

# O **Direito** na Transição do **Clássico** para o **Contemporâneo**

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos  
(Organizadores)



**Atena**  
Editora

Ano 2021

# O **Direito** na Transição do **Clássico** para o **Contemporâneo**

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos  
(Organizadores)



**Atena**  
Editora

Ano 2021

**Editora Chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Assistentes Editoriais**

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto Gráfico e Diagramação**

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremonesi

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

**Imagens da Capa**

Shutterstock

**Edição de Arte**

Luiza Alves Batista

**Revisão**

Os Autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Instituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

#### **Ciências Agrárias e Multidisciplinar**

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano  
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria  
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás  
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados  
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná  
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia  
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará  
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido  
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará  
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa  
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará  
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido



Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

### **Ciências Biológicas e da Saúde**

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília

Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri

Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina

Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília

Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina

Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira

Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra

Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras

Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia

Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco

Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará

Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas

Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará

Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá

Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados

Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino

Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

### **Ciências Exatas e da Terra e Engenharias**

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto

Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná

Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará  
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho  
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande  
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá  
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora  
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas  
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

### **Linguística, Letras e Artes**

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins  
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro  
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará  
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões  
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná  
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará  
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobbon – Universidade Estadual do Centro-Oeste  
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

### **Conselho Técnico Científico**

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo  
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza  
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba  
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí  
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais  
Prof. Me. Alessandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional  
Profª Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás  
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão  
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa  
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico  
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia  
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá  
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais  
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco  
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar

Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos  
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná  
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo  
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas  
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará  
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília  
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa  
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia  
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases  
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina  
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil  
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita  
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás  
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí  
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein  
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás  
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora  
Prof. Me. Fabiano Eloy Atílio Batista – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas  
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará  
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo  
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária  
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás  
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná  
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina  
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza  
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia  
Prof. Me. Javier Antonio Alborno – University of Miami and Miami Dade College  
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará  
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social  
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe  
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay  
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco  
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás  
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis

Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR  
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará  
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ  
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe  
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná  
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz  
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados  
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas  
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos  
Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo  
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior  
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo  
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará  
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri  
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos  
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa  
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal  
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba  
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco  
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão  
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo  
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana  
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo  
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista



## O direito na transição do clássico para o contemporâneo

**Editora Chefe:** Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira  
**Bibliotecária:** Janaina Ramos  
**Diagramação:** Maria Alice Pinheiro  
**Correção:** Mariane Aparecida Freitas  
**Edição de Arte:** Luiza Alves Batista  
**Revisão:** Os Autores  
**Organizadores:** Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 O direito na transição do clássico para o contemporâneo / Organizadores Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos, Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5706-770-3

DOI 10.22533/at.ed.703211202

1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Vasconcelos, Thamires Nayara Sousa de (Organizadora). III. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

contato@atenaeditora.com.br

## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

## APRESENTAÇÃO

Em **O DIREITO NA TRANSIÇÃO DO CLÁSSICO PARA O CONTEMPORÂNEO**, coletânea de vinte e três capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, nesse volume, cinco grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam o direito no contexto externo; o direito no contexto nacional; direito penal, criminologia e desafios contemporâneos; o direito e a medicina: diálogos; e filosofia do direito e educação.

O direito no contexto externo traz análises sobre particularidades vivenciadas no Chile e nos Estados Unidos da América.

Em o direito no contexto nacional são verificadas contribuições que versam sobre o *contempt of court*, licitação, imposto sobre valor agregado, ocupação irregular, idoso e superendividamento, meio ambiente e inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal.

Direito penal, criminologia e desafios contemporâneos aborda questões como delação premiada, crime de lavagem de capitais, uso progressivo da força, marginalização de grupos vulneráveis, sistema prisional brasileiro, transposição da sanção penal para as famílias dos detentos e violência contra a mulher.

No quarto momento, o direito e a medicina: diálogo, temos estudos sobre a eutanásia, dignidade da pessoa humana, religião, saúde e medicina legal.

Por fim, em filosofia do direito e educação, há abordagens que tratam de temas como o princípio da separação dos poderes e educação popular.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos

## SUMÁRIO

### **CAPÍTULO 1..... 1**

“LA EXPERIENCIA DE LOS TRIBUNALES DE CHILE BAJO LA LEY DE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES”

Gerardo Bernales Rojas

**DOI 10.22533/at.ed.7032112021**

### **CAPÍTULO 2..... 13**

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA NOVAS MODALIDADES CRIMINOSAS: UMA ANÁLISE DO CYBERATQUE HAVIDO NA GEÓRGIA

Mateus Catalani Pirani

Maria Beatriz Espinoza Miranda

**DOI 10.22533/at.ed.7032112022**

### **CAPÍTULO 3..... 25**

APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DO ‘CONTEMPT OF COURT’ NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Janice Coelho Derze

Rogério Mollica

**DOI 10.22533/at.ed.7032112023**

### **CAPÍTULO 4..... 32**

O INSTITUTO DO CREDENCIAMENTO COMO FORMA DE INEXIGIBILIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, SOB A LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL DA LEGALIDADE

Bruno Pastori Ferreira

**DOI 10.22533/at.ed.7032112024**

### **CAPÍTULO 5..... 44**

A INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE VALOR AGREGADO NO BRASIL: UMA PROPOSTA CONSTITUCIONAL?

Ana Luísa Sevegnani

Luiza Miranda Heinisch

**DOI 10.22533/at.ed.7032112025**

### **CAPÍTULO 6..... 61**

EXPULSÃO, REMOÇÃO E FIXAÇÃO: OS TRÊS MOMENTOS DA VISÃO DA OCUPAÇÃO IRREGULAR PARA O PLANEJAMENTO URBANO BRASILEIRO E O EXEMPLO DO DISTRITO FEDERAL

Letícia Pacheco dos Passos Claro

Patrícia Pereira Alves da Silva

**DOI 10.22533/at.ed.7032112026**

### **CAPÍTULO 7..... 79**

O IDOSO DIANTE DO PROBLEMA DO SUPERENDIVIDAMENTO: PROJETO DE LEI Nº 3515/2015 E AS AÇÕES DO BALCÃO DO CONSUMIDOR DE SANTA ROSA, RS

Maria Aparecida Kowalski

Fernanda Serrer

DOI 10.22533/at.ed.7032112027

**CAPÍTULO 8..... 92**

CRIME AMBIENTAL: DEVER DE RAPARAÇÃO DO DANO CAUSADO

Jaime Lisandro Martini

DOI 10.22533/at.ed.7032112028

**CAPÍTULO 9..... 105**

COMENTÁRIOS AO DECRETO Nº 10.468/2020

Viviane Lemes da Rosa

DOI 10.22533/at.ed.7032112029

**CAPÍTULO 10..... 125**

DELAÇÃO PREMIADA ANTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Jéssica Mapeli dos Anjos

Renan Posella Mandarino

DOI 10.22533/at.ed.70321120210

**CAPÍTULO 11 ..... 138**

CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS: UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE TÉCNICAS E MECANISMOS DE PREVENÇÃO

Helene Mitsue Komori

William Akira Tanaka

DOI 10.22533/at.ed.70321120211

**CAPÍTULO 12..... 150**

O USO PROGRESSIVO DA FORÇA EM ABORDAGENS REALIZADAS POR PRAÇAS, CASTANHAL/PARÁ

Jess Elly Lima de Lima

Reinaldo Eduardo da Silva Sales

DOI 10.22533/at.ed.70321120212

**CAPÍTULO 13..... 164**

CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A MARGINALIZAÇÃO DA CULTURA DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS

Luis Felipe Dupim Viotto

DOI 10.22533/at.ed.70321120213

**CAPÍTULO 14..... 177**

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O EFEITO TANATOLÓGICO DE UMA MÁQUINA DE PRODUÇÃO DE MORTES

Cleber Freitas do Prado

DOI 10.22533/at.ed.70321120214



**CAPÍTULO 15..... 188**

**PRISÃO EMOCIONAL: TRANSPOSIÇÃO DA SANÇÃO PENAL PARA FAMÍLIAS DE DETENTOS, QUANDO DA NEGLIGÊNCIA DO DIREITO À MANUTENÇÃO DO NÚCLEO FAMILIAR, NO CASO DE FAMÍLIAS INTERIORANAS E DE BAIXA RENDA**

Gabriel Ricardo de Albuquerque Melo  
Heloísa Gonçalves Medeiros de Oliveira Lima  
Heloísa Silva Alves

**DOI 10.22533/at.ed.70321120215**

**CAPÍTULO 16..... 205**

**OS DESAFIOS DA INTERSETORIALIDADE DAS INSTITUIÇÕES NO ATENDIMENTO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA, JOÃO PESSOA-PB**

Karoliny Dedice Pereira Alves  
Emanuel Luiz Pereira da Silva  
Marinalva de Sousa Conserva  
Almira Almeida Cavalcante

**DOI 10.22533/at.ed.70321120216**

**CAPÍTULO 17..... 222**

**A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO E O PAPEL DA GESTÃO: UM ESTUDO SOBRE TRABALHADORAS CARIOCAS**

Viviane Mello de Oliveira Spena  
Camila de Carvalho Ouro Guimarães  
Diana Rebello Neves

**DOI 10.22533/at.ed.70321120217**

**CAPÍTULO 18..... 242**

**A EUTANÁSIA SOB O PRISMA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Wallace Jamelli Vidal Alencar  
Renna Franca Araújo de Lucena

**DOI 10.22533/at.ed.70321120218**

**CAPÍTULO 19..... 247**

**O MÉDICO DIANTE DA OBJEÇÃO RELIGIOSA EM CASO DE RECUSA À TRANSFUÇÃO DE SANGUE EM PACIENTE ADULTO INCONSCIENTE OU INCAPAZ**

Marco Augusto Ghisi Machado  
Regiane Nistler

**DOI 10.22533/at.ed.70321120219**

**CAPÍTULO 20..... 262**

**AS PRÁTICAS RELIGIOSAS E A INFLUÊNCIA DA ESPIRITUALIDADE NA REABILITAÇÃO DE DROGADITOS**

Saulo Duarte Lima Ribeiro  
Karla Muniz Barreto Oton

**DOI 10.22533/at.ed.70321120220**

<b>CAPÍTULO 21</b> .....	<b>275</b>
“DESCOBRIR” A VERDADE: A MEDICINA LEGAL NOS CRIMES SEXUAIS	
Marcelo Douglas Nascimento Ribas Filho	
Hélio Sochodolak	
<b>DOI 10.22533/at.ed.70321120221</b>	
<b>CAPÍTULO 22</b> .....	<b>290</b>
UMA LEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DE MONTESQUIEU SOB A ÓTICA DO POSITIVISMO NORMATIVO DE HANS Kelsen	
Júlia Farah Scholz	
<b>DOI 10.22533/at.ed.70321120222</b>	
<b>CAPÍTULO 23</b> .....	<b>306</b>
INTERFACE ENTRE EDUCAÇÃO POPULAR, EDUCAÇÃO CONTEXTUALIZADA PARA A CONVIVÊNCIA COM O SEMIÁRIDO E EDUCAÇÃO DO CAMPO: PRÁTICAS PEDAGÓGICAS EMERGENTES DOS MOVIMENTOS POPULARES	
Ana Célia Silva Menezes	
Orlandil de Lima Moreira	
Maria Margareth de Lima	
<b>DOI 10.22533/at.ed.70321120223</b>	
<b>SOBRE OS ORGANIZADORES</b> .....	<b>320</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO</b> .....	<b>321</b>

# CAPÍTULO 22

## UMA LEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DE MONTESQUIEU SOB A ÓTICA DO POSITIVISMO NORMATIVO DE HANS KELSEN

Data de aceite: 04/02/2021

Data da submissão: 27/10/2020

**Júlia Farah Scholz**

Universidade Federal de Santa Catarina  
(UFSC)

Florianópolis/Brasil

<http://lattes.cnpq.br/0303821641424185>

**RESUMO:** Um dos reflexos iluministas presentes na moderna teoria do Estado é o princípio da separação de poderes, considerado fundamental para a organização e garantia do atual conceito Estado de Direito no mundo ocidental. No século XX, o positivismo normativo de Hans Kelsen comportou uma interpretação alternativa do princípio da separação de poderes a partir da ótica da Teoria Pura do Direito, propondo uma distribuição de funções e não separação de poderes, tendo em vista que há funções exercidas de forma comum pelos ditos poderes do estado e que estas se resumiriam à aplicação e criação do direito. A partir desse contexto, o problema ao qual se dedicou a pesquisa foi estabelecer um contraponto da tradicional separação de poderes de Montesquieu, com a proposta de distribuição das funções de aplicação e criação do direito sob a ótica do positivismo normativo de Hans Kelsen, a fim de se identificar os reflexos e críticas da teoria iluminista nas teses kelsenianas do século XX. Desse modo, foram estabelecidos três objetivos específicos correspondentes aos três capítulos, respectivamente: compreender a

proposta de Montesquieu na obra *O Espírito das Leis* publicada em 1748; analisar o princípio da separação de poderes sob a ótica do positivismo normativo de Hans Kelsen; e analisar de forma crítica a proposta de Montesquieu sob a luz da teoria pura do direito. Para tanto, utilizando-se do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, os resultados obtidos foram no sentido de que, apesar de o modelo proposto por Montesquieu ter sido introduzido em grande parte das constituições do pós-iluminismo, a tradicional separação de poderes não parece representar a realidade dos Estados a partir da segunda metade do século XX, sendo a leitura feita pelo positivismo normativo uma interessante opção para interpretação da conjuntura político-administrativa dos estados modernos.

**PALAVRAS - CHAVE:** Separação de Poderes; Montesquieu; Positivismo Normativo; Hans Kelsen.

### AN ANALYSIS OF MONTESQUIEU'S SEPARATION OF POWERS FROM THE PERSPECTIVE OF HANS KELSEN LEGAL POSITIVISM

**ABSTRACT:** One of the Enlightenment influences in the contemporary theory of the state is the principle of separation of powers, considered a basis of the organization and guarantee of the current rule of law concept in the Western world. In the twentieth century, Hans Kelsen's legal positivism included an alternative interpretation of the principle of separation of powers from the perspective of the Pure Theory of Law. He proposed a distribution of functions and not a separation of powers, in view of the

fact that there are functions commonly exercised by the so-called powers of the state and that these would be limited to the application and creation of law. In this context, the aim of this research was to establish a counterpoint of the traditional separation of powers of Montesquieu, with the proposal of distributing the functions of application and creation of law from the perspective of Hans Kelsen's legal positivism, in order to identify the influences and critiques of the Enlightenment theory in Kelsen's theory. Thus, three specific objectives were established: to understand Montesquieu's proposal in *The Spirit of the Laws* published in 1748; to analyze the principle of the separation of powers from the point of view of Hans Kelsen's legal positivism; and to critically analyze Montesquieu's proposal in the light of the pure theory of law. Therefore, by using the inductive method and the bibliographic research, the results obtained were that, although the model proposed by Montesquieu was introduced in most of the constitutions of post-Enlightenment, the traditional separation of powers does not seem to represent the reality of states from the second half of the twentieth century, with normative positivism being an interesting option for interpreting the political-administrative conjuncture of modern states.

**KEYWORDS:** Separation of Powers; Montesquieu; Hans Kelsen; Legal Positivism.

## 1 | INTRODUÇÃO

O princípio da separação dos poderes como proposto por Montesquieu foi adotado por grande parte das constituições dos estados modernos, iniciando-se com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e com a Constituição da França de 1791. Não obstante a importância de uma separação de poderes ter sido mencionada por autores anteriores à Montesquieu no intuito de evitar a concentração de poderes nas mãos de um só organismo, a presente pesquisa se ateve tão somente a teoria proposta por ele, tendo em vista sua larga influência na organização do estado prevista nas constituições a partir do século XVIII.

O problema ao qual se dedicou a pesquisa foi estabelecer um contraponto da tradicional separação de poderes de Montesquieu, com a proposta de distribuição das funções de aplicação e criação do direito sob a ótica do positivismo normativo de Hans Kelsen, a fim de se identificar os reflexos e críticas da teoria iluminista nas teses kelsenianas do século XX.

A hipótese arguida, levando em consideração as bases do positivismo kelseniano, é de que não é possível afirmar a existência de uma absoluta separação dos poderes estatais, haja vista a distribuição de funções típicas e atípicas aos órgãos de natureza legislativa, executiva e judiciária. Ainda, ao revés, o termo “distribuição” de funções aparentemente melhor se adequaria aos estados contemporâneos.

Desse modo, o objetivo geral da presente pesquisa foi analisar a teoria da separação de poderes proposta por Montesquieu a partir das considerações feitas por Hans Kelsen no século XX, estabelecendo-se três objetivos específicos correspondentes aos três capítulos, respectivamente: compreender a proposta de Montesquieu na obra *O Espírito das Leis*

publicada em 1748; analisar o princípio da separação de poderes sob a ótica do positivismo normativo de Hans Kelsen; e analisar de forma crítica a proposta de Montesquieu, de modo a identificar se o princípio da separação dos poderes se resume a um modelo essencialmente imaginário de organização estatal – um mito para se afastar da centralização do poder político. Para tanto, utilizou-se do método indutivo e da pesquisa bibliográfica em artigos científicos e em doutrinas que abordam a temática para a confirmação da hipótese indicada.

## **2 | ASPECTOS FUNDAMENTAIS DE MONTESQUIEU PARA COMPREENSÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Para compreender Montesquieu em *O Espírito das Leis*, deve-se saber que ele não confunde o espírito das leis com as próprias leis. Por isso, em Montesquieu, as leis devem referir-se ao povo, referir-se à natureza e princípio de governo, e corresponder às características físicas do país. Em sentido amplo, as leis são relações necessárias que derivam da natureza das coisas, sendo que todos os seres têm suas próprias leis: a divindade, o mundo material, as inteligências superiores ao homem, os animais e os próprios seres humanos (MONTESQUIEU, 1996, p.11). Ou seja, as leis são determinadas por diferentes fatores, tanto materiais (clima, terreno, população e economia) e morais (costume e religião).

O *espírito* das leis refere-se às causas que elucidam a existência das leis objetivas e não ao estudo das leis enquanto normas gerais e abstratas emanadas do poder competente e dotadas de força obrigatória. Quando Montesquieu (1996), logo no primeiro capítulo, esclarece que tratará do espírito das leis, esse espírito consiste nas diferentes relações que as leis têm com os fatores físicos e morais (SORTO, 2004, p.76). Isso significa que o ser humano é governado por leis desde sempre, mas no momento em que estão em sociedade, a igualdade deixa de existir e o estado de guerra se inicia.

Dessa forma, Montesquieu (1979) explica o surgimento da sociedade civil e mostra como ocorreu a necessidade de leis, tanto para regular a guerra, como para possibilitar a convivência nas sociedades interna e internacional. As leis devem ser, consoante Montesquieu (1979), relativas ao tamanho e à geografia do país, bem como ao clima, à raça, aos costumes, às crenças, às inclinações, às riquezas dos habitantes. O conjunto dessas relações constitui, pois, o espírito das leis.

Montesquieu (1996) identifica três formas de governo<sup>1</sup>, consoante sua respectiva natureza: o governo Republicano tem povo como soberano; o governo monárquico é o governo de um só com leis fixas e estabelecidas; o governo despótico é o governo de um só, mas sem leis ou regras.

---

1 No que concerne à escolha da natureza do governo, em um primeiro momento ela se dá pela dimensão do estado: a natureza do governo depende da extensão geográfica de seus domínios. Um estado minúsculo será republicano, um estado médio será monárquico e um estado imenso será despótico. Por isso, conclui-se que a geografia decide diretamente sobre as formas e o clima reforça esse argumento.



Os princípios derivam naturalmente da forma de governo, sendo que na república o princípio é o da virtude; na monarquia a honra e no despotismo o temor. Em síntese, a natureza define quem detém o poder e como o exerce, o princípio é o que sustenta a natureza de um governo. Dessa forma, o Estado em si mesmo constitui uma totalidade. Seu núcleo é a unidade natureza-princípio: república-virtude; monarquia-honra; despotismo-temor. A corrupção dos governos se inicia quando os homens que governam caem em interesses e paixões privadas, ou seja, a corrupção de cada governo começa sempre pelo princípio.

Há diversas passagens em que Montesquieu (1979, p.154-155) evidencia sua preferência pelo governo monárquico. Primeiramente, ao tecer críticas a Aristóteles, afirmando que o filósofo grego teria feito uma confusão em “A Política” ao tratar da monarquia e, principalmente, por ter estabelecido as formas de governos sem levar em consideração a forma de constituição e seus princípios. Desse modo, quando Aristóteles insere na classe dos governos monárquicos o Império dos persas e o reino da Lacedemônia, está cometendo um equívoco, uma vez que o primeiro é um governo despótico e o segundo uma república (SULLIVAN, 2017, p.188-190). O maior erro era que “os antigos, que não conheciam a divisão dos três poderes no governo de um só, não podiam ter uma ideia correta da monarquia”. Por isso, Montesquieu nitidamente enxerga que o tempo dos impérios medianos e grandes chegou e, com isso, a verdadeira monarquia (MONTESQUIEU, 1979, p.155). Por outro lado, a República normalmente ocorre em pequenos Estados, afinal sua natureza é o governo de muitos e seu princípio é a virtude (amor à pátria).

No que concerne à república, esta pode ser de dois tipos: democracia (governo de todos) ou aristocracia (governo de alguns, nobreza). A corrupção da democracia ocorre quando há igualdade extrema (despotismo) ou desigualdade extrema (aristocracia). A aristocracia se corrompe quando os nobres são desiguais entre si, ou quando eles são muito diferentes do povo, por isso, a melhor aristocracia é aquela que mais se aproxima da democracia. Feitas essas considerações, Montesquieu (1979, p.114-115) indaga se seria razoável presumir então a incorruptibilidade do governo republicano. Ao discorrer sobre a corrupção republicana no livro que dedica à corrupção dos princípios dos três governos, o francês entende que democracia pode sim se corromper, mas ela permanece democracia, ainda que desvirtuada.

Em relação à monarquia, a honra é o princípio que dá estabilidade à essa forma de governo. O governo monárquico, pressupõe a existência de estratos, de posições de preeminência social e também de uma nobreza original. “A honra movimenta todas as partes do corpo político; liga-as por sua própria ação, fazendo com que cada um caminhe para o bem comum acreditando ir em direção de seus interesses particulares (MONTESQUIEU, 1979, p.45)”. A honra é a paixão da desigualdade, nem todos podem tê-la, salvo aqueles que fazem parte da nobreza A honra pertence aos poderes intermediários, que garantem a estabilidade da monarquia.

A discussão de Montesquieu (1996, p.88-92) sobre os princípios dos vários governos, é “em que governos o soberano pode ser o juiz”, onde Montesquieu delinea o grau em que a autoridade governante - seja o povo, o monarca ou o déspota - toma decisões. O princípio do despotismo é o medo, e o medo é engendrado em tais estados em parte pelo papel que o déspota desempenha no julgamento: em estados despóticos o próprio príncipe pode julgar. Esse papel do déspota contrasta nitidamente com aquele do monarca, tendo em vista que na monarquia autêntica o monarca não pode julgar, pois se o fizesse, a constituição seria destruída e os poderes dependentes intermediários estariam reduzidos a nada. Ao descrever os resultados da assunção do monarca do papel de juiz, o medo invadiria todos os espíritos pois não haveria mais confiança, honra, amor, segurança ou monarquia. Portanto, quando um monarca se compromete a julgar, essa monarquia se torna despótica (SULLIVAN, 2017, p.33).

Por seu princípio ser a honra, na monarquia tem-se as leis fundamentais do reino, que são leis que fundamentam sua natureza, em termos modernos seria uma espécie de Constituição. O rei governa com o auxílio dessas leis e de poderes intermediários subordinados e independentes, como o clero e a nobreza. E, claro, sem esquecer a principal de suas leis fundamentais: a sucessão do trono. A estabilidade do governo é garantida pelo corpo intermediário, composto pela nobreza (que impede que o monarca se torne tirano, um déspota); pelo povo (o qual garante que todos conhecem as leis do governo) e pela existência de uma separação de poderes (o que evitará a corrupção da monarquia em um governo despótico). A natureza da Monarquia é o governo de um só limitado por leis fixas, seu princípio é a honra e seu objetivo característico é a independência de cada indivíduo. Seu tamanho deve ser mediano (garantia de aplicação das leis em todo o território).

Estando delimitadas as formas de governo (despotismo, república e monarquia) e, sabendo que, cada uma delas é baseada em uma natureza (aquilo que é) e em um princípio (aquilo que faz agir; como o governo deveria ser) predominante, identifica-se como objetivo comum a conservação e o melhor governo que melhor se adaptem ao povo e a sua natureza. Entretanto, a corrupção das formas de governo se inicia pelo seu princípio, podendo ser evitada através de boas leis, exceto no despotismo, que já é, por sua natureza, corrompido, uma vez que, apesar de sua facilidade de implementação inexistente uma separação de poderes.

Pelo poder legislativo, o “príncipe” faz as leis e as revoga. Pelo poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (poder executivo do Estado), faz paz ou guerra, estabelece a segurança, previne invasões. Por fim, pelo poder executivo das coisas que dependem do direito civil (poder de julgar), pune os crimes e julga as querelas dos indivíduos.

O Legislativo é dividido em duas câmaras (dos Lordes, hereditária, e dos Comuns) e está sujeito a convocação do Executivo, que só pode ser atacado de acordo com as leis previstas pelo Legislativo (garante estabilidade) e que possui direito de veto. O Judiciário

é considerado nulo. Para Montesquieu (1996, p.168), quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade porque o monarca pode estabelecer leis tirânicas e executá-las tiranicamente. Do mesmo modo, não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo. O poder legislativo, então, deve estar com a nobreza e com o povo. Já o poder executivo deve permanecer nas mãos do monarca, sendo que o judiciário jamais poderá residir nas mãos do monarca.

### 3 I A DIVISÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS EM HANS KELSEN

O Estado, em Hans Kelsen, é compreendido como a personificação da ordem jurídica, o que concede conteúdo material à norma fundamental e acarreta no rompimento com a tradicional distinção entre Estado e Direito, justamente porque o poder do Estado remete à eficácia da ordem jurídica, a observância das normas contidas na Constituição impõe, concomitantemente, o respeito a ordem democrática (KELSEN, 2018, p.309-321).

A tradicional teoria dos elementos do Estado leciona que este é formado por três elementos: população, território e poder; contudo, esses elementos somente são válidos sob a vigência de uma ordem jurídica. Enquanto que a “população do Estado é o domínio pessoal de vigência da norma jurídica estadual”, o “território do Estado apenas pode ser definido como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual” (KELSEN, 2018, p. 319).

E justamente o que distingue a relação de poder estadual com outras relações de poder é o fato de ser juridicamente regulamentado, sendo que a competência para criação e aplicação de normas jurídicas deriva da vigência de uma ordem jurídica estadual efetiva. Desse modo, “o poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou de seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica” (KELSEN, 2018, p. 321).

Logo, sendo o povo um agregado de indivíduos que vive em um território sujeito a um poder denominado soberania, elementos do Estado aqui brevemente definidos, parte-se à análise dos poderes do Estado, tradicionalmente divididos em legislativo, executivo e judiciário. O poder do Estado nada mais seria do “a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo” (KELSEN, 2000, p.265). Porém, de acordo com a crítica de Kelsen, é errôneo falar em três poderes do Estado enquanto dever-se-ia falar em funções do Estado.

No que tange à função de execução, tem-se que a esta cabe executar as normas gerais, a Constituição e leis criadas pelo poder Legislativo, contudo, essa função não é privativa do Executivo, tendo em vista que ao Judiciário também lhe cabe a execução das leis, logo, “as normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário; a diferença é, simplesmente, que, num caso a execução das normas gerais

é confiada aos tribunais e, no outro, aos chamados órgãos executivos ou administrativos” (KELSEN, 2000, p.365).

Nesse viés, Hans Kelsen critica a separação de poderes tradicionalmente instituída, a qual prevê executivo, legislativo e judiciário exercendo funções distintas e coordenadas pelo Estado, de modo que “a tricotomia usual é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*” (KELSEN, 2000, p. 365). Assim sendo, as funções do Estado são idênticas às funções do Direito, ou seja, a diferença entre os três poderes é, na verdade, a diferença entre criação e aplicação do Direito.

No poder Legislativo, ou função legislativa, está compreendida apenas a criação de normas gerais, tendo em que a criação de normas individuais compete aos tribunais por meio da decisão jurídica, fruto da interpretação autêntica das normas gerais. Via de regra, as normas gerais são criadas por um órgão especial denominado Legislativo, a exceção é a criação de normas gerais pelo Executivo e Judiciário. Feita essa consideração, explica Kelsen (2000):

Na medida em que as chamadas funções executiva e judiciária consistem na criação de normas individuais, o poder legislativo, por um lado, e o poder executivo e o judiciário, por outro, representam apenas diferentes estágios no processo por meio do qual a ordem jurídica nacional – de acordo com os seus próprios dispositivos – é criada e aplicada. Esse é o processo por meio do qual o Direito ou, o que redundava no mesmo, o Estado, se regenera continuamente (p.368).

Esse processo legislativo de criação de normas gerais divide-se em dois: a criação da legislação e o processo de legislação para a formação da Constituição. A respeito da última, para o Estado “geralmente caracterizada como a sua lei fundamental, é a base da ordem jurídica nacional” (KELSEN, 2000, p.369).

Sabendo-se que para Kelsen há apenas duas funções essenciais na estrutura estatal: a criação e a aplicação do Direito, precisamente porque “é impossível atribuir a criação de direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções” (KELSEN, 2000, p. 386). Desse modo, a ineficiência da distribuição tradicional dos poderes dada pela impossibilidade de se atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro de forma exclusiva, é justificada da seguinte forma:

Não existe nenhuma ordem jurídica, de nenhum Estado moderno, segundo a qual os tribunais e autoridades administrativas sejam excluídas da criação de normas jurídicas gerais, isto é, da legislação, e da legislação não apenas com base em estatutos e regras de costume, mas também diretamente baseada na constituição (KELSEN, 2000, p. 386).

Nesse contexto, Kelsen chama de “decreto-lei” a criação de normas gerais por parte do Executivo e de “estatutos” o processo de criação normativa realizada pelo legislador. De acordo com o filósofo, as próprias constituições escritas que foram elaboradas sob

a tradicional tripartição de poderes autorizam o executivo a criar o direito por meio da expedição de decreto.

Os poderes executivo e judiciário exercerem ainda a função de legisladores negativos por intermédio do veto e do controle jurisdicional, respectivamente. Ao chefe do executivo, por lhe ser permitido a criação normativa via decreto-lei, a respeito de matérias anteriormente não regulamentadas pela ordem jurídica, mas que estão incluídas na esfera de liberdade dos indivíduos, Kelsen chama de regulamentação negativa (KELSEN, 2000, p.387).

Ademais, ao legislativo extraordinário, assim entendida a função legislativa conferida ao chefe do poder executivo, lhe cabe o pronunciamento de veto:

O chefe do departamento executivo exerce uma função legislativa quando tem direito de impedir, por meio de veto que normas pronunciadas pelo órgão legislativo se tornem leis, ou quando tais normas não podem se tornar lei sem antes de receber a sua aprovação (KELSEN, 2000, p. 388).

O veto executivo pode se dar na forma absoluta ou suspensiva, nesta última o projeto de lei é reencaminhado ao legislativo para que faça as mudanças necessárias a fim de adquirir força normativa. Contraditório é que a possibilidade de veto do executivo está prevista inclusive nas constituições que se dizem baseadas no tradicional princípio da separação de poderes.

Os tribunais, assim como o chefe do estado, estão autorizados a anular leis inconstitucionais e decretos-lei quando este parecer-se desarrazoado e em confronto com alguma norma jurídica. Da mesma forma, exercem a função legislativa quando, por meio de uma decisão em um caso concreto, cria um precedente para casos similares. Nesse caso, “um tribunal com essa competência cria, por meio da sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo” (KELSEN, 2000, p.389).

Feitas essas breves considerações, não é possível identificar, partindo-se da teoria de Kelsen, que há uma literal separação de poderes, mas sim, uma distribuição de funções, eis que um único poder – o legislativo – é exercido por outros departamentos. Nas palavras do jurista austríaco:

Assim, não se pode falar de uma separação entre a legislação e outras funções do Estado no sentido de que o chamado órgão legislativo – excluindo os chamados órgãos executivo e judiciário – seria, sozinho, competente para exercer essa função. A aparência de tal separação existe porque apenas as normas gerais criadas pelo “órgão” legislativo são designadas como “leis” (leges). Mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio da separação de poderes, a função legislativa – uma mesma função e não duas funções diferentes – é distribuída entre vários órgãos, mas apenas um deles é dado o nome de órgão “legislativo” (KELSEN, 2000, p. 390).



Os chamados “três poderes” não são funções distantes, mas sim tarefas distribuídas a órgãos distintos. Desse modo, sob a ótica da teoria pura do direito, seria contraditório incluir no texto constitucional a tricotomia dos poderes e prever, ao mesmo tempo, a função legislativa a todos os “poderes” do Estado, mas conceder a apenas um deles o nome de Legislativo. Não há, pois, separação dos poderes quando a mesma constituição que o prega também prevê a competência dos tribunais em examinar os decretos-lei e medidas administrativas, atividades estas inseridas na esfera do “poder” Executivo que se sujeitam ao controle dos tribunais.

Observa-se, conseqüentemente, que Kelsen critica veementemente a tradicional teoria da separação de poderes de Montesquieu afirmando que os ditos “poderes estatais” não estão dissociados uns dos outros, pois apesar do nome conferido a cada um destes, o Legislativo não está limitado à função de criar o Direito, tampouco o Executivo a somente aplicar as leis, nem o Judiciário a apenas julgar:

O controle das funções legislativa e executiva pelos tribunais significa que as funções legislativa, executiva e judiciária são combinadas na competência dos tribunais. Assim, o controle subentende que os poderes legislativo e executivo estão divididos entre os chamados órgãos legislativo e executivo, por um lado, e os tribunais, por outro (KELSEN, 2000, p. 402).

Igualmente, a atuação do chefe do executivo nas funções legislativa e judiciária representa a divisão das funções do legislativo entre o Parlamento e o Chefe do Executivo. Espelha, na realidade, um princípio de divisão de poderes. Ocorre que essa divisão de poderes, não é, em sua essência, democrática, uma vez que a ideia de democracia está associada à noção de que todo poder deve estar concentrado nas mãos do povo, ou, diante de sua impossibilidade, que seja exercido por intermédio de um órgão cujos membros foram eleitos pelo povo (KELSEN, 2000, p. 403).

Por fim, observa-se, da obra de Montesquieu, que ele fundou uma teoria compreensiva e moderna da história, tendo analisados uma diversidade de governos em tempos distintos. Se Montesquieu não foi responsável pela criação da teoria da separação de poderes, foi, com certeza, o primeiro a elaborar uma divisão de poderes harmônicos, autônomos e independentes entre si.

#### **4 | UMA ANÁLISE CRÍTICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU A PARTIR DO POSITIVISMO NORMATIVO DE HANS KELSEN**

Segundo Althusser (1968, p.22) Montesquieu é o primeiro “[...] a querer partir, não das essências, mas dos fatos e a partir dos fatos extrair as leis”. A obra *O Espírito das Leis* abarca as leis, os costumes e os usos dos povos, abrangendo todas as instituições que os homens construíram. Antes de Montesquieu, ninguém havia se debruçado a refletir sobre todos os usos e leis de todos os povos do mundo. Os autores anteriores não fazem uma

teoria da história real, mas uma teoria da essência da sociedade, limitando-se a analisar a essência da sociedade e dar um modelo ideal e abstrato do que deveria ser (ALTHUSSER, 1968).

Respondendo assim aos seus antecessores europeus, Montesquieu justifica seu grande trabalho. Enquanto estuda o que os escritores europeus falavam sobre a França, a Inglaterra e a Alemanha, Montesquieu revela suas respostas às ideias despóticas de Maquiavel e Hobbes. No prefácio de *O Espírito das Leis*, Montesquieu declara: “Quando eu vi o que tantos grandes homens, na França, Inglaterra e Alemanha escreveram antes de mim, fiquei admirado, mas não perdi a coragem: E eu também sou pintor, disse eu, com Corregio” (MONTESQUIEU, 1996, p.7). Dando apenas suas nacionalidades, Montesquieu não nomeia aqui os predecessores que escreveram as obras entre as quais ele julga que as suas próprias podem suportar. Retomando a abordagem crítica de Althusser, o que diferencia Montesquieu de seus antecessores, pode ser comparado à diferença entre a física especulativa de Descartes com a física experimental de Newton. Montesquieu, tal Newton, parte das ações, dos feitos históricos, observando suas variações para daí extrair delas as leis. Deduz as leis com base nos feitos (ALTHUSSER, 1968).

Contudo, há uma semelhança entre Montesquieu e seus antecessores: todos tinham o mesmo projeto, o de edificar uma ciência política. Para compreender Montesquieu, faz-se importante traçar algumas observações em sua teoria: em primeiro lugar, não julgar a história com critérios morais e religiosos; e, em segundo, situar a religião e moral entre os feitos históricos. Justamente por essas questões, o francês foi acusado de ser ateu e de ter reduzido as leis às causas meramente humanas. Porém, Montesquieu irá dizer que introduzir a teologia na história é mesclar as ciências e, portanto, desvincula-se da moral e da religião. No entanto, segundo Thomas L. Pangle, antes de *O Espírito das Leis*, a ambição de construir uma ciência política a partir do espírito de cada nação tinha sido uma característica, não da filosofia política, mas sim de teologia política (PANGLE, 2010, p.88). A expressão clássica era a *Cidade de Deus*, de Santo Agostinho, e o *Discurso sobre a História Universal* (1681), de Jacques Bossuet. O Espírito das Leis é a primeira tentativa racionalista de competir nesse plano, fornecendo pelo menos o projeto para uma ciência política sistemática da história mundial (PANGLE, 2010, p.88).

No que concerne à principal contribuição de Montesquieu, está a possibilidade concreta e efetiva de limitação do poder do Estado ao propor uma sólida separação desses poderes. Montesquieu expressa certa desconfiança com o papel do julgador, tanto que limita cautelosamente a atividade dos juizes, certificando-se que estes atuem como meros aplicadores da lei. Aos juizes caberia, desse modo, atuar como “a boca que pronuncia as palavras do legislador” (HESPANHA, 2005, p. 348), assegurando que a atuação do judiciário se resumiria à aplicação estrita da lei. Nesse aspecto, de acordo com o autor:

Acresce que, de acordo com o princípio da separação dos poderes formulado por de Montesquieu e geralmente (embora também variamente) adoptado pelos novos estados constitucionais, os poderes se deviam respeitar mutuamente, não interferindo nas competências uns dos outros. Por isso, a edição do direito, entendido como manifestação da “vontade geral” devia ser exercida em exclusivo pelo poder legislativo, sem interferência dos outros, nomeadamente do poder judicial (HESPANHA, 2005, p.348).

Ao que parece, a função do judiciário de interpretar a lei tornou-se parte do poder executivo, tendo em vista que não era um poder independente, mas sim um instrumento da vontade do soberano. Por essa razão, para Stolleis (2011, p.6) a descrição de Montesquieu do Judiciário como a *bouche de la loi* (*De l'Esprit des Lois*, XI, 6) frequentemente mal entendida, considerando que isso não implica que a interpretação judicial não seja útil, mas que a contém soluções para tudo, e ao juiz lhe compete desempenhar a parte da boca para falar em voz alta<sup>2</sup>. Porém, há de ser ressalvado que a proposta de Montesquieu não é uma introdução ao conceito moderno de “estado de direito” (*état de droit*), naquela época, Montesquieu estava meramente descrevendo a relação jurídica entre o monarca e o judiciário e, da lei decorrente do soberano. (STOLLEIS, 2011, p. 7).

A função quase que nula do Judiciário parece ser reforçada diversas vezes em Montesquieu. Essa desconfiança se faz evidente na obra do pensador francês, não havendo menção em sua obra a uma espécie de controle dos atos do legislativo, tampouco um embrião do controle de constitucionalidade. Essa percepção do Judiciário como “boca da lei” tem sido modificada a partir do século XX, em que a concepção de Estado e de direito tem atribuído aos juizes uma participação ativa na criação do direito e controle da legitimidade das leis (HESPANHA, 2005, p. 349).

A descrença naquele encarregado do poder de “julgar” e o perigo da concentração de todos os poderes nas mãos do soberano, são repetidas vezes abordadas por Montesquieu, o qual faz recomendações contundentes para que os governos resistam à concentração de poder em um único monarca e, em vez disso, aconselha a utilização de arranjos constitucionais que canalizam o poder entre várias ordens. Seria, portanto, a maneira de resistir ao único e todo-poderoso governante que Hobbes tanto apoiava (SULLIVAN, 2017, p.67). Em contraste, Montesquieu explicitamente ensina que o poder não deve ser concentrado, pois se tal não encontrar limites, o resultado é um despotismo completo. A criação de um “governo moderado”, no caso uma monarquia moderada, é a solução para esse problema político (SULLIVAN, 2017, p.67).

Como se pode observar, a preocupação de Montesquieu, na época, esteve relacionada em evitar a concentração de todo o poder numa só pessoa ou em um só órgão, tendo afirmado que não existiria liberdade se o poder de julgar não fosse separado do poder legislativo e do Executivo, de modo que, ao se atrelar ao primeiro estaria intervindo arbitrariamente na vida e a liberdade dos cidadãos, e caso se aproximasse do Executivo, 2 “It does not imply that judicial interpretation is not useful, but only that the law – in the mechanical sense – contains solutions for everything, and the judge plays the part of the mouth to speak it aloud” (STOLLEIS, 2011, p.6).

assemelhar-se-ia a figura de um opressor (MONTESQUIEU, 1996).

Em outras palavras, como bem lembra Bonavides (2010), a liberdade política conceituada por Montesquieu está relacionada com o critério de segurança, eis que “a liberdade política exprimirá sempre o sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcione às relações de indivíduo para indivíduo, sob a égide da autoridade governativa (p.149)”.

Como bem destacado por Bobbio (2006), a intenção de Montesquieu ao elaborar a teoria da separação dos poderes foi, diante do contexto de Estado Absolutista da época, de garantir a subordinação do poder Judiciário à lei, de modo que, com a tripartição dos poderes ao juiz lhe caberia a reprodução fiel da lei, estando isento de qualquer atividade legislativa justamente porque dentro desta teoria não existe possibilidade da presença de dois legisladores, isto é, ao juiz lhe é defeso modificar as leis, devendo se ater ao que o texto legal prevê.

Não obstante a importância conferida por Montesquieu e outros pensadores da época ao legislativo<sup>3</sup> no século XVIII, após a Revolução Francesa viu-se os riscos de um legislativo forte e de como a tirania se utilizou do poder de emanar leis para instaurar um governo despótico. Toda a ideia defendida pelo movimento iluminista de limitação dos poderes do estado, afastando-se do absolutismo monárquico a fim de instituir um governo moderado baseado no princípio da separação dos poderes, resultou num verdadeiro mito da modernidade:

A partir de Locke, assim, a liberdade aparece como característica de uma ação regulada e protegida pela lei. Claro, a aliança ideal entre liberdade e lei pode despedaçar-se quando a lei positiva não desempenhe sua função (que é justamente uma função de tutela da liberdade originária) e torne-se instrumento de opressão: disso é lucidamente consciente Montesquieu que ressalta o nexos entre liberdade e lei, exalta a segurança que daí advém, mas ao mesmo tempo denuncia no direito penal de seu tempo um grave atentado à liberdade e à segurança dos sujeitos e deseja uma sua radical reforma (COSTA, 2010, p.216).

Após o terror do regime jacobino, sustentado pela retórica da igualdade e pela teoria democrática do sufrágio universal, ainda persistia a tensão entre liberdade e igualdade inaugurada pela revolução francesa. Nesse sentido, “ainda que sob um regime representativo, aparece o vulto do despotismo: um dispositivo novo e moderno, o ‘despotismo da maioria’, legitimado por um mecanismo eleitoral ‘democrático’, mas não menos opressivo com relação aos indivíduos e sua liberdade (COSTA, 2010, p.218-219)”.

A tirania das maiorias parlamentares parece não ter encontrado um obstáculo e, por isso, talvez se justifique a atenção da doutrina do final do século XIX à criar meios de limitar a atividade administrativa do Estado, eis que este apresentava-se como maior ameaça aos

<sup>3</sup> Essa importância e papel fundamental atribuído ao legislativo, foi defendida no século XVIII, principalmente, por John Locke, o qual identificou no legislativo o “poder supremo”. Vide: LOCKE, John. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

cidadãos (COSTA, 2010, p.239).

Identifica-se, no século XX, uma quebra de paradigma com a tradicional teoria tripartite de separação dos poderes estatais. Kelsen, contesta a concepção do Estado como ente ‘real’, pois essa assimilação ignora a distinção entre ser e dever ser, ou seja, entre fatos e normas, inserindo-se o Estado numa posição soberana diante dos seus súditos. Assim, para o positivismo kelseniano, o Estado é um ordenamento, uma ordem normativa em que Estado e direito coincidem (KELSEN, 2018, p.316-321). No “ser” estão os indivíduos, e no “dever-ser” o sistema normativo, rompendo com a tensão presente já no século XVIII entre Estado onipotente versus sujeitos, como se fossem entes opostos: soberano de um lado, direito de outro. A respeito da proposta Kelseniana, o professor Pietro Costa:

Esta iconoclastica teoria kelseniana, já delineada na primeira grande obra do jurista austríaco – os *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911 – desembaraça o campo da aporia e coloca as premissas para a superação daquele tabu oitocentista que fazia da lei o emblema e a incontestável expressão da soberania (COSTA, 2010, p. 251).

A problemática da teoria de Kelsen se preocupa com a própria validade objetiva do direito, considerando a validade objetiva das normas jurídicas, surge a questão referente ao fundamento de onde essas normas retiram sua validade. Historicamente, o elemento de validade das normas jurídicas esteve relacionado com fatores exteriores ao direito: na Idade Média, a validade do direito estava ligada a Deus; no Iluminismo relacionava-se com a ideia de Direito Natural; de acordo com a Escola da Exegese a validade apontava para a vontade do legislador; na Escola Histórica do Direito era indicada pelo Espírito do Povo; e por fim, na Jurisprudência de Interesses estava relacionada com a finalidade do direito de reconhecer os interesses que contribuem para a promoção da vida plena (SIMIONI, 2014, p. 181). Por conseguinte, se o objetivo de Kelsen era difundir uma teoria pura do direito, o fundamento de validade não poderia estar em áreas estranhas ao próprio direito, isto é, era preciso encontrar o fundamento de validade das normas jurídicas dentro do direito. A solução apontada por Kelsen (2018) se deu mediante a associação da validade das normas jurídicas inferiores com normas jurídicas hierarquicamente superiores.

Partindo da ideia do escalonamento da ordem jurídica<sup>4</sup>, em Kelsen, a tendência é se colocar a Constituição em um patamar acima das demais normas, concebendo-a como fundamento supremo de validade de todas as normas jurídicas. Acima da Constituição, como validade de todo sistema normativo, estaria a *Grundnorm* (norma fundamental) (KELSEN, 2018, p. 9). Torna-se possível, desse modo, um controle jurisdicional da lei, visando apurar sua compatibilidade com a constituição:

---

4 A ideia central da *Stufenbauthorie* não foi uma criação feita por Hans Kelsen. O jurista Adolf Merkl foi um dos fundadores da Escola de Viena, juntamente com Kelsen e Alfred Verdross, e responsável por parte da teoria pura do direito, especialmente no que concerne a teoria do escalonamento do ordenamento jurídico. Sobre esse assunto: PAULSON, Stanley L. How Merkl's Stufenbaulehre informs Kelsen's concept of law. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava**, n. 21, p. 29–45, 2013.

Graças à *Stufenbauthorie*, o intangível *sancta sanctorum* da tradição oitocentista – a lei como expressão da soberania parlamentar – é submetido ao exame de um órgão judiciário. Não apenas a administração, mas também a legislação é manifestação de um Estado *sub lege* (COSTA, 2010, p.252).

A partir da hierarquia das normas, e do primado da lei, a tensão fruto do iluminismo entre poder e direito aparenta ter sido solucionada, uma vez que, finalmente tanto o legislativo quanto o executivo são submetidos a uma norma superior, a norma constitucional, sendo passíveis de terem seus atos controlados por um órgão jurisdicional.

Nesta perspectiva, o Estado constitucional e a democracia parecem finalmente compatíveis, ou melhor, complementares. Para Kelsen, democracia significa proteção das minorias, alternância entre maioria e minoria e fácil troca da classe de dirigentes, e estes objetivos são tornados possíveis pelos dispositivos jurídicos do Estado constitucional: será a constituição, com efeito, a demandar maioria 'reforçada' para qualquer provimento que ameace as prerrogativas das minorias ou incida sobre direitos fundamentais e a prevenir a instituição de uma corte de justiça que controle a atividade do poder legislativo (COSTA, 2010, p.252).

No século XX, aparentemente devido à desconfiança no executivo e no legislativo, o austríaco Hans Kelsen confere maior importância ao papel desempenhado pelo órgão julgador. Isto é, o legislador positivo, em Kelsen, não desempenha o papel supremo defendido no século XVIII pelos iluministas. Ao contrário, Kelsen propõe o controle de constitucionalidade das normas emanadas pelo legislador positivo, cabendo a uma corte especializada, denominada Corte Constitucional, desempenhar o este controle, podendo inclusive anular todos os atos do legislativo que foram contra a Constituição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da leitura das obras de Hans Kelsen aqui analisadas observa-se que o jurista austríaco fez uma leitura substancial e crítica da separação de poderes de Montesquieu, ainda que não mencione seu nome direta e expressamente. Em um primeiro momento observa-se que Hans Kelsen defende uma distribuição das funções estatais, rompendo com os termos utilizados pelo filósofo francês. Desse modo, sob a ótica do positivismo normativo, a tradicional separação dos poderes de Montesquieu pode ser entendida como um ideal imaginário que não se aplica à organização dos estados contemporâneos, isso porque as funções estatais podem ser resumidas em aplicação e criação do direito, as quais são atribuídas, tradicionalmente, a três órgãos distintos.

Para a tradicional separação de poderes de Montesquieu, deveriam existir três poderes distintos e harmônicos entre si: o executivo, formado pelo rei e seus magistrados; o poder legislativo, formado pela câmara baixa e a câmara alta; e o poder judicial, formado por um corpo de magistrados. Cada poder teria uma esfera própria, em que não se vislumbra a interferência de um no outro. No entanto, o que se verifica na teoria proposta

por Hans Kelsen, é de que as funções do Estado, por se resumirem à criação ou aplicação do direito, é que todos os órgãos exercem a função de “legislador” (a partir da distinção entre legislador positivo e negativo) pelo menos em parte, mas que, apenas um desses órgãos se denomina Legislativo.

Ademais, o mito da separação de poderes também se justificaria em virtude da intervenção de um poder no outro, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade do executivo interferir no legislativo por meio do veto, e na fiscalização do legislativo sobre o executivo. Ainda, quando Montesquieu argumenta que o poder judicial não é um poder no sentido próprio, posto que é invisível, nulo, se estaria, na realidade, de frente para dois poderes, e não três, sendo um tanto estranho falar em tripartição de poderes quando estes não recebem igual relevância. Por conseguinte, sob a perspectiva do positivismo normativo, seria mais adequado falar-se numa distribuição de funções do que uma separação de poderes, uma vez que, nos estados contemporâneos o que se divide não é o poder, mas as funções estatais em órgãos distintos.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis; MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT; DE, BARON. **Montesquieu: la política y la historia**. 1968.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CABRAL DE MONCADA, Luís. **Filosofia do Direito e do Estado**. Volume I, Parte Histórica, Volume II, Doutrina e Crítica, 1995.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la. **O espírito das leis**. Série Os Pensadores. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.



MORIGIWA, Yasutomo; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (Ed.). **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of the King to the Rule of Law**. Springer Science & Business Media, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarorro. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. 22.ed. Curitiba: Juruá, 2014.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. **Verba Juris-Anuário da Pós-Graduação em Direito**, v. 3, n. 3, 2004.

STOLLEIS, Michael. Judicial interpretation in transition from the Ancien Régime to constitutionalism. *In*: MORIGIWA, Yasutomo; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (ed.). **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of the King to the Rule of Law**. Springer Science & Business Media, 2011.

SULLIVAN, Vickie B. **Montesquieu and the Despotism of Europe: An Interpretation of "The Spirit of the Laws"**. University of Chicago Press, 2017.

PANGLE, Thomas L. **The Theological Basis of Liberal Modernity in Montesquieu's "Spirit of the Laws"**. University of Chicago Press, 2010.

PAULSON, Stanley L. How Merkl's Stufenbaulehre informs Kelsen's concept of law. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava**, n. 21, p. 29–45, 2013.

## ÍNDICE REMISSIVO

### C

Chile 5, 6, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 12

Clássico 2, 5, 248

Constitucional 6, 12, 33, 39, 44, 47, 51, 52, 53, 57, 81, 93, 95, 108, 125, 126, 127, 130, 132, 133, 136, 137, 168, 176, 179, 188, 189, 193, 246, 251, 254, 256, 260, 261, 298, 303, 320

Contemporâneo 2, 5, 124, 159, 207, 308, 314, 317

Contempt of Court 5, 6, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31

### D

Delação Premiada 5, 7, 125, 126, 127, 128, 131, 132, 133, 134, 135, 137

Dignidade da Pessoa Humana 5, 8, 15, 81, 82, 92, 93, 104, 153, 189, 190, 192, 193, 215, 218, 242, 243, 244, 245, 247, 254, 255, 257, 259

Direito 2, 5, 6, 8, 13, 14, 15, 16, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 35, 40, 41, 43, 48, 52, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 68, 77, 78, 86, 91, 92, 93, 95, 101, 102, 103, 104, 111, 112, 113, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 145, 149, 150, 152, 153, 158, 161, 162, 163, 164, 168, 170, 171, 172, 175, 176, 178, 180, 181, 182, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 199, 201, 202, 203, 204, 208, 211, 214, 215, 230, 231, 241, 246, 247, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 267, 278, 279, 281, 282, 290, 291, 294, 295, 296, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 308, 310, 313, 315, 316, 317, 320

### E

Educação 5, 9, 56, 68, 80, 81, 85, 89, 153, 165, 167, 168, 169, 171, 175, 194, 203, 206, 210, 215, 220, 274, 281, 306, 307, 308, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320

Espiritualidade 8, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 270, 273, 274

Eutanásia 5, 8, 242, 243, 244, 245, 246

### G

Grupos vulneráveis 5, 199

### I

Idoso 5, 6, 79, 80, 81, 82, 91, 256

Imposto 5, 6, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 256, 309

Inexigibilidade 6, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43

Inspecção Industrial e Sanitária 5, 105, 107, 120

## **L**

Lavagem de capitais 5, 7, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149

Licitação 5, 32, 33, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43

## **M**

Marginalização 5, 7, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 199

Medicina Legal 5, 9, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 287, 288, 289

Meio Ambiente 5, 20, 21, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 102, 103, 104, 111, 124, 320

Mulher 5, 8, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 222, 223, 224, 228, 229, 231, 238, 276, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288

## **N**

Núcleo familiar 8, 188, 194, 195, 199, 200, 201

## **O**

Objecção Religiosa 8, 247, 248

Ocupação 5, 6, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 75, 76, 109

## **P**

Planejamento Urbano 6, 61, 66, 78

Positivismo 9, 290, 291, 292, 298, 302, 303, 304

Presunção de Inocência 7, 125, 127, 130, 131, 133, 134, 135

## **S**

Separação dos poderes 5, 9, 290, 291, 292, 298, 300, 301, 302, 303, 305

Sistema prisional brasileiro 5, 7, 177, 180, 181, 183, 184, 185, 187

Superendividamento 5, 6, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91

## **T**

Transusão de sangue 8, 247, 248, 249, 250, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261

Tribunal Penal Internacional 6, 13, 17, 18, 19, 20, 23

## **U**

Uso progressivo da força 5, 150, 152, 154, 157, 162

## **V**

Violência 5, 8, 151, 164, 167, 168, 169, 170, 175, 176, 178, 180, 182, 184, 185, 186, 187, 191, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 275, 276, 285

# O **Direito** na Transição do **Clássico** para o **Contemporâneo**

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br) 

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br) 

@atenaeditora 

[www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br) 




**Atena**  
Editora  
Ano 2021

# O **Direito** na Transição do **Clássico** para o **Contemporâneo**

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br) 

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br) 

@atenaeditora 

[www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br) 



**Atena**  
Editora  
Ano 2021