

# SEPARAÇÃO DE PODERES: DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA À NOÇÃO CONTEMPORÂNEA

## SEPARATION OF POWERS: FROM CLASSICAL TO CONTEMPORARY NOTION

**Fabiano Gonçalves Carlos<sup>1</sup>**

Professor de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito constitucional.

**RESUMO:** As profundas transformações do Estado e da sociedade no século XXI exigem uma mudança de compreensão acerca do sentido e alcance do princípio da separação de poderes. O esquema tradicional tripartite, idealizado a partir de uma racionalidade rígida, não se demonstra mais adequado para satisfazer as cada vez mais sofisticadas demandas da sociedade. Em plena sociedade pós-moderna, não deve ser cogitada a visão oitocentista de separação de poderes, cuja justificativa é a proteção da liberdade individual em face de um monarca absolutista, resultando em uma divisão rígida das funções políticas do Estado em compartimentos estanque.

Da nova organização do Estado e da sociedade provêm novos organismos que também exercem poder político, mas que, na essência, não se amoldam a nenhuma das clássicas funções da tripartição. Atualmente, importa mais investigar como se exerce o poder político, por meio de mecanismos de controle, do que saber quem o exerce. Também surge como tendência contemporânea da separação de poderes a leitura do princípio como instrumento de cooperação, harmonia e equilíbrio entre os órgãos executores do poder político e instâncias independentes, com vista à construção de um ambiente institucional estável para a manutenção da democracia, a realização do bem da coletividade e promoção dos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito do Estado e em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. E-mail: fabianogcar@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3469107993181805>.

**PALAVRAS-CHAVE:** separação de poderes; Estado; divisão de funções; controle; democracia; direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** *The profound transformation of state and society in the twenty-first century require a change in understanding of the meaning and scope of the principle of separation of powers. The traditional tripartite scheme, devised from a strict rationality, is no longer adequate to meet the increasingly sophisticated demands of society. In full postmodern society, should not be entertained a vision of nineteenth-century separation of powers, whose justification is the protection of individual freedom in the face of an absolute monarch, resulting in a rigid division of political functions of the state in watertight compartments. The new organization of state and society comes new organisms that also exert political power, but in essence, do not fit any of the classical functions of classical tripartition. Nowadays, it has much greater importance to investigate how political power is exercised through control mechanisms, than knowing he exercises. Also appears as contemporary trend of separation of powers principle of reading as a tool for cooperation, harmony and balance between the executive organs of political power and independent bodies, with a view to building a stable institutional environment for the maintenance of democracy, the realization of collective good and promotion of fundamental rights.*

**KEYWORDS:** *separation of powers; State; division of functions; control; democracy; fundamental rights.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Breve análise histórica e gênese teórica; 2 Do conceito clássico à noção contemporânea; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Brief historical analysis and theoretical genesis; 2 From the classic concept to contemporary notion; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de buscar definir o conteúdo jurídico do princípio da separação de poderes na contemporaneidade. Enquanto pressuposto do Estado Democrático de Direito, além da faceta política, o princípio da separação de poderes constitui uma espécie do gênero norma jurídica, cujo conteúdo possui, simultaneamente, uma zona de colisão sujeita a variações no tempo e no espaço, e um núcleo essencial que opera como regra, definindo comportamentos objetivos do Ente estatal e daqueles que lhes fazem as vezes.

Partindo da origem teórica fundada na concepção tripartite e chegando ao conceito jurídico atual de separação de poderes, no presente artigo pretende-se realizar um juízo reflexivo sobre a necessidade de se estabelecer uma

nova leitura do princípio, tendo em vista as novas demandas da sociedade e, conseqüentemente, as mudanças no modelo de Estado contemporâneo voltadas para o seu atendimento.

O problema a ser respondido impõe investigar se a matriz clássica do princípio da separação de poderes, forjada de acordo com a ideologia liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX, seria suficiente para que o Estado contemporâneo, no desempenho de suas funções, pudesse atender satisfatoriamente as cada vez mais sofisticadas demandas da sociedade pós-moderna. Isto é, indaga-se a necessidade de alinhamento entre o conteúdo jurídico da separação de poderes e o modelo contemporâneo de Estado resultante das novas reivindicações das sociedades plurais do século XXI, o que exigiria uma releitura da formulação clássica do princípio.

O tema da separação de poderes envolve questão central e relevante da Filosofia Política, da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, relacionada à preocupação universal de se impor limites à ação dos detentores do poder político, visando, em última análise, a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nas palavras de Höffe, “[...] em todos os lugares que se impõem aos dominadores determinados regulamentos [...] existem indícios de separação de poderes”<sup>2</sup>. Daí a importância do tema, que justifica a elaboração do presente artigo.

A metodologia utilizada no presente artigo é a da pesquisa teórica, pois o estudo busca fazer uma análise da doutrina da separação de poderes desde suas origens, a partir de elementos teóricos que permitam explicar cientificamente as informações lançadas e as conclusões obtidas.

## 1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E GÊNESE TEÓRICA

### 1.1 DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA À FORMULAÇÃO DE LOCKE: A ORIGEM TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Pelo menos desde a antiguidade clássica são empreendidos esforços para o estudo e a compreensão do fenômeno da separação de poderes. Tanto é assim

---

<sup>2</sup> HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 32.

que a teoria da constituição mista de Aristóteles é considerada a origem remota da doutrina da separação de poderes<sup>3</sup>.

De seu turno, a noção de separação de poderes como instrumento garantidor da liberdade individual surge na Inglaterra do século XVII, estritamente associada à ideia de *rule of law*. A *rule of law* é considerada a matriz histórica do Estado de direito, e, também, a origem próxima da doutrina da separação de poderes como técnica de distribuição orgânico-funcional do poder estatal.

Em termos sumários, pode-se dizer que a *rule of law* consistia em um movimento com pretensões antiabsolutistas, cujo objetivo era garantir a liberdade dos indivíduos pela divisão e limitação do exercício do poder político centralizado nas mãos do soberano, visto que a concentração de forças e prerrogativas (funções legislativa e executiva) em um único órgão poderia levar à arbitrariedade e à tirania.

É de Miranda a afirmação segundo a qual a *rule of law* consistia no conjunto de princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais à salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, “à luz da ideia de que o direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário do poder”<sup>4</sup>.

Coube a John Locke, no entanto, a partir do padrão racional da modernidade, a primeira sistematização científico-doutrinária do princípio da separação de poderes, muito embora esta afirmativa não seja objeto de consenso entre os autores contemporâneos. Mesmo assim, Locke pode ser considerado

---

<sup>3</sup> Constituição mista é aquela em que vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ao contrário das constituições puras, nas quais somente um grupo ou classe social é titular quanto ao exercício do poder político. Na antiguidade clássica entendia-se a constituição não como o documento juspolítico conformador do Estado, mas sim como o modo pelo qual as cidades-estado gregas (*polis*) se organizavam e, ainda, como se revelava, do ponto de vista prático, o exercício do poder político e a sua relação com as estratificações sociais fortemente presentes naquela época. Segundo afirmado por Piçarra, no modelo aristotélico de constituição mista consta apenas uma ideia que estará associada à doutrina da separação dos poderes, já em uma fase avançada de sua evolução: a “do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional”. Convém observar que Piçarra defende a constituição mista como uma forma de reação do nível institucional sobre o nível social, proporcionando, deste modo, o equilíbrio global do sistema político estatal. (Vide PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 36)

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976*. Formação, estrutura, princípios fundamentais. Lisboa, 1978. p. 473-474, nota 1.

o primeiro autor moderno a formular a teoria da separação de poderes nos moldes do liberalismo clássico<sup>5</sup>. Nesse sentido, Canotilho ensina que o pensador inglês é o autor que, “de forma sistemática, traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes”<sup>6</sup>. Tendo como premissa o contrato social, a construção teórica de Locke acerca da separação de poderes supõe que a sociedade política, que seria titular de uma espécie de poder supremo, instituiria um governo ao qual seriam conferidos os poderes de fazer as leis e de tutelar a proteção coletiva e individual dos seus integrantes. O exercício desta função seria confiada a um órgão supremo denominado Poder Legislativo.

A nota característica da teoria da separação de poderes de Locke reside na supremacia do poder legislativo sobre o executivo. Contudo, para o pensador inglês, deveriam existir outras esferas competentes para o exercício do poder político, uma vez que a concentração dos poderes de legislar e de executar permanentemente as leis e de julgar as questões controvertidas num único órgão, provocaria uma “tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição”<sup>7</sup>.

Na forma concebida por Locke, que se vinculava especialmente à Constituição inglesa, os poderes do Estado não se restringiriam ao Legislativo e ao Executivo (incluída a atividade jurisdicional), pois ele reconhecia também os poderes federativo e de prerrogativa, do que resultava uma divisão funcional quadripartida<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Ver PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 63. Para o autor, “Podem resumir-se a três as opiniões sobre John Locke a propósito da autoria da doutrina da separação dos poderes: (i) a que o vê como seu autor original; (ii) a que, atribuindo a Montesquieu a exclusiva autoria da doutrina, vê em Locke um mero precursor daquele, na medida em que, na sua obra política fundamental, os *Two Treatises of Government*, apenas se encontram traços rudimentares e incompletos da doutrina; (iii) e, finalmente, a de que não se encontra na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de separação e equilíbrio interorgânico, mas simplesmente uma distinção das funções estaduais” (Ver também DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 217).

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Livraria Almedina: Coimbra, 1999. p. 538.

<sup>7</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1986. p. 191-192.

<sup>8</sup> Para aprofundamento no tema, ver BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Por sua vez, sob o aspecto orgânico, Locke traçou a distinção entre Parlamento (função legislativa) e Coroa (função executiva mais a jurisdicional, federativa e de prerrogativa). Para justificar teoricamente sua doutrina da separação de poderes no contrato social, Locke buscou conciliar o afastamento da influência do estado de natureza sobre os homens, subordinando ao poder do Estado mediante a imposição de limites ao exercício do poder político pelas leis<sup>9</sup>. Dessa ordem de ideias decorre a noção clássica da primazia da lei sobre os outros poderes e o dogma de que o Poder Legislativo seria indelegável<sup>10</sup>.

## 1.2 A SISTEMATIZAÇÃO RACIONAL DE MONTESQUIEU

Locke contribuiu decisivamente para o desenvolvimento científico da doutrina da separação de poderes. Porém, o teórico mais laureado nessa sede é Montesquieu, que, tal qual o primeiro, pode ser considerado um pensador típico do período da modernidade clássica, cujos marcos teóricos são a razão e a primazia do indivíduo. Montesquieu foi um dos principais responsáveis pela evolução, sistematização e estruturação teórica da doutrina da separação de poderes. É a partir da sua teoria que a separação de poderes ganha amplo reconhecimento doutrinário e científico. Foi com a célebre obra *De l'Esprit de Lois*, de 1748, que houve “o impulso decisivo para transformar a doutrina da separação de poderes, de doutrina inglesa, em critério do Estado constitucional”<sup>11</sup>.

Montesquieu foi o primeiro a empregar uma metodologia racional na construção da teoria da separação de poderes, com amplo grau de objetividade científica, quase inflexível, cuja raiz epistemológica habita as ciências naturais. Do grande relato moderno dos fenômenos sociais e políticos necessários e invariáveis resultou a formação de um dogma até hoje cultuado em sua versão original. Desta forma, Lucas Verdú observa que o mérito de Montesquieu foi desenhar “de modo cartesiano, e inclusive newtoniano, o postulado da separação de poderes”<sup>12</sup>.

No desenvolvimento da teoria da separação de poderes, Montesquieu supôs que a sociedade deveria se organizar de modo que o poder constituísse

<sup>9</sup> JACKISCH, Carlota. *Teoría de distribución de poderes in Division de Poderes*. Konrad-Adenauer-Stiftung. Buenos Aires: Ciedla, 1994. p. 9.

<sup>10</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *Manual de Derecho Político*. Volume Primeiro. Introducción y Teoría del Estado. Tercera Edición, Madrid: Tecnos, 1998. p. 177.

<sup>11</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 122.

<sup>12</sup> VERDÚ, P. Ob. cit.

um freio ao próprio poder, como forma de garantir a liberdade individual. O pensador francês acreditava que a concentração de poder em uma única pessoa poderia provocar falta de liberdade, criando risco às conquistas recentes do Estado de Direito. Logo, a centralização de poder poderia reverter em despotismo.

A teoria de Montesquieu engendrou um complexo sistema no qual cada órgão do Estado desempenharia funções distintas e, ao mesmo tempo, interdependentes, com atividades que caracterizariam uma forma de contenção da outra esfera de poder. Com efeito, somente a partir da teoria de Montesquieu é que a fórmula clássica da divisão funcional tripartida do poder do Estado passou a predominar no âmbito do constitucionalismo liberal.

Para Bobbio, deve-se a Montesquieu a “divisão vertical do poder que constitui a célebre teoria da separação dos poderes”. Lembra, ainda, Bobbio, que de todas as teorias do pensador francês, a da separação de poderes é “que teve maior projeção, tanto que as primeiras Constituições escritas, a norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 são consideradas suas aplicações”<sup>13</sup>.

Mesmo não fazendo referência expressa ao princípio nos moldes traçados por Montesquieu, a Constituição americana de 1787 pode ser considerada o marco normativo moderno da separação de poderes. Por essa razão, Bonavides adverte que, mesmo sem norma expressa, a constituição americana seria incompreensível se não tivesse implicitamente, na sua essência, a separação de poderes, “que é a técnica de repartição da competência soberana naquele documento público”<sup>14</sup>.

Porém, a defesa mais apaixonada à teoria da separação de poderes, cunhada por Montesquieu, encontra-se na constituição francesa de 1791, na parte relativa à declaração dos direitos do homem e do cidadão (preâmbulo), cujo art. 16 previa que toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes, não possuiria constituição.

A lógica da estruturação teórica desenvolvida por Montesquieu, em alguma medida, se assemelha ao que se observa na prática atual da divisão orgânico-funcional do Poder na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais. Para

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 7. ed. Trad. Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994. p. 136.

<sup>14</sup> BONAVIDES, P. Ob. cit., p. 153.

Montesquieu, os poderes deveriam atuar de modo que cada um decidisse sobre as matérias afetas às suas competências, exercendo a faculdade de ordenar por si mesmo (*faculté de statuer*), e detendo os excessos uns dos outros por meio da faculdade de impedir a prática de “actos contrários ao Direito ou ao equilíbrio constitucional, paralisando a acção deles quando exorbitem ou anulando os seus actos ilegais (*faculté d’empêcher*)”<sup>15</sup>.

Além do mais, a separação de poderes deveria assegurar a existência de uma esfera de poder capaz de contrariar outra esfera de poder: a denominada instância moderadora. Sob este prisma, a teoria era muito mais um problema de natureza política, afeto à noção de correlação de forças, do que propriamente uma questão jurídica ligada à organização das funções do Estado. A instância moderadora é que proporcionaria o equilíbrio entre os poderes.

A supremacia do Legislativo também se verificava em relação ao Judiciário, o que contribuiu para a tardia adesão dos países da Europa ocidental à jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade. A rigor, o Poder Judiciário seria “de algum modo nulo”, cabendo aos juízes atuar somente como a “boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>16</sup>.

### **1.3 A DOCTRINA NORTE-AMERICANA DOS CHECKS AND BALANCES: A COMPLEMENTAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Nos Estados Unidos da América, por influência do iluminismo europeu e a partir de “O Federalista”, teve início o desenvolvimento da doutrina da separação de poderes arquitetada por Montesquieu. Nos artigos federalistas, os revolucionários americanos manifestavam temor quanto à possível ação tirânica do Legislativo, dada a excessiva concentração de poder naquela esfera<sup>17</sup>.

Partindo das bases teóricas assentadas por Montesquieu, e, na verdade, com o objetivo de fortalecer o Poder executivo, Madison e Hamilton consolidaram um modelo de separação de poderes que visava atenuar a supremacia do Legislativo, garantindo maior equilíbrio na relação entre as esferas de poder. Afastou-se, desta forma, o modelo europeu, que conferia ao Legislativo papel

<sup>15</sup> CAETANO, M. Ob. cit., p. 193.

<sup>16</sup> Ver *Do espírito das leis*. Edição brasileira. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 169 e 172.

<sup>17</sup> Ver *O Federalista*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979, caps. XLVII e LI.

predominante, mas sem cogitar o Poder judiciário como uma esfera irrelevante e nula.

É possível estabelecer como notas distintivas entre os modelos teóricos de separação de poderes de Montesquieu e o americano a circunstância de o primeiro constituir, primordialmente, um mecanismo voltado à promoção da liberdade individual, enquanto que o segundo denota, essencialmente, um instrumento de divisão de trabalho e otimização das funções estatais, ainda que neste último caso houvesse, discretamente, a intenção de limitar a ação do Legislativo em favor do Executivo. Afinal, os teóricos americanos não se preocupavam em limitar o poder concentrado nas mãos de um monarca absolutista, senão com o equilíbrio de forças entre Legislativo e Executivo.

Portanto, a separação de poderes segundo a perspectiva teórica proposta pelos norte-americanos segue, primordialmente, um critério orgânico-funcional, que é compatível com a concepção contemporânea de Lowestein, segundo a qual o princípio deve ser aplicado como técnica de divisão de funções estatais entre diferentes órgãos do Estado<sup>18</sup>.

Contudo, da sistemática instituída pela Constituição americana de 1787 nos seus três primeiros artigos e das bases firmadas pela doutrina e pela jurisprudência da Suprema Corte americana, sobretudo após o célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803, surgiu a ideia de controle entre os poderes, traduzida pelo sistema dos freios e contrapesos (*checks and balances*), de acordo com o qual as funções estatais devem ser fracionadas entre vários órgãos, que, por sua vez, colaboram no exercício de cada uma delas mediante controles recíprocos.

O sistema de freios e contrapesos também revela uma técnica de controle que tem os seguintes objetivos: (i) evitar a tirania; (ii) limitar a autoridade, impedindo arbitrariedades; e (iii) preservar a liberdade individual<sup>19</sup>. O sistema de controle recíproco entre os poderes revelou-se fundamental para a independência do Judiciário e para o fortalecimento do Executivo, que já possuía o batismo da legitimidade democrática, pelo menos no que diz respeito ao processo de escolha daqueles que governam pelos governados.

A combinação entre a jurisprudência da Suprema Corte, proveniente da *judicial review*, e a doutrina norte-americana da separação de poderes representou

<sup>18</sup> LOWESTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965. p. 55.

<sup>19</sup> CAETANO, M. Ob. cit., p. 195.

o elemento necessário para que o Poder Judiciário tivesse reconhecida a mesma grandeza institucional das outras esferas de poder do Estado. Ademais, a interpenetração de funções anunciada pelos *checks and balances* flexibilizou a noção rígida de separação de poderes do modelo liberal europeu, sem, contudo, descaracterizar a essência e os objetivos do princípio. Depois de estudar as constituições de vários Estados, Madison afirmou que “[...] não existe nenhum exemplo em que as diferentes funções dos Poderes encontram-se absolutamente distintas e separadas”<sup>20</sup>.

Para Piçarra, “[...] o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os poderes separados, mas sim a predominância cíclica de cada um deles”<sup>21</sup>. A constatação de Piçarra pode ser confirmada pela proposta da doutrina americana da separação de poderes, que resultou no fortalecimento dos Poderes Executivo e Judiciário, e, por sua vez, no enfraquecimento da supremacia do Legislativo, de acordo com o contexto sociopolítico da época.

É bem de ver, portanto, à luz da evolução teórica da separação de poderes, da noção cunhada pela *rule of law* até a concepção clássica de Montesquieu, que o princípio possui um conceito dinâmico, flexível e mutável conforme as circunstâncias sociais, políticas e econômicas de cada época. Afinal, de acordo com Magiera, “o conceito de separação dos poderes é, pelo menos, equívoco”, sendo firmado conforme as relações reais de poder vivenciadas em determinado contexto histórico<sup>22</sup>.

É possível, portanto, antecipar a conclusão de que a noção contemporânea do princípio da separação de poderes não pode admitir a predominância das marcas vetustas do Estado liberal-burguês dos séculos XVIII e XIX. Nesse sentido, Baptista adverte que a separação dos poderes sofreu “substancial alteração do seu conteúdo [...], tendo deixado de ser um dogma do Estado para adquirir a dimensão de autêntico princípio institucional”<sup>23</sup>. Recomenda-

---

<sup>20</sup> MADISON, James. *The Federalist*, n. 47, ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 327 Apud CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 32.

<sup>21</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 184.

<sup>22</sup> MAGIERA, John. *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, 1979. Apud TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 858.

<sup>23</sup> BAPTISTA, Patrícia Ferreira. O princípio da separação de poderes revisitado e atualizado. *Revista de Direito da Associação de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. VI – Direito Público. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. p. 10.

-se, pois, na atualidade, uma leitura mais flexível do princípio em detrimento da visão dogmática, de maneira que sejam lançadas luzes sobre a separação de poderes enquanto princípio jurídico constitucional de natureza instrumental. E a doutrina americana dos *checks and balances*, seguramente, contribuiu para a compreensão do princípio em termos funcionais, mitigando a ideia de que este pudesse constituir um fim em si mesmo.

Na verdade, a teoria de Montesquieu, que prioriza a divisão vertical do exercício do poder político, e a teoria americana, que destaca a distribuição de funções entre órgãos do Estado e o controle recíproco entre estes, devem ser compreendidas como esferas não excludentes, mas sim complementares, pois, afinal, possuem o mesmo objetivo, que é o de preservar a esfera de liberdade dos indivíduos a partir da limitação do exercício do poder político.

## 2 DO CONCEITO CLÁSSICO À NOÇÃO CONTEMPORÂNEA

### 2.1 A INSUFICIÊNCIA DA ACEPTÃO CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O esquema tradicional do princípio da separação de poderes, segundo os padrões dogmáticos consagrados pela doutrina de Montesquieu, considera os poderes do Estado divididos em três: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A cada Poder do Estado é conferida uma função. À função de legislar, atribuída ao Legislativo, cabe criar direitos e obrigações por meio da edição de normas gerais e abstratas; ao Executivo é conferida a função administrativa, que atualmente desdobra-se na prestação de serviços públicos, no exercício das atividades de polícia e de fomento e na intervenção nos ordenamentos econômico e social; por fim, à função jurisdicional, desempenhada pelo Judiciário, compete interpretar e aplicar os direitos e as obrigações criados pela lei aos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse.

Todavia, o próprio arranjo institucional do Estado moderno permite que os centros de poder estatais desempenhem funções consideradas atípicas, para as quais não há exclusividade, como reforço de sua independência em face dos demais poderes. As situações de exercício não exclusivo de funções estatais mais citadas na experiência brasileira são as seguintes: (i) em caso de *impeachment*, por intermédio da Câmara e do Senado Federal, o Legislativo exerce a função de processar e julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade (art. 52, I, da CRFB); (ii) o Judiciário desempenha funções administrativas

(art. 96, I, da CRFB); e (iii) o Executivo legisla por meio de Medida Provisória (art. 62 da CRFB).

Além da divisão de funções estatais entre órgãos constitucionalmente instituídos, integra o conteúdo clássico da separação de poderes o denominado sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* –, que é a técnica pela qual os poderes promovem, reciprocamente, o controle dos atos praticados. Os *checks and balances* constituem formas de equilíbrio e interferência entre os poderes como instrumento de garantia da liberdade. Significa o controle do exercício do Poder pelo próprio Poder, cujos limites são definidos pela Constituição. Uma vez excedidos estes limites, o poder que detém a competência para controle pode conter o outro poder transgressor. Em linhas gerais, os objetivos do sistema de freios e contrapesos são os seguintes: (i) evitar o despotismo; (ii) limitar a autoridade; e (iii) garantir as liberdades individuais.

O conteúdo clássico da separação dos poderes pode ser conceituado, em linhas gerais, como a divisão de funções estatais privativas ou não entre diversos órgãos, que se controlam reciprocamente por intermédio de mecanismos instituídos pelo Direito, para resguardar a esfera de liberdade dos indivíduos e do corpo social contra os abusos potenciais de um poder absoluto. No conceito clássico de separação dos poderes, nota-se a conexão entre as matrizes europeia (divisão de funções entre diversos órgãos) e norte-americana (controle recíproco), sendo ambas as concepções básicas responsáveis pelo caráter científico alcançado pelo princípio ao longo dos anos.

Não se deve perder de vista, no entanto, que o valor subjacente ao conceito clássico de separação dos poderes é a liberdade, uma vez que toda a teoria liberal antiabsolutista emoldurada nos séculos XVIII e XIX perseguiu a linha ideológica relativa à “limitação do exercício do poder – garantia da liberdade”. A teoria clássica da separação de poderes firmou-se em um contexto de valorização à proteção da liberdade individual em face dos abusos do Estado, no qual era evidente a dicotomia Estado-sociedade pela prevalência de uma relação vertical de subordinação entre os dois.

Naquelas circunstâncias históricas, que precederam o florescimento do Estado liberal no século XIX, presumia-se uma igualdade formal em razão da qual o Estado não poderia interferir na esfera individual dos cidadãos que, por sua conta e risco, teriam condições de satisfazer suas necessidades materiais e existenciais. Por obra do constitucionalismo da época, surgiram, no século XVIII, os direitos fundamentais de primeira dimensão, que correspondem aos direitos individuais e políticos, pelos quais o indivíduo possui uma esfera de liberdade

intangível, na qual o poder do Estado é juridicamente limitado, devendo abster-se de interferir na liberdade de seus membros.

Aliás, segundo Piçarra, a liberdade como elemento justificador é tão intimamente ligada à separação de poderes que passa a fazer parte do núcleo imutável do princípio. Para o pensador luso, sob o aspecto orgânico-funcional, o princípio da separação de poderes continua a ser compreendido como “princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade”, o que caracteriza “o seu núcleo imutável”<sup>24</sup>. Vale dizer que o arranjo tradicional da separação de poderes como dogma do Estado se distancia em grande medida do panorama atual das relações entre as esferas de poder e entre estas e a sociedade.

## 2.2 NECESSIDADE DE REAVALIAÇÃO DA MATRIZ CLÁSSICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Atualmente, vivencia-se uma era caracterizada pela quebra de paradigmas no Direito Público. Conceitos como o de interesse público, legalidade, igualdade, legitimidade, controle e, por que não, separação de poderes postulam nova reflexão diante de uma realidade diferente daquela sobre a qual foram edificadas suas matrizes clássicas. Logo, demonstra-se necessária a releitura do princípio da separação de poderes para compatibilizá-lo à realidade dos novos tempos.

Ressalte-se, a propósito, que a condição de norma principiológica confere à separação de poderes um conteúdo menos denso, aberto, dinâmico, enfim, mais facilmente adaptável às exigências das circunstâncias de cada momento histórico. Com o advento da visão de mundo carregada pela pós-modernidade, “No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites [...]”<sup>25</sup>. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada [...]. No direito público, a nova onda é a governabilidade”, anuncia Barroso<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 26.

<sup>25</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Cidadania e Justiça*, n. 6, 1999. A autora defende que a “(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado”.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo), *Post Scriptum*. In: *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 305.

De fato, não existem mais razões para compreender a separação de poderes como um instrumento de luta contra o poder absoluto, nos moldes formulados por Montesquieu ainda na primeira metade do século XVIII. Para encontrar o sentido e o alcance da separação de poderes na realidade contemporânea, devem ser afastadas cogitações quanto à adesão a uma forma de “interpretação retrospectiva”, que certamente levará a percepção do princípio como um dogma liberal degradado em sua autoridade, vigor e prestígio<sup>27</sup>.

Isso porque, conforme advertido por Cyrino, especialmente nos Estados cujo sistema de governo é presidencialista, “os pressupostos de fato e os fundamentos juspolíticos para a aplicação da teoria original (da separação dos poderes) não são mais os mesmos”<sup>28</sup>. Além disso, não há mais espaço para uma leitura rigorosa do princípio da separação de poderes em uma era em que o Estado assume compromissos sensíveis e complexos, carecendo de maior agilidade e flexibilidade para concretizá-los.

O Estado liberal possuía, a rigor, deveres de abstenção (negativos), que se destinavam a manter incólume a esfera de liberdade formal dos indivíduos, enquanto que o Estado contemporâneo assume, adicionalmente, deveres relacionados a uma postura proativa (positivos), visando à consecução dos interesses públicos, que certamente pressuporá a realização prática de direitos socioeconômicos e de direitos de natureza difusa, neste último caso, cujos interesses transcendem ao próprio Estado nacional<sup>29</sup>.

Não se afirma com isso que a garantia dos direitos de liberdade não gere custos para o Estado, uma vez que sua realização prática exige, de alguma forma, prestações positivas, como o caso, por exemplo, da segurança pública, que precisa de todo um aparato de recursos humanos, tecnológico e ope-

---

<sup>27</sup> Para José Carlos Barbosa Moreira, interpretação retrospectiva é “um tipo de interpretação [...] em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica” (O Poder judiciário e a efetividade da nova constituição. *Revista Forense*, n. 304, 1988. p. 152).

<sup>28</sup> CYRINO, André Rodrigues. Ob. cit., p. 27.

<sup>29</sup> É conhecida a classificação do interesse público em gênero do qual são espécies o interesse público primário e o interesse público secundário. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “[...] os próprios interesses públicos também se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a diferenciação entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral a quem se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos secundários só são considerados legítimos quando sejam instrumentais para o atingimento dos primários” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9).

racional para funcionar eficientemente. Porém, no atual formato de Estado, no qual a dignidade da pessoa humana ocupa posição de principal qualificativo axiológico, a implementação de prestações positivas torna-se reconhecidamente mais complexa do que as de natureza absenteísta. Até porque, se os direitos fundamentais consolidados ao longo da história, em todas as suas dimensões, não são excludentes, caberá ao Estado garantir a fruição daqueles direitos já conquistados, a par dos que ainda serão reivindicados pelas gerações futuras.

Do mesmo modo, a noção cerrada e inflexível da separação de poderes, conforme preconizado pela teoria clássica, não se amoldaria aos espaços de interseção entre as funções estatais – *v.g.* o poder regulamentar autônomo do chefe do Poder Executivo e as súmulas vinculantes – e ao surgimento de novos centros de poder autônomo com competências técnicas e específicas, tais como as agências reguladoras, como se vê na organização estatal hodierna.

Sem dúvida, a realidade do Estado contemporâneo não se ajusta à visão de separação de poderes que privilegia uma literal divisão de funções estatais e que considera, a despeito de tantas outras circunstâncias, a liberdade como valor exclusivo e sacrossanto, pois, nos dias atuais esta “[...] não precisa mais ser combatida contra um monarca absolutista que deixou de existir”<sup>30</sup>. Como leciona Bonavides, “os valores políticos cardeais que inspiraram semelhante técnica ou desapareceram ou estão em vias de desaparecimento”<sup>31</sup>.

Por outro lado, hoje adquire relevância a preocupação do Estado e da sociedade com o controle e a fiscalização do exercício das funções estatais em vista de melhores resultados no trato da coisa pública, o que mitiga a preocupação com o órgão competente para desempenhá-las. Como observa Souza Neto, na quadra atual está em jogo a contenção do arbítrio e o modo pelo qual as funções públicas são exercidas – que seria o núcleo material do princípio –, “não a garantia de competências exclusivas para cada órgão do estado”<sup>32</sup>.

No caso brasileiro, a autonomia constitucional dos Tribunais de Contas e a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público podem ser considerados casos emblemáticos de valorização do controle e da fiscalização na atuação dos órgãos estatais, sobretudo para garantia

<sup>30</sup> CYRINO, A. R. Ob. cit., p. 37.

<sup>31</sup> BONAVIDES, P. Ob. cit., p. 157.

<sup>32</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31.

de atendimento aos princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

A principal finalidade do Estado contemporâneo é promover os direitos fundamentais da sociedade. Sendo assim, a par da contenção dos abusos, a estabilidade entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, de maneira a prevenir desequilíbrios institucionais, é o novo mote da separação de poderes, isto é, a condição essencial para que o Estado possa atingir seus objetivos primordiais, que são promover a justiça, a segurança e o bem-estar da coletividade. A busca pelo sentido e alcance de uma separação de poderes renovada, convertida em técnica jurídico-instrumental, não pode prescindir de todas essas circunstâncias relevantes.

## **2.3 O CONTEÚDO JURÍDICO DA NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES**

### **2.3.1 Divisão racional de atribuições e teste de legitimidade**

Assentadas as premissas sobre a desejável mudança de compreensão do princípio, importa deixar claro que, do ponto de vista ontológico, o conceito de separação de poderes, como aconselha Lowenstein, deve ser tratado como a divisão de funções estatais entre diversos órgãos do Estado, que são considerados de maneira meramente figurativa como poderes. Nesse aspecto, a separação de poderes consiste senão em uma forma de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do poder político.

A teoria de Lowenstein desmistifica a separação de poderes como dogma, tornando-a pragmática e mais próxima da realidade e do dinamismo do Estado contemporâneo. É possível falar, portanto, em uma divisão de competências materiais – de funções ou de trabalho – entre órgãos, e não em divisão de poderes, já que, para a teoria do Estado, o Poder é unitário, indivisível e indelegável. Acrescente-se que a divisão figurativa de poderes se dá, na realidade, quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos com competências próprias. Quando se fala em princípio da separação de poderes, deve-se compreender a referência essencialmente como a divisão de funções do Estado entre diversos órgãos estatais.

Embora reconheça a conexão entre os conceitos, Afonso da Silva faz a distinção entre divisão de funções e separação de poderes ao afirmar, *in verbis*:

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de Poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções (menos o Judiciário): órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário. Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes.<sup>33</sup>

Ainda sobre a separação de poderes como divisão de funções, Aragão sustenta que,

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.<sup>34</sup>

Em última análise, é a própria sociedade que se beneficia do exercício das funções estatais por diferentes órgãos, o que deixa clara a noção instrumental do princípio da separação de poderes, que, atualmente, caracteriza um mecanismo de realização das finalidades do Estado no interesse da coletividade. Na essência, em uma de suas vertentes contemporâneas, a separação de poderes consiste em uma lógica de distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais com competências próprias, ou seja, uma técnica de divisão de trabalho entre setores que desempenham atividades políticas. Todavia, a expressão separação

<sup>33</sup> AFONSO, José da Silva. Harmonia entre os poderes e governabilidade. *Revista de Direito do Estado* (RDE), n. 1, 25-35, jan./mar. 2006. p. 27.

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 371.

de poderes representa terminologia consagrada pelo uso, sendo empregada recorrentemente pela doutrina sem maiores questionamentos.

É de Ackerman a afirmação segundo a qual a nova separação de poderes possui “[...] três ideais de legitimidade [...]”, quais sejam a manutenção e aperfeiçoamento da democracia, a realização prática do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição da República) e a “[...] proteção e ampliação dos direitos fundamentais”. Com efeito, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, esses pressupostos legitimadores justificam a separação de poderes enquanto princípio instrumental.

Significa que a fundamentação racional do princípio da separação de poderes deve passar, necessariamente, pelas funções de limitação do exercício do poder político – evitando o arbítrio dos governantes em razão da excessiva concentração de poderes –, pela implementação imparcial e eficiente da Constituição e das leis pelos governos e executores da função jurisdicional, e, especialmente, pela promoção dos direitos fundamentais<sup>35</sup>.

### 2.3.2 A superação da tripartição clássica

As múltiplas e complexas necessidades da sociedade plural do século XXI impõem que o Estado contemporâneo assuma responsabilidades nunca antes cogitadas<sup>36</sup>. Em grande medida, os encargos relativos aos anseios da sociedade são satisfeitos pelo exercício das atividades estatais, que nem sempre se amoldam com perfeição ao esquema tradicional das funções executiva, legislativa e jurisdicional. A releitura do princípio da separação de poderes não deve levar em consideração o fato de cada um dos órgãos do Estado exercer, exclusivamente, uma única dessas três funções consagradas pela tradição liberal.

Ademais, não é possível conceber que absolutamente todas as funções do Estado contemporâneo se amoldarão ao esquema destas espécies

---

<sup>35</sup> ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7. Tradução da obra “The New Separation of Powers”, publicada originalmente em inglês pela Harvard Law Review, v. 113, n. 03, jan. 2000.

<sup>36</sup> Conforme advertido por Sarmento, “No constitucionalismo contemporâneo, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir de forma muito mais intensa nas relações sociais e econômicas, levou a uma crise no princípio da separação dos poderes. [...] conter ao máximo o Estado pode não ser a melhor estratégia, se o que se pretende não é o Estado mínimo e absenteísta, mas sim poderes públicos que atuem energeticamente em prol dos direitos fundamentais e interesses sociais relevantes” (SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 305).

convencionalmente classificadas. A propósito, Piçarra sustenta que a nova configuração do princípio da separação de poderes implica no esgotamento da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, tendo em vista uma progressiva diminuição de fronteiras, a relatividade dos critérios de caracterização material e de distinção entre elas<sup>37</sup>.

O pluralismo da sociedade reforça a necessidade de construção de fórmulas mais criativas e menos cerradas para a divisão do exercício do poder político. No lugar de um esquema taxativo para a separação de poderes enquanto divisão racional do exercício das funções do Estado, com inspiração na teoria liberal dos séculos XVIII e XIX, surge um sistema mais complexo, maleável e sofisticado.

É de Moreira Neto a tese de que aos variados modos de expressão do poder político existentes nos dias atuais corresponderão inúmeras novas funções a serem desempenhadas pelo Estado, razão pela qual seria praticamente inviável categorizá-las em uma relação *numerus clausus*<sup>38</sup>. Criticando o modelo madisoniano de separação de poderes, que também conduz a uma divisão tripartite do exercício do poder político entre presidência, câmara e senado, Ackerman alega que o sistema norte-americano tem pelo menos cinco instâncias, quais sejam a câmara, o senado, a presidência, a suprema-corte e as agências independentes<sup>39</sup>.

Ackerman sustenta que o modelo madisoniano de separação tripartite do poder entre presidência, câmara e senado “não só gera inúmeras patologias legislativas, mas também interrompe a coerência da administração pública técnica”<sup>40</sup>. O autor assevera, ainda, que se chegará ao ponto em que a limitação formal do número de órgãos estatais resultará em uma dinâmica cada vez mais patológica. Diante disso, Ackerman indaga: há ainda “alguma boa razão para supor que um governo moderno razoável deve dividir o poder entre somente três ou quatro instâncias?”<sup>41</sup>

Constata-se que a preocupação com a divisão rígida quanto ao desempenho das funções estatais como elemento integrante do conteúdo do princípio da

<sup>37</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 264.

<sup>38</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *RDA*, 223/08.

<sup>39</sup> ACKERMAN, B. Ob. cit., p. 114.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Idem.

separação de poderes vem perdendo força na doutrina, havendo, por outro lado, uma grande tendência a se buscar mecanismos adequados para que a atividade estatal seja eficientemente executada e controlada, de modo a evitar potenciais desvios de poder e garantir, na prática, a promoção dos interesses da coletividade, na forma exigida pelas constituições democráticas.

O afastamento da teoria da divisão cerrada de funções estatais do conteúdo do princípio jurídico da separação de poderes e a diminuição de sua importância para a doutrina já eram preconizados por Lowenstein na década de 1960. Sustentava o autor que a separação de funções, na forma taxativa pretendida pelos mais conservadores, não seria indispensável para o exercício eficiente do poder político<sup>42</sup>.

De fato, é preciso relativizar a ideia clássica de separação de poderes que pretende, a partir de um critério racional estático, quase matemático, enumerar taxativamente as funções e as esferas de poder credenciadas ao desempenho das atividades estatais. Com efeito, a dinâmica da sociedade plural provocará o surgimento de demandas inéditas, que as instâncias de poder tradicionais do esquema tripartite nem sempre serão capazes de atender eficientemente.

Nesta perspectiva, Dabin adverte que a distribuição de funções entre órgãos distintos e independentes não pode caracterizar um dogma ou um fim em si mesmo, mas sim um valor de meio, instrumental, de modo que o princípio da separação de poderes carece de uma maior flexibilidade em sua compreensão. A visão rígida da lógica da especialização tripartida de funções militarista contra a faceta funcional do próprio princípio da separação de poderes<sup>43</sup>.

Sendo assim, torna-se imprescindível sustentar uma leitura renovada do princípio da separação dos poderes, franqueada a arranjos institucionais menos ortodoxos e dotados de maior plasticidade, desde que preservados os valores essenciais do princípio, que, atualmente, transcendem à preocupação de conter o exercício do poder político em nome da liberdade. Hoje, ao se falar na cláusula pétrea da separação de poderes, deve-se evitar uma concepção excessivamente rígida da cláusula, que impossibilite a adaptação institucional dos organismos do Estado às novas exigências das sociedades contemporâneas.

---

<sup>42</sup> LOWEYSTEIN, K. Ob. cit., p. 56.

<sup>43</sup> DABIN, Jean. *Doctrine Générale de L'État, Bruylant e Sirey*. Bruxelas e Paris, 1939, p. 284-285. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ob. cit., p. 378.

### 2.3.3 Separação de poderes como ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos

Com a perda de vigor da especialização funcional taxativamente vinculada ao esquema da tripartição, a interpretação contemporânea constitucional da separação de poderes vem reconduzindo a compreensão do princípio, em toda a sua dinâmica, para a vertente relativa ao controle recíproco, que é associada à doutrina norte-americana dos *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos). Enquanto a tipificação originária das funções estatais e a respectiva distribuição entre os órgãos do poder se afastam gradativamente do conteúdo nuclear da cláusula da separação de poderes, por outro lado, em sua versão contemporânea, os controles recíprocos se aproximam deste.

Para Piçarra, no Estado de direito contemporâneo, o centro de gravidade do princípio da separação de poderes é constituído pelas noções de controle, fiscalização e coordenação recíprocos. O autor afirma que “o sistema de controlos jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo”, no qual se incluem as tarefas de fiscalização e coordenação<sup>44</sup>.

Logo, a leitura contemporânea do princípio jurídico da separação de poderes destaca o controle, a fiscalização e a colaboração entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, sendo tais atribuições partes integrantes e indissociáveis do núcleo essencial do princípio, que opera como regra jurídica, determinando condutas objetivas para o Estado ou para quem lhe faça as vezes. Neste passo, como técnica substancialmente jurídica, o princípio da separação de poderes não pode se afastar dos pressupostos que o convertam em instrumento de cooperação, harmonia e moderação (fiscalização e controle) no âmbito das relações institucionais entre os órgãos executores das atividades estatais. Nesse sentido, o princípio da separação de poderes representa muito mais do que uma mera técnica de especialização funcional.

As constituições contemporâneas possuem, em sua maioria, regras jurídicas – retiradas do núcleo essencial do princípio da separação de poderes – determinando condutas objetivas, segundo as quais os órgãos especializados que desempenham as funções estatais devem manter relações harmônicas e equilibradas entre si, em regime de mútua cooperação, reverência e tolerância na tarefa de governar, controlando-se reciprocamente, de modo a possibilitar a

<sup>44</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 258-259.

formação de uma vontade estatal válida, evitando abusos no exercício do poder político, em favor de toda a coletividade e, em última análise, da liberdade em sua faceta material.

Os detentores do poder estão obrigados pelo núcleo essencial do princípio da separação de poderes a uma cooperação mútua, sendo-lhes defeso impor arbitrariamente suas opiniões em face do outro. A participação e a cooperação entre os órgãos executores das funções do Estado constitui condição de validade e eficácia dos atos estatais. Ao defender a aplicação do modelo denominado “parlamentarismo limitado” à lógica da separação de poderes na constituição norte-americana, Ackerman esclarece que “o poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes”<sup>45</sup>.

Ackerman desenvolve o raciocínio sobre a leitura atual da separação de poderes a partir da premissa segundo a qual, a par da especialização funcional, o princípio possibilita que o governo seja limitado pelo Poder Judiciário e seus tribunais independentes, chamados de “instância de integridade”, cujo controle destina-se a evitar corrupção e abusos, bem como por uma “instância regulatória”, que obrigaria o Estado a dar satisfações de como dará conta de melhorar os resultados gerados para a sociedade pelas atividades econômicas reguladas.

A teoria desenvolvida por Ackerman é de extrema valia para a definição da concepção contemporânea do princípio da separação de poderes, porquanto fundada essencialmente na ideia de controle recíproco das funções estatais entre os órgãos especializados, cuja atuação há de se efetuar em regime de ampla cooperação, bem como por instâncias independentes. Somente desta forma será possível conjugar os atos necessários para o atendimento da vontade estatal que, em última análise, significa a consecução eficiente dos interesses da sociedade.

De outro giro, vale dizer que a liberdade também integra o núcleo essencial da separação de poderes, mas como valor a ser preservado e fim último a ser perseguido, o que caracteriza seu conteúdo programático. Neste caso, a liberdade não pode ser entendida como aquela vislumbrada no Estado liberal burguês dos séculos XVIII e XIX em face do absolutismo monárquico. No atual contexto, em que o epicentro axiológico dos ordenamentos jurídicos ocidentais

---

<sup>45</sup> ACKERMAN, B. Ob. cit., p. 113.

é representado pela cláusula da dignidade da pessoa humana, a liberdade deve ser entendida como o conjunto mínimo de condições materiais essenciais e elementares sem as quais uma pessoa não pode viver com dignidade<sup>46</sup>, noção que pode ser associada ao “mínimo existencial”<sup>47</sup>.

Portanto, a partir da leitura contemporânea do princípio da separação de poderes (previsto expressamente no art. 2º da Constituição da República), é possível extrair duas regras jurídicas do seu núcleo essencial, as quais, evidentemente, estão fora do jogo da ponderação e são de observância obrigatória pelos poderes do Estado em suas relações.

A primeira consiste na necessidade de contenção do arbítrio no exercício do poder político, por meio da fiscalização e do controle recíprocos entre os órgãos especializados – p. ex., pelo Poder Judiciário e seus Tribunais independentes – e por instâncias independentes, como tribunais de contas, o Ministério Público e as agências reguladoras, sem que se possa causar risco à higidez das competências funcionais do órgão controlado, bem como aos anseios da sociedade<sup>48</sup>. A segunda significa a exigência de cooperação, harmonia, respeito, tolerância e equilíbrio

---

<sup>46</sup> Ricardo Lobo Torres ensina que “O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade. O princípio da liberdade fática entra no jogo da ponderação com princípios como os da separação de poderes e reserva orçamentária. Observa Alexy que ‘um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial’. [...] O mínimo existencial protege também as condições iniciais da liberdade, assim entendidos os pressupostos materiais para o seu exercício. A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. O fundamento do direito ao mínimo existencial, conseqüentemente, está nas condições para o exercício da liberdade [...]” (Ver TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 139-141).

<sup>47</sup> Sobre o tema, Ana Paula de Barcellos adverte que “Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. [...] Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305).

<sup>48</sup> Segundo Ackerman, “A separação de poderes envolve não só presidentes e parlamentos, mas também a posição constitucional de tribunais e das agências administrativas” (Ver ACKERMAN, B. Ob. cit., p. 6).

entre os órgãos executores do poder político com vista à realização do bem da coletividade e à promoção dos direitos fundamentais.

Por fim, não seria desnecessário recordar a lição de Piçarra, segundo a qual “[...] o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os poderes separados, mas sim a predominância cíclica de cada um deles”<sup>49</sup>. Nesta perspectiva, não poderia passar despercebido o protagonismo contemporâneo do Poder Judiciário no cenário político nacional e internacional, fenômeno que vem se desenvolvendo desde o final da 2ª Guerra Mundial em diversas democracias mundiais. Exercendo o papel de guardiães da Constituição, naturalmente as Supremas Cortes têm provocado a submissão das democracias deliberativas ao crivo da jurisdição constitucional. Em outras palavras, cabe à jurisdição constitucional avaliar segundo parâmetros jurídicos racionais, se as vontades das maiorias eventuais manifestadas nos processos deliberativos observam os cânones constitucionais, impedindo que militem contra a própria democracia. Mais uma vez está em jogo a permanente tensão entre democracia e constitucionalismo.

Do mesmo modo, diante da inércia dos órgãos de representação da soberania popular, muitas vezes pelas dificuldades resultantes dos altos custos políticos de articulação, outras simplesmente por força de estratégia de defesa institucional, e, também, em virtude da incapacidade de o direito positivo acompanhar a velocidade e a dinâmica da realidade da vida, o Poder Judiciário é obrigado a intervir para garantir a efetividade das normas constitucionais, o que reforça a tênue fronteira entre o político e o jurídico na contemporaneidade. Cumpre ressaltar que a interferência do Judiciário, nesses assuntos, deve se dar de maneira subsidiária, autocontida e reverente aos outros poderes<sup>50</sup>.

Recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu questões importantes que, em princípio, deveriam ter sido objeto de deliberação no âmbito da política majoritária, como, por exemplo, as uniões homoafetivas, a interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos, as cotas raciais,

---

<sup>49</sup> Ver nota de rodapé 21.

<sup>50</sup> Para Barroso, “[...] a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha” (Ver BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41).

pesquisas com células-tronco, nepotismo, demarcação de terras indígenas, definição do rito procedimental para processo de *impeachment* etc.<sup>51</sup>.

Em importante precedente, que confirma a tendência contemporânea de ascensão política do Poder Judiciário e das Supremas Cortes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, na ADI 4.663/RO, reconheceu a inconstitucionalidade do inciso XVII, do art. 3º da Lei nº 2.507/2011 – Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado de Rondônia –, sustentando a necessidade de “[...] realinhamento da atividade financeira do poder público com o norte da programação de longo prazo, determinando-se que o orçamento anual observe as balizas do planejamento delineado no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias”, conforme exigido pela Constituição<sup>52</sup>.

A decisão afirmou a força vinculante das normas do orçamento anual – LOA, uma vez que a LDO de Rondônia – a norma impugnada – buscou imprimir regime diferenciado de execução obrigatória somente para as regras da LOA que decorressem de emendas parlamentares. Assim, unicamente nesses casos, os recursos deveriam ser obrigatoriamente aplicados pelo Poder Executivo estadual. A partir da premissa da “vinculação mínima das normas orçamentárias”, o Ministro Luiz Fux decidiu que “[...] não caberia ao legislador estadual definir modalidade diversa de execução exclusivamente às normas derivadas de emendas parlamentares, sob pena de ofensa à harmonia entre os poderes políticos”<sup>53</sup>.

Deste julgamento é possível extrair a importante constatação teórica de que a ideia tradicional de atuação discricionária do Chefe do Poder Executivo na execução do orçamento anual deve ser repensada em nome do dever de cumprimento das normas constitucionais sobre finanças públicas, seguindo o norte do planejamento de longo prazo, na forma exigida pelo PPA e pela LDO (art. 165 da Constituição da República). Neste caso, evidencia-se uma legítima interferência do Poder Judiciário em defesa da democracia e da Constituição, em espaço institucional originado por falha dos representantes da política majoritária.

---

<sup>51</sup> Ver BARROSO, L. R. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 38-39.

<sup>52</sup> FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 357-359.

<sup>53</sup> Idem.

## CONCLUSÃO

Segundo as lições de Piçarra, a efetivação dos direitos fundamentais exige “cada vez mais a solidariedade activa de todos os órgãos de produção e aplicação do Direito, vinculados que estão aos mesmos objectivos”, nem que, por isso, a crítica neoliberal venha opor o Estado Democrático e Social ao “Estado com separação de poderes”<sup>54</sup>. Com efeito, hoje deve-se falar mais em colaboração ou solidariedade entre poderes do que em absoluta separação de poderes. Ademais, o aspecto colaborativo e solidário do princípio deve ser considerado pressuposto essencial para qualquer Estado constitucional que se proponha Democrático de Direito.

O princípio da separação de poderes possui natureza jurídico-instrumental. Ele não pode constituir um fim em si mesmo, mas traduzir mecanismo voltado à instituição, preservação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, e, sobretudo, à realização da sua principal finalidade, que consiste na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Deste modo, atualmente, deve-se prestigiar uma leitura mais flexível do princípio, realizada em termos funcionais quanto à distribuição de tarefas entre órgãos independentes, em detrimento da visão dogmática, definitiva e invariável da especialização tripartida de funções.

Afinal, hoje, o desígnio fundamental do princípio não é proteger a liberdade individual dos cidadãos contra um monarca absolutista, fracionando o poder contido em suas mãos. Até porque, a noção contemporânea de Estado não admite que este se coloque em posição de superioridade sobre a sociedade, criando uma relação de sujeição, mas que com esta dialogue na busca pelo cumprimento dos deveres constitucionais. No Estado Democrático de Direito, não pode ser mais tolerada a prevalência da visão dicotômica Estado-sociedade.

No século XXI, no qual o próprio conceito de Estado passa por uma profunda crise, já não é mais possível compreender a separação de poderes a partir das lentes de uma racionalidade estática tal qual o esquema engendrado por Montesquieu sob inspiração da modernidade clássica dos séculos XVIII e XIX, cuja raiz justificadora era a preservação da liberdade individual em face dos abusos do absolutismo<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 27.

<sup>55</sup> Sobre o tema da crise do Estado, ver CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas/SP: Saberes, 2010.

Como observa Cassese, a distribuição rígida de funções entre órgãos do aparelho estatal teria sido uma justificativa da modernidade para corrigir, do ponto de vista organizacional, a concentração de poder na sociedade resultante da democracia<sup>56</sup>. Nota-se, portanto, um duplo aspecto na clássica divisão de funções proposta pela ideologia liberal-burguesa, cujo fundamento consistia na imposição de restrições à ação do Estado e aos cidadãos, que até então eram considerados súditos.

Todavia, nos dias atuais, já não seria mais possível sustentar uma divisão de funções em compartimentos estanque entre órgãos estatais, nos moldes da tripartição clássica. Assim sendo, a separação de poderes deve ser compreendida à luz de uma racionalidade branda, uma vez que nem sempre os executores do poder político se encaixarão perfeitamente nos modelos dos “três poderes”, e, também, pelo fato de os órgãos do Estado, cada vez mais, desempenharem funções atípicas.

Porém, às vezes, o próprio direito positivo é influenciado pela tendência de se encaixar de qualquer maneira o exercício de “poderes” por aparelhos independentes no esquema da tripartição clássica, como, por exemplo, no caso brasileiro, os tribunais de contas, que se vinculam ao Legislativo, as agências reguladoras e o Ministério Público, ambos integrantes formais da estrutura do Executivo, e o Conselho Nacional de Justiça, pertencente ao Judiciário.

As dificuldades de compreender o princípio da separação de poderes como a divisão rígida de funções estatais entre órgãos específicos, sem qualquer correspondência, de maneira quase matemática, conforme preconizado pela teoria clássica, são aumentadas pelos espaços de interseção verificados entre as funções estatais, como, por exemplo, o poder regulamentar autônomo do chefe do Poder Executivo e as súmulas vinculantes, bem como pelo surgimento de novos centros de poder autônomo com competências técnicas e específicas, tais como as agências executivas e as agências reguladoras.

Não deve ser esquecido, também, que, em nome da eficiência e da prestação de serviços públicos de qualidade à população, o Estado contemporâneo delega atividades tipicamente administrativas à iniciativa privada, no âmbito de programas de parceria, além de permitir a participação de entidades do terceiro setor e de organizações da sociedade civil no exercício de funções tradicionalmente executadas por órgãos e entidades estatais.

---

<sup>56</sup> Idem, p. 36.

Embora a divisão de funções para o exercício do poder político integre o conteúdo do princípio da separação de poderes, atualmente, importa mais investigar a forma pela qual o poder político é exercido do que averiguar quem o exerce. Pode-se dizer, então, que a divisão cerrada de funções se afastou do núcleo essencial do princípio da separação de poderes, se infiltrando mais ainda na zona de colisão.

A vertente política da correlação de forças entre órgãos distintos e independentes e a natureza instrumental e funcional não representam indicativos de que o princípio da separação de poderes seja vazio de conteúdo jurídico. A categoria de norma principiológica confere ao princípio da separação de poderes conteúdo flexível e dinâmico, permitindo adaptação às exigências das circunstâncias políticas, sociais e jurídicas de cada momento histórico. Porém, como a liberdade integra o núcleo imutável da separação de poderes, pois ainda revela a sua principal justificativa, enquanto ideia reguladora de conteúdo programático não pode ser afastada do conteúdo do princípio. A rigor, como adverte Piçarra, o princípio da separação de poderes continua a ser compreendido como “princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade”, o que caracteriza “o seu núcleo imutável”<sup>57</sup>.

Sob a perspectiva teleológica, de fato, a liberdade constitui o núcleo essencial e invariável do princípio da separação de poderes. Contudo, os meios de obtenção da liberdade no Estado Democrático de Direito contemporâneo exigem mais do que a simples não intervenção na esfera privada, garantida pelos direitos individuais. Deste modo, o dever de concretização dos direitos socioeconômicos reivindica prestações positivas, o que determina a atuação proativa do Estado, paralelamente à postura absenteísta, de maneira a garantir a liberdade a partir da igualdade material dos cidadãos.

Ademais, o Estado do século XXI também possui compromissos sensíveis e complexos relativos à tutela de direitos de matriz difusa, denominados direitos fundamentais de terceira e quarta dimensão, que transcendem aos próprios interesses nacionais, pois traduzem preocupações da comunidade global e do próprio gênero humano<sup>58</sup>. Sendo assim, para o cumprimento destes

---

<sup>57</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 26.

<sup>58</sup> O valor subjacente aos direitos fundamentais de terceira geração é a fraternidade (ou para alguns autores, a solidariedade), que se agrega aos valores da liberdade e da igualdade dos direitos de primeira (direitos individuais e políticos) e de segunda (direitos socioeconômicos) geração, respectivamente.

encargos, o Estado necessita atuar com agilidade, certo grau de estabilidade, flexibilidade e eficiência, mesmo porque assume compromissos perante a Comunidade Internacional, o que pressupõe uma ampla colaboração entre os órgãos executores das atividades estatais, superando a ideia convencional da separação de poderes como simples divisão cerrada de funções.

Uma mudança de perspectiva para o princípio da separação de poderes impõe a superação da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, justamente em virtude da inevitável interpenetração das atividades estatais, o que gera uma progressiva diminuição de fronteiras entre elas e a conseqüente relativização dos critérios de caracterização material e de diferenciação.

Igualmente, nos dias atuais não seria possível definir um rol taxativo de funções estatais e de órgãos competentes para executá-las, tendo em vista os diversos modos de expressão do poder político decorrentes das mais variadas demandas de uma sociedade dinâmica. Com efeito, na atualidade, a divisão rígida de funções entre órgãos distintos e especializados não constitui critério essencial para o exercício eficiente do poder político.

Por outro lado, no Estado contemporâneo, a noção de controle do exercício das funções estatais pelo Estado e pela sociedade adquire relevância. Desta forma, a fiscalização do desempenho das atividades do Estado em vista de melhores resultados no trato da coisa pública, e, em última análise, em benefício da sociedade, se sobrepõe à preocupação com o órgão competente para desempenhá-las.

No Estado constitucional do século XXI, preponderam a contenção do arbítrio e a forma pela qual as funções públicas são exercidas. A teoria contemporânea da separação de poderes tende a superar a ideia de garantia de

---

Os direitos fundamentais de terceira geração não tem por destinatários os indivíduos ou um grupo de determinado Estado nacional, mas o gênero humano. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio-ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos fundamentais de quarta geração também transcendem aos interesses dos indivíduos ou de um grupo de um determinado Estado nacional, pois são objeto de uma universalização no campo institucional, isto é, por obra do Direito Internacional positivo. Esta universalização de direitos é resultado da globalização política na esfera da normatividade jurídica, e corresponde à última fase de institucionalização do Estado social. São exemplos de direitos fundamentais de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (Ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569-571).

competências exclusivas para cada órgão do Estado, enfatizando o modo pelo qual a função é exercida e, por via de consequência, os controles.

A especialização funcional *numerus clausus* e a respectiva distribuição de funções entre órgãos estatais específicos e rigidamente definidos se afastam gradativamente do conteúdo nuclear do princípio da separação de poderes. Por outro lado, na concepção contemporânea, o sistema de controles passa a constituir o núcleo essencial do princípio jurídico da separação de poderes, a par da ideia normativo-reguladora da liberdade, cujo conteúdo é programático. É bem de ver que o sistema de controles inclui as tarefas de fiscalização e coordenação.

Ora, se o núcleo essencial de um princípio jurídico opera como regra, pode-se dizer que a leitura contemporânea da separação de poderes impõe como condutas objetivas aos organismos estatais a submissão ao controle e à fiscalização, bem como o dever de colaboração com os outros órgãos executores de atividades estatais. Em outras palavras, na contemporaneidade, o princípio da separação de poderes converte-se substancialmente em instrumento jurídico de cooperação, consenso e moderação (fiscalização e controle) nas relações institucionais entre órgãos executores das atividades estatais.

Além da vertente relativa à contenção do arbítrio no exercício do poder político, por meio da contenção recíproca entre órgãos especializados, a prestação de contas à sociedade e o controle e fiscalização realizados por instâncias independentes, como as agências reguladoras, os tribunais de contas e o Ministério Público, ganham posição de destaque na doutrina contemporânea da separação de poderes, superando o clichê da divisão rígida de funções entre órgãos especializados definidos taxativamente.

A finalidade precípua do Estado contemporâneo é promover os direitos fundamentais. Por sua vez, a realização prática dos direitos fundamentais supõe o exercício eficiente das funções estatais. Logo, além da contenção do arbítrio por meio do controle e da fiscalização, atualmente o conteúdo jurídico do princípio da separação de poderes estabelece como dever inegociável a estabilidade entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, de maneira a prevenir desequilíbrios institucionais e o desenvolvimento da democracia, garantindo o ambiente adequado para a execução das políticas públicas necessárias à realização prática dos direitos fundamentais.

Assim sendo, não devem ser toleradas medidas ilegítimas de reação institucional de um poder em face de outro, primeiro porque violam diretamente

a cláusula constitucional da separação de poderes, e, segundo, porque, no final das contas, o povo, que é o detentor do poder e destinatário das ações do Estado, será o maior prejudicado.

A dinâmica do princípio da separação de poderes é demonstrada pela predominância cíclica de uma esfera de poder sobre outra. Em sua formulação original, o princípio buscou limitar os poderes concentrados nas mãos do monarca absoluto. Na versão norte-americana, por sua vez, a ideia prevaiente foi a de equilibrar as forças entre Legislativo e Executivo, sem questionar a relevância do Poder Judiciário. Todavia, no momento atual, observa-se uma tendência ao protagonismo do Poder Judiciário, que pode ser explicado pela ênfase nos controles e na tarefa inadiável de limitação do arbítrio. É por esta razão que muitos chegam a afirmar que atualmente se vive a era da judicialização da política. Nesse sentido, no caso brasileiro, o Poder Judiciário e seus tribunais independentes representam, por excelência, à moda ackermaniana, a “instância de integridade” que impõe limites às ações arbitrárias do governo e às falhas do Legislativo, evitando e reprimindo a corrupção e todo tipo de abuso.

Há, portanto, na contemporaneidade, a necessidade de superar as metanarrativas referentes à compreensão da separação de poderes como um dogma cristalizado pela ideologia liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX, afinal a utilização adequada do princípio, a partir de uma visão instrumentalizada, pautada em uma racionalidade renovada, mais flexível e funcional, militará em favor da preservação da democracia e da realização dos anseios da sociedade contemporânea, traduzidos, sobretudo, na busca pela realização prática dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Tradução da obra “The New Separation of Powers”, publicada originalmente em inglês pela Harvard Law Review, no v. 113, n. 03, jan. 2000.

AFONSO, José da Silva. Harmonia entre os poderes e governabilidade. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, n. 1, 25-35, jan./mar. 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. O princípio da separação de poderes revisitado e atualizado. *Revista de Direito da Associação de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. VI – Direito Público. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder judiciário e a efetividade da nova constituição. *Revista Forense*, n. 304, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo), *Post Scriptum*. In: *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 7. ed. Trad. Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Livraria Almedina: Coimbra, 1999.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas/SP: Saberes, 2010.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JACKISCH, Carlota. *Teoría de distribución de poderes in Division de Poderes*. Konrad-Adenauer-Stiftung. Buenos Aires: Ciedla, 1994.

LOWESTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Cidadania e Justiça*, n. 6, 1999.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa, 1978.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *RDA*, 223/08.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1988.

SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Manual de Derecho Político*. Volume Primeiro. Introducción y Teoría del Estado. Tercera Edición, Madrid: Tecnos, 1998.

Submissão em: 23.07.2015

Avaliado em: 09.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 15.07.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016

