decerto, ele faz uma distinção geral entre três poderes: esses dois e o judiciário. Mas o judiciário só tem importância política real nos regimes em que os dois primeiros poderes se confundem: ‘Na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que detém os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro’⁷⁰.

Diante disso, para entender Montesquieu, não se pode perder o foco das suas premissas. Ele retomou os temas e o estilo dos clássicos, atualizados pelas técnicas da nova ciência. Nesse sentido, o que o preocupa é o problema do arbítrio e o objetivo de um desenho institucional apto para promover a liberdade; assim, como em Políbio, os arranjos devem ser práticos, devem usar de equilíbrio, controle e cooperação, e, no caso moderno, devem impedir que o legislador aplique as leis.

4. A DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUAS VARIAÇÕES DEPOIS DE MONTESQUIEU

Os impactos da doutrina de Montesquieu são inegáveis, imediatamente tornou-se referência a respeito do tema separação de poderes, citado até os dias atuais. As intenções do autor e o sentido coeso da sua obra, entretanto, ainda produzem controvérsia.

Para M. J. C. Vile, por exemplo, a controvérsia sobre o conteúdo, a originalidade e a relevância da doutrina de Montesquieu pode ser sintetizada em três opiniões: a opinião europeia é que Montesquieu defendeu a doutrina pura da separação de poderes, “isto é,

⁶⁹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 168.

⁷⁰ MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*: dez lições, p. 87.

uma separação rigorosa de agências, funções e pessoas”; a opinião norte-americana (e de franceses como Benjamin Constant) é que Montesquieu defendeu a separação parcial de poderes, isto é, a doutrina pura modificada pelo sistema de freios e contrapesos; e a opinião que Montesquieu não defendeu nenhuma doutrina da separação de poderes e que pretendia apenas “evitar a ‘confusão’ entre os poderes”, ou “estabelecer a independência jurídica do corpo legislativo e do governo”, ou defender a “integração harmoniosa” dos poderes⁷¹.

A despeito das intenções originais de Montesquieu, o senso comum difundiu uma ideia genérica e contraditória de princípio da separação de poderes e, equivocadamente, imputou a autoria a Montesquieu. Para o senso comum, o Estado deve ser dividido em três conjuntos orgânicos (poderes): executivo, legislativo e judiciário; cada poder correspondente a uma função, com a mesma denominação; cada poder apto para exercer precipuamente (ou exclusivamente) a respectiva função e, portanto, os outros poderes impedidos ou limitados de exercer a função que não seja a sua; cada poder proibido interferir nos outros dois; a separação não apenas orgânica e funcional, mas também pessoal, de modo que a mesma pessoa não possa acumular cargos em dois poderes. Essa ideia enfatiza o aspecto da separação⁷².

Essa fórmula, que atende à superfície do problema na tentativa de compatibilizar várias perspectivas, serviu coerentemente em poucas situações práticas⁷³. O que exige identificar, com mais clareza e distinção, os desdobramentos da doutrina de Montesquieu. No século XIX, três modelos geográficos se distinguiram: a soberania do parlamento na Inglaterra, os freios e contrapesos nos Estados Unidos e a vontade geral na França. Outros desdobramentos serão identificados no século XX, especialmente em torno das discussões sobre controle de constitucionalidade das leis.

Em certo sentido, gradativamente, a Inglaterra se afasta das influências da teoria do governo misto, do constitucionalismo equilibrado e da teoria rígida da separação de poderes para se conformar a um novo desenho da teoria da supremacia legislativa⁷⁴. A gradual instalação do parlamentarismo, com a independência do primeiro-ministro em relação à confiança do rei, bem como com a transferência dos poderes do rei para o primeiro-ministro, e ainda a dependência política do primeiro-ministro (do gabinete) ao

⁷¹ VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 96.

⁷² VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 13-4.

⁷³ VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 14.

⁷⁴ A doutrina da supremacia legislativa se aplica diferentemente na Inglaterra e na França. Na Inglaterra, a supremacia legislativa, graças a John Locke, é autolimitada pelo *rule of law*. No caso francês, a supremacia legislativa, graças a Rousseau, assumida como soberania popular, é absoluta. Para mais sobre essa distinção, cf. DETTMAM, Deborah. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular**. 2017. Tese de doutorado em Direito - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2017.

parlamento, demonstram essa tendência⁷⁵. Nessa dinâmica, é interessante notar como A. V. Dicey ressaltou que a soberania é do Parlamento e não do povo⁷⁶. Em confronto com essa situação, em razão do caráter hereditário da composição da câmara alta, especialmente nas últimas décadas, se intensificou o movimento para reduzir as atribuições legislativas⁷⁷ e judiciais da Câmara dos Lordes, e a correspondente incorporação, parcial ou integralmente, da representação eletiva (popular) no órgão. O funcionamento da Suprema Corte, em 2009⁷⁸, configurou, pelo menos simbolicamente, mais enfraquecimento da Câmara dos Lordes e, portanto, confirmando a tendência de supremacia legislativa (próxima da supremacia popular), mas, também, em contraste, dando autonomia orgânica ao judiciário, a incorporação de aspectos da teoria do governo misto ou da constituição equilibrada. Não comporta aqui aprofundar a respeito da controvérsia sobre se o parlamentarismo de gabinete, na Inglaterra, reflete mesmo a supremacia do parlamento ou a supremacia do gabinete⁷⁹.

Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787 e a defesa dos seus fundamentos em *Os federalistas* configuraram o que ficou conhecida como doutrina de freios e contrapesos (*checks and balances*). Em todo caso, é perceptível a deferência da doutrina norte-americana à influência de Montesquieu. Por exemplo, a distinção das funções apresentada por Montesquieu foi incorporada na doutrina da separação de poderes como critério da separação orgânica dos poderes. A teoria do governo misto de Montesquieu foi incorporada parcialmente, excluída a dimensão das potências sociais, mas mantida a dimensão da teoria das formas de governo, ou seja, a síntese monárquica-aristocrática-democrática.

Esse governo misto não apenas foi incorporado pelos norte-americanos da forma prescrita por Montesquieu, como três atores (órgãos) do processo legislativo (presidente, senado e casa dos representantes), como também na forma prescrita por Políbio, inspirado no desenho institucional romano e espartano, ou seja, magistraturas (executivo) regidas pelo espírito monárquico dirigidas para ação, colegiados aristocráticos para decisões prudentes e colegiados democráticos para os assuntos do dia. Nítida é a preocupação dos norte-americanos com um desenho institucional que

⁷⁵ Desde 1707, por exemplo, o rei não exerce a prerrogativa do veto. Cf. MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 199.

⁷⁶ DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**, Parte I. Cf., também, BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England in four books**. Nesse sentido, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Renegar Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional». **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 6, n. 17, 1986, p. 29.

⁷⁷ Por exemplo, a Câmara dos Lordes, desde o *Parliament Act* 1911, não tem mais o poder de "veto", apenas o poder de atraso (veto suspensivo) da tramitação dos projetos de lei.

⁷⁸ A Suprema Corte do Reino Unido foi instituída pelo *Reform Act* 2005. Para informações adicionais sobre o tema, cf. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **RPGE**, Porto Alegre, v. 36, n. 76, 2015.

⁷⁹ Para aprofundar o assunto, cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1970, p. 125 e seguintes.

efetivamente protegesse a liberdade contra o arbítrio, seja do rei, seja da maioria. Em seguida, a teoria política de Montesquieu se adaptou na dinâmica política norte-americana, agora sim, com três atores principais e diversos atores secundários; os atores principais são o presidente, o congresso e a suprema corte. Ao longo do tempo, o desenho institucional e, principalmente, a dinâmica entre esses três atores se modificou; essa mudança, entretanto, confirmou o substrato teórico e o *leitmotiv* de Montesquieu e dos federalistas, pois o rearranjo reequilibra as forças políticas⁸⁰. Nesse contexto, é perceptível o aumento do protagonismo do presidente durante a guerra civil (Abraham Lincoln) e o *New Deal* (F. D. Roosevelt), assim como o aumento do protagonismo da Suprema Corte durante a Corte Warren.

Na França, a influência de Montesquieu é rivalizada pela influência de Jean-Jacques Rousseau, o que explica a difusão da doutrina da supremacia legislativa. Ressalte-se, como explicado anteriormente, como a supremacia legislativa francesa possui nuances distintas da inglesa, aquela influenciada, sobretudo, por Rousseau, esta por Locke⁸¹. A França revolucionária é rica em experimentos institucionais malsucedidos, nesse sentido percebe-se: a distinção entre os três poderes, com a leve supremacia legislativa, da monarquia constitucional de 1791; a subordinação de todos os outros poderes ao legislativo na república jacobina de 1793; desenhos mais engenhosos e originais como o do diretório de 1795 (com o Conselho dos 500 e o Conselho dos Anciãos) e o do consulado de 1799 (com o Senado Conservador e o Tribunato); o retorno explícito ao simbolismo romano com a constituição do império em 1804; e a restauração monárquica com os três poderes delimitados, com a leve supremacia do rei de 1814 (com a Câmara dos Pares vitalícia). Depois da queda dos Bourbons, mais experimentos se sucederam: a monarquia parlamentar de 1830, em termos parecidos com o regime de 1814; a república presidencialista em 1848, com o legislativo unicameral; o segundo Império em 1852; a terceira república de 1875, com um sistema híbrido que lembra o semipresidencialismo com presidente eleito indiretamente; a quarta República em 1946, com parlamentarismo de presidente e conselho da república (o equivalente ao senado) fracos e assembleia nacional forte; e, por fim, o semipresidencialismo gaulista de 1958⁸². Em toda a instabilidade institucional francesa, o que sempre permaneceu praticamente intocável foram as precauções contra os órgãos judiciais⁸³, em deferência à função legislativa sobre

⁸⁰ Bruce Ackerman explicou como desenhos institucionais diferentes da divisão em três poderes ou mesmo de assimetria entre os poderes estão alinhados aos objetivos de Montesquieu e dos federalistas, cf. ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁸¹ Sobre a supremacia parlamentar na Inglaterra e na França, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Renegar Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional», p. 19.

⁸² Talvez a única inovação relevante esteja no Conselho Constitucional a partir de 1971, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Renegar Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional», p. 28.

⁸³ Mauro Cappelletti apresentou os motivos da desconfiança em relação aos órgãos judiciais: "esses tribunais, cujo nome era ironicamente o de parlamento, impuseram seu poder de revisão aos decretos do soberano, recusando-se

a função judicial. Na França revolucionária, a doutrina da separação de poderes almejou outra liberdade, a positiva; assim, a separação de poderes significou a subjugação dos outros poderes ao poder popular, isto é, ao órgão legislativo.

No século XXI, persistem ambiguidades e contradições do pretense sentido único do princípio da separação de poderes. As tentativas de definir o princípio jurídico (ou princípio constitucional) da separação de poderes, geralmente, aderem arbitrariamente a um dos desenhos institucionais de restrição ao poder arbitrário, a uma adaptação da doutrina rígida ou, ainda, a uma teoria híbrida que entrelaça todas as teorias correlatas. Qualquer dessas soluções parece ser insuficiente. Especialmente a última tentativa potencializa o caráter anômalo do princípio dentro do paradigma oitocentista.

Essa anomalia já é percebida mesmo em manuais jurídicos, ainda que sem compreender necessariamente as razões. Como exemplo, Paulo Bonavides⁸⁴ vê irrelevância contemporânea no princípio da separação de poderes.

Muitas teorias, no entanto, demonstram que a obra de Montesquieu manifestava a ideia geral do controle do poder e que os outros aspectos são desdobramentos e aplicações facultativas formuladas a partir desse núcleo principal. Assim, o controle entre legislativo e executivo, ou entre nobres e comuns, também poderia ser reproduzido no controle entre maioria e minoria (partido majoritário e partido minoritário) no parlamento, agora soberano. Ou entre poderes eleitos e poderes neutros (isto é, entre executivo-legislativo e judiciário). Adotar uma concepção mínima da doutrina de Montesquieu, destacando o seu núcleo, é a única maneira de ela continuar válida apesar das mudanças na organização dos poderes do Estado nos últimos duzentos anos.

Em todo caso, novos eventos colocam em constrangedora posição quase todas as tentativas de definir o princípio da separação de poderes. Registre-se, pelo menos, três situações em que a anomalia se destaca: o parlamentarismo, a jurisdição constitucional e o Estado social. Argumenta-se que o parlamentarismo revela a contradição mais explícita, quando o órgão do poder legislativo se confunde com o órgão do poder executivo, com o domínio quase absoluto do parlamento ou do primeiro-ministro (conforme o modelo parlamentarista). Argumenta-se, também, que a jurisdição constitucional constrange a ideia de equilíbrio entre os poderes. Outro aspecto menos abordado é, no contexto do Estado social, a mudança do sentido da doutrina da separação de poderes, deixando de objetivar a proteção da liberdade e passando a visar à eficácia das ações do Estado; assim, contraditoriamente, a redução e a limitação do poder passariam a tender para a concentração e a ampliação do poder.

a aplicar aqueles que eram incompatíveis com as 'leis fundamentais do reino"', cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Renegar Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»*, p. 20 [tradução nossa].

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 146.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A síntese do senso comum a respeito do princípio da separação de poderes pode ser decomposta da seguinte maneira didática: três poderes (critério orgânico) – executivo, legislativo e judiciário; três funções – executivo, legislativo e judiciário; cada poder exerce, de forma especializada, a função correspondente (de mesmo nome), ou seja, distribuição das funções; entretanto, eventualmente, os poderes exercem funções atípicas; os poderes (critério orgânico) são de igual hierarquia, de modo que um não interfere no outro, ou seja, segregação (ou rígida divisão do poder); entretanto, eventualmente, os poderes dispõem de instrumentos para bloquear a ação dos outros poderes; e, eventualmente, de instrumentos para colaborar com os outros poderes.

A síntese é, por si só, contraditória e deficiente, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. Os “entretantos” e os “eventualmente” revelam essas contradições e deficiências. Se os poderes podem exercer funções atípicas, como estabelecer o limite? Se os poderes podem se bloquear mutuamente, como evitar o desequilíbrio e a supressão de um pelo outro ou a inação geral? Se os poderes podem colaborar uns com os outros, o que resta da divisão de poderes?

A resposta para essas contradições e deficiências, à luz de Montesquieu, passa pela inversão de prioridade e precedência da síntese do senso comum. Essa síntese estabelece como ponto de partida a rígida separação de poderes, ou seja, a rígida segregação orgânica pelo critério da exclusividade funcional; para, então, estabelecer os ajustes e as exceções. Entretanto, a doutrina da rígida separação de poderes não admite maiores ajustes ou exceções teoricamente coerentes.

Nesse contexto é que a cadência do argumento de Montesquieu é a inversa. A sua teoria é a do governo misto, ajustada com elementos da doutrina da rígida separação de poderes. Ou seja, a teoria de Montesquieu é uma teoria de equilíbrio, controle e cooperação, e que faz uso, também, de arranjos típicos de segregação orgânica com o objetivo de manter o equilíbrio.

Montesquieu é herdeiro de Políbio e os federalistas são herdeiros de Montesquieu, todos guiados por adaptações da teoria do governo misto produzindo arranjos específicos para as instituições no tempo e no espaço. Portanto, cada lugar e cada tempo tem a sua peculiaridade, embora seja possível identificar elementos que transcendam a essa contingência. Por exemplo: primeiro, e mais importante, foco no objetivo do desenho institucional, que é o controle do arbítrio e a proteção da liberdade; segundo, o equilíbrio entre as formas de governo (monarquia, aristocracia e democracia); e, terceiro, em tempos modernos, a não cumulatividade (orgânica ou pessoal) entre o legislador (regras gerais e abstratas) e o aplicador.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da UnB, 1997 [1985].
- BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England in four books**. Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. **O valor da constituição: separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do estado liberal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. Renegar Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional». **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 6, n. 17, 1986.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- DETTMAM, Deborah. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular**. 2017. Tese de doutorado em Direito - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2017.
- DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. MacMillan: London, 1927.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.
- GODOY ARCAYA, Oscar. Antologia política de Montesquieu. **Estudios Públicos**, Santiago de Chile, n. 62, 1996.
- HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

- HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. São Paulo: Visão, 1985.
- KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado**. Barcelona: Labor, 1934.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1970.
- MANENT, Pierre. **História intelectual do liberalismo: dez lições**. Rio de Janeiro: Imago, 1990.
- MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.
- MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MCLLWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo – antigo y moderno**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NEUMANN, Franz. **O império do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.
- POCOCK, J. G. A. **El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradicion republicana atlântica**. Madrid: Tecnos, 2002.
- POLÍBIO DE MEGALÓPOLIS. **Historia universal bajo la República Romana**. Tomo II. S. l.: Ediciones elaleph.com, 2000.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **RPGE**, Porto Alegre, v. 36, n. 76, 2015.
- VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- WOOD, Gordon S. **La revolución norteamericana**. Barcelona: Mondadori, 2003.

COMO CITAR:

MATOS, Deborah Dettmam; MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Em busca de uma teoria da separação de poderes em Montesquieu: entre o governo misto e a supremacia legislativa. **Revista Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 18, nº 3, 3º quadrimestre de 2023. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v18n3.p522-580>

INFORMAÇÕES DOS AUTORES:

Nelson Juliano Cardoso Matos

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Recife, Pernambuco, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, Distrito Federal, Brasil. Professor Associado do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, Teresina, Piauí, Brasil. Docente colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA, São Luís, Maranhão, Brasil. Docente colaborador do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPI, Teresina, Piauí, Brasil. Docente colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da UFPI, Teresina, Piauí, Brasil. nelsonmatos@ufpi.edu.br

Deborah Dettmam Matos

Doutora em direito pela Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, Paraná, Brasil. Professora Adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, Teresina, Piauí, Brasil. deborahdettmam@ufpi.edu.br

Received: 08/07/2022
Approved: 17/11/2023

Recebido em: 08/07/2022
Aprovado em: 17/11/2023