

Separação dos poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron

Separation of Powers and The Rule of Law: considerations from Jeremy Waldron's Theory

Cristina Foroni Consani*

Resumo

Este artigo tem por objetivo revisitar a tradição teórica da separação dos poderes a partir de uma discussão proposta por Jeremy Waldron. O autor considera haver uma grande confusão conceitual entre três princípios, a saber: a separação dos poderes, a divisão dos poderes, e os freios e contrapesos. Em um artigo recente, ele se propõe a isolar e elucidar o conceito de separação dos poderes, defendendo a relevância desse princípio para a teoria e prática política e constitucional hodierna. Ao fazer isso, contudo, Waldron se afasta das teorias anteriores ao defender que a separação dos poderes não se destina necessariamente a limitar ou restringir a ação política, mas sim a canalizá-la, valorizando e promovendo ao mesmo tempo as práticas democráticas e o Estado de Direito.

Palavras-chave: Jeremy Waldron. Separação dos Poderes. Estado de Direito.

Abstract

This article revisits the theoretical tradition of the separation of powers as of an argument proposed by Jeremy Waldron. The author considers that there is a great conceptual confusion between three principles, namely: the separation of powers, the division of powers and checks and balances. In a recent paper, he proposed to isolate and elucidate the concept of separation of powers,

* Pós-Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande de Norte. Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (2013) com Doutorado Sanduíche na Columbia University/EUA (2010). Natal – RN – Brasil. Email: crisforoni@yahoo.com.br

advocating the importance of this principle to the contemporary political theory and practice. In doing so, however, Waldron departs from previous theories by arguing that separation of powers does not intend only to limit or restrict the political action, but it intends also to channel it. This perspective values and promotes simultaneously democratic practices and the rule of law.

Keywords: *Jeremy Waldron. Separation of Powers. The Rule of Law.*

1 Introdução

Historicamente, o ideal constitucionalista está relacionado à limitação do poder político. No debate contemporâneo, essa limitação dirige-se, principalmente, à atuação legislativa, que é tomada como possível violadora de direitos fundamentais. Autores que se dedicam à história e ao conceito de Constituição ressaltam seu aspecto de limitação ou restrição. Nesse sentido, McIlwain, em seu clássico estudo sobre a história do constitucionalismo, sustenta que em todas as fases do constitucionalismo o elemento que mais se destaca é a “limitação legal do governo” (McILWAIN, 2007, p. 21). Outros autores que se dedicaram a esse tema, do mesmo modo, chamam atenção para esse elemento. Gordon sustenta que o termo “constitucionalismo” é usado “para denotar que o poder coercitivo do Estado é restringido” (GORDON, 1999, p. 05). Sajó define o constitucionalismo como “um conjunto de princípios, modos e arranjos institucionais que foram usados tradicionalmente para limitar o governo” e que deve servir como “um limite à democracia funcionando descontroladamente” (SAJÓ, 1999, p. xiv). Dworkin entende que o constitucionalismo é “um sistema que institui direitos individuais legais que a legislatura dominante não tem poder para anular ou comprometer” (DWORKIN, 1995, p. 02).

Essa breve reconstrução mostra o quanto a limitação do poder político é um tema central para a teoria e filosofia constitucionais e, notadamente, para a filosofia política. O modelo mais conhecido e estudado de limitação e controle do poder político é a doutrina da separação dos poderes, proposta por Montesquieu e reformulada pelos

pais fundadores da Constituição norte-americana, que acentuaram os mecanismos de freios e contrapesos.

Este artigo tem por objetivo revisitar essas teorias a partir de uma discussão proposta por Jeremy Waldron. Ao debruçar-se sobre a tradição teórica da separação dos poderes, o autor considera haver uma grande confusão conceitual entre três princípios, a saber: a separação dos poderes, a divisão dos poderes e os freios e contrapesos. Em um artigo recente, ele se propõe a isolar e a elucidar o conceito de separação dos poderes, defendendo a relevância desse princípio para a teoria e prática política e constitucional hodierna. Ao fazer isso, contudo, Waldron se afasta das teorias anteriores ao defender que a separação dos poderes não se destina necessariamente a limitar ou restringir a ação política, mas sim a canalizá-la, valorizando e promovendo ao mesmo tempo as práticas democráticas e o Estado de Direito.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira parte, apresentam-se, a partir do clássico estudo de M.J.C. Vile, os três principais modelos de limitação e de controle do poder político. Na segunda parte, passa-se à apresentação e análise da crítica de Jeremy Waldron à tradição teórica da separação dos poderes e de seus principais argumentos. Na terceira e última parte, avalia-se em que medida ainda é relevante se empreender um esforço teórico, como faz Waldron, para definir com rigor conceitual o princípio da separação dos poderes num contexto em que a estrutura político-jurídica das instituições estatais está organizada de modo que cada uma delas realiza, na prática, alguma atividade que de acordo com o princípio da separação dos poderes não lhe seria específica.

2 Três modelos de teorias de limitação e controle do poder político

Um dos estudos mais importantes a respeito das teorias da separação dos poderes é o livro de M.J.C. Vile denominado *Constitutionalism and separation of powers*. Nesse texto, Vile identifica

três teorias que ao longo da história foram concebidas para promover o controle e a limitação do poder político, são elas: a teoria do governo misto, a teoria pura da separação dos poderes e a teoria pura da separação dos poderes combinada com os mecanismos de freios e contrapesos (cf. VILE, 1998, p. 02). Com algumas diferenciações, são a esses modelos que as teorias constitucionais modernas e contemporâneas recorrem para erigir suas propostas de delimitação e controle do poder político.

A teoria do governo misto teve origem no pensamento político clássico e manteve sua influência na teoria política até aproximadamente o século XVII, quando começaram a ser delineadas as teorias da separação dos poderes. De acordo com Vile, a teoria do governo misto não está logicamente conectada com a teoria da separação dos poderes, mas proporcionou ideias que formaram a base da nova doutrina, pois ambas preocupam-se com a limitação do poder pela criação de controles dentro do governo (cf. VILE, 1998, p. 38).

O ponto central da teoria do governo misto é o estabelecimento do controle recíproco do poder político de um grupo social por outro no exercício das funções do governo. É importante ressaltar que nesse modelo não há separação entre pessoas e funções, haja vista os representantes dos elementos monárquico, aristocrático e popular estarem exercendo concomitantemente as funções de legislar, administrar e julgar a fim de impedir que uma vontade imponha-se sobre as demais.

A teoria da separação dos poderes, por outro lado, pelo menos em sua forma pura, caracteriza-se pela distinção rigorosa do governo em: a) funções (legislativa, executiva e judiciária), b) agências (legislativa, executiva e judiciária) e c) pessoas (as mesmas pessoas não podem exercer mais de uma função nem tampouco atuar em mais de uma agência). Nessa perspectiva, não poderia haver nenhuma forma de partilhamento de uma função com as demais e tampouco a interferência de uma agência nas outras. O propósito desta diferenciação tão precisa era evitar que indivíduos ou grupos pudessem ser juízes em causa

própria.¹ Contudo, Vile chama a atenção para o fato de que a teoria pura da separação dos poderes é apenas um ideal, ao qual foram introduzidos elementos de outras teorias políticas que se dedicaram a este tema (cf. VILE, 1998, p. 21 e 37).

A teoria da separação dos poderes fazia parte das doutrinas de muitos teóricos ingleses do século XVII e XVIII. Uma das teorias bastante conhecidas é a de John Locke que, no *Segundo tratado sobre o governo civil*, faz a distinção entre três poderes: Legislativo (poder supremo), Executivo (que tinha a atribuição de cuidar dos assuntos de administração interna, inclusive da aplicação da lei) e o Federativo (responsável pelos assuntos internacionais) (cf. LOCKE, 1988, p. 364-370).²

Mas foi Montesquieu que enfatizou certos elementos que não haviam recebido atenção antes, particularmente em relação ao Judiciário, e concedeu à doutrina uma posição mais importante do que tinha sido conferida em períodos anteriores. No livro XI do *Espírito das leis*, Montesquieu anuncia algumas premissas básicas de sua teoria da separação dos poderes: a liberdade política³, o controle do poder político e, finalmente, uma separação funcional nas agências do governo capaz de efetuar o controle. A liberdade política é definida como

o direito de fazer tudo o que as leis permitem” e contrapõe-se à independência, que remete ao estado de natureza e à possibilidade de fazer tudo aquilo que se quer. Porém, a liberdade política somente pode ser encontrada nos

¹ Essa é uma preocupação comum entre os pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, a ponto de a necessidade de um julgador imparcial ter sido apresentada como uma das principais teses de Locke no Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Cf. LOCKE, 1988, p. 323-327.

² Faz-se referência aqui ao texto em inglês, mas essas definições encontram-se no Livro II, Cap. XII, parágrafos 143 a 153.

³ No cap. 1 do Livro XI, Montesquieu informa que irá se dedicar ao estudo da liberdade política, distinguindo-a segundo dois aspectos: a liberdade política em sua relação com a constituição (representada pela separação dos poderes – Livro XI, cap. 3) e a liberdade política em sua relação com o cidadão (relacionada à redução dos critérios arbitrários na aplicação das leis penais – Livro XII, cap. 2). Vou deter-me apenas à relação da liberdade política com a constituição, pois está diretamente relacionada com o objeto de estudo deste artigo. Cf. MONTESQUIEU, 1985.

A respeito da “dupla definição” da liberdade política em Montesquieu, ver JAUME, 2000, p. 95-124.

governos moderados, e desde que não se abuse do poder. De acordo com o autor, “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.. (MONTESQUIEU, 1985, p. 148).

É no Capítulo 6 do Livro XI, dedicado à Constituição da Inglaterra, que Montesquieu irá apresentar a forma de governo capaz de realizar a liberdade política. Afirma ele:

Há, em cada Estado, três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das coisas que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1985, p. 148/149).

Desse modo, verifica-se que, num primeiro momento, Montesquieu segue a divisão feita por Locke entre o Poder Legislativo e o Executivo, mas o segundo tinha atribuições internas e externas. Logo a seguir, contudo, ele introduz o “poder de julgar” com atribuições diferentes daquelas dos outros poderes. O Legislativo, cuja atribuição era deliberar e elaborar as leis, deveria ser dividido em duas câmaras, de modo que uma pudesse controlar a outra e, em alguns casos peculiares, essa instituição era autorizada a realizar julgamentos por meio de uma câmara especial; o Poder Executivo poderia participar da atividade legislativa por meio do veto, mas não era admitido no processo de discussão e deliberação das leis; o Poder Judiciário tinha uma função bem mais restrita, já que, diferentemente dos outros dois, não era um corpo permanente, deveria ser apenas “a boca da lei”, não podendo dar nova interpretação às diretrizes estabelecidas.

A distinção entre os poderes feita por Montesquieu, de acordo com Vile, é uma adaptação do que poderia ser considerada a teoria pura, haja vista abarcar tanto elementos do governo misto quanto mecanismos de freios e contrapesos.⁴ A relação entre os ramos executivo e legislativo exhibe claramente as características da ideia de controle mútuo utilizada anteriormente na teoria inglesa da constituição equilibrada (*balanced constitution*).

Retomando os ensinamentos de Montesquieu, Madison assevera que a separação dos poderes deve dar-se de modo a assegurar o governo livre, mas isso não implica a ausência de interferência de um poder nos demais. No Federalista nº 10, Madison anuncia que a Constituição destina-se a “proteger o bem público e os direitos privados” contra o perigo das facções, assim como visa a “preservar o espírito e a forma do governo popular” (HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, p. 125). A fim de implementar esses objetivos, o governo, sustentado pelo princípio republicano, deve evitar a subversão dos princípios fundamentais de uma Constituição livre pelo exercício de todo o poder político por um único órgão ou pessoa (Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, p. 302-308).

Essa máxima, apresentada no Federalista nº 47, dá origem à divisão de poderes na Constituição norte-americana, que é justificada no Federalista nº 51. Aqui aparece primeiramente a visão pessimista de Madison acerca da natureza humana, sua razão falível, sempre vulnerável ao amor-próprio e às paixões, o que cria a necessidade de

⁴ De acordo com Vile, existem duas interpretações para a teoria da separação dos poderes de Montesquieu. A primeira, associada ao continente europeu e mais aos juristas do que aos teóricos da política, vê nas teses de Montesquieu o que se pode chamar de teoria pura da separação dos poderes, uma eficaz separação de agências, funções e pessoas. A segunda, representada principalmente pelos pais da constituição americana, escritores franceses como Benjamin Constant e comentaristas ingleses dos séculos XVIII e XIX, observa nesse texto uma separação parcial dos poderes, que é a doutrina pura modificada pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Vile partilha do último entendimento. Também entendo o seu posicionamento como o mais adequado para a interpretação da teoria de Montesquieu. Cf. VILE, 1998, p. 94.

um governo que limite seus governados e limite a si mesmo. Pergunta ele: “o que é o próprio governo senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana?”. E então conclui: “se os homens fossem anjos nenhum governo seria necessário. Se anjos fossem governar os homens, nem controles externos nem internos sobre o governo seriam necessários” (HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, p. 319/320).⁵

Para levar a cabo essa proposta, o poder político conferido pelo povo ao governo deveria primeiramente ser dividido entre dois governos – o federal e aquele dos estados. Em segundo lugar, cada porção repartida deveria ser subdividida entre departamentos distintos e separados, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa segunda divisão, ou subdivisão, do poder insere-se em uma estrutura compensatória, segundo a qual aquele departamento que possui mais força social deve ser enfraquecido, ao passo que aquele mais frágil deve ser fortalecido. Assim, o Legislativo, considerado por Madison como o mais próximo do povo e mais numeroso, é dividido em duas câmaras. Por outro lado, o Executivo e o Judiciário, detentores de poucos membros e mais afastados da interferência popular, necessariamente devem ser tornados mais robustos.

Como visto, Montesquieu não desenvolveu uma teoria pura da separação dos poderes, mas abarcou também princípios da doutrina do governo misto, cujo fundamento último era o exercício do controle não apenas por meio de funções governamentais, mas também por forças sociais. Os federalistas, ao adaptarem a doutrina para o contexto norte-americano, também desenvolveram um sistema no qual estava presente o compartilhamento de poderes por meio dos freios e contrapesos exercidos por um poder sobre o outro. Desse modo, as ações do Legislativo sofrem um duplo controle, tanto pelo poder de veto do Executivo sobre a legislação aprovada quanto pelo controle judicial

⁵ Todas as traduções das obras citadas são minhas, exceto quando indicado distintamente nas referências bibliográficas.

de constitucionalidade das leis; já o Legislativo tem a prerrogativa de pedir o *impeachment* do presidente, e o Judiciário é escolhido pelo Poder Executivo mediante aprovação do Legislativo (Senado). O controle popular sobre a representação eleita (Legislativo e Executivo) é realizado periodicamente por meio de eleições.

Consagram-se, portanto, a partir da teoria política e constitucional do século XVIII, a teoria da separação dos poderes cuja versão mais referenciada é aquela de Montesquieu, e o sistema de freios e contrapesos defendido pelos federalistas e delineado com bastante cuidado nos textos de Madison. A teoria da separação dos poderes em sua versão pura, embora tenha exercido alguma influência na França, principalmente em razão do prestígio da obra de Rousseau e de sua recusa à divisibilidade da soberania, e apesar de ter sido assumida como uma forma desejável por Thomas Jefferson⁶, não exerceu tanto peso no desenho das instituições modernas e contemporâneas quanto a teoria da separação dos poderes combinada com o sistema de freios e contrapesos. São a essas teorias, autores e argumentos que Jeremy Waldron retorna no intuito de averiguar em que medida ainda é possível se falar em separação dos poderes na teoria e na prática político-jurídica contemporânea e, principalmente, qual a relevância em se insistir nisso.

2 Jeremy Waldron e a reavaliação da teoria da separação dos poderes

Jeremy Waldron possui um posicionamento que se distingue na filosofia constitucional contemporânea em razão de propor um deslocamento da discussão da hermenêutica constitucional, isto é, da interpretação dos direitos fundamentais que se dá dentro de cortes constitucionais, para o processo de elaboração do direito dentro do Poder Legislativo. As principais obras nas quais o autor sustenta essa

⁶ A respeito da defesa de Jefferson de uma teoria pura da separação dos poderes, ver JEFFERSON, 1977; MAYER, 1994; VILE, 1998, p. 180-182.

tese são *Law and disagreement* (cf. WALDRON, 1999a) e *The dignity of legislation* (cf. WALDRON, 1999b).

Na esteira dessa proposta, encontra-se também sua reavaliação das interpretações feitas pela filosofia política e constitucional para o princípio da separação dos poderes. Em um texto de 2013, intitulado “Separation of powers in thought and practice?”, Waldron sustenta, dialogando com Vile, que os autores responsáveis pela fundamentação da doutrina da separação dos poderes no século XVIII, notadamente Montesquieu e Madison, deixaram lacunas em sua argumentação, e isso levou a uma confusão teórica entre três princípios de limitação e controle do poder político, a saber: o princípio da separação dos poderes, o princípio da divisão dos poderes e o princípio dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Como visto anteriormente, a limitação e o controle do poder político são elementos de grande relevância para a teoria constitucional, sendo considerados até mesmo constitutivos do conceito de Constituição.⁷ Conforme mostrado a partir do estudo de Vile, há modos distintos para a realização desta tarefa, os quais dão origem a teorias bastante diferentes. Se Vile identificou três principais teorias que cumpriram este papel ao longo da história, Waldron, não desconsiderando a classificação entre teoria do governo misto, teoria pura da separação dos poderes e teoria da separação dos poderes combinada com o sistema de freios e contrapesos, defende que nessas teorias funciona um conjunto de princípios que dá sustentação para a legitimidade das instituições. São eles:

1. O princípio da separação entre cada uma das funções do governo (“Princípio da Separação dos Poderes”).
2. O princípio que aconselha contra a concentração de demasiado poder político nas mãos de qualquer pessoa, grupo ou agência (“Princípio da Divisão dos Poderes”).

⁷ Como se verá no desenvolvimento deste texto, os elementos de restrição e de limitação não são ressaltados por Waldron.

3. O princípio que requer a ordinária concorrência de uma entidade governamental nas ações da outra, e assim permite que uma entidade verifique ou veto as ações da outra (“Princípio de Freios e Contrapesos”).
4. O princípio que requer que as leis sejam aprovadas pelo voto em duas assembleias legislativas coordenadas (“Princípio do Bicameralismo”).
5. O princípio que distingue entre poderes atribuídos ao governo federal e poderes reservados aos estados ou às províncias (“Princípio Federalista”). (WALDRON, 2013, p. 438).

Feita essa consideração inicial, a análise da proposta de Waldron será realizada em dois momentos. Primeiramente, serão apresentadas duas críticas formuladas pelo autor à tradição teórica da separação dos poderes, quais sejam, a crítica à confusão conceitual e a crítica à falta de bons argumentos específicos para definir com rigor conceitual o princípio da separação dos poderes. Em um segundo momento, será apresentada a proposta do autor para tornar mais claro e preciso o conceito de separação dos poderes, que é levada a cabo enfatizando a relação entre o princípio da separação dos poderes e o Estado de Direito, assim como a necessidade de se compreender o governo e suas funções (executiva, legislativa e judiciária) de forma distinta, mas articulada.

2.1 Críticas à tradição teórica da separação dos poderes

Waldron considera que os princípios mencionados têm sido utilizados de forma pouco clara pelas teorias constitucionais modernas e contemporâneas, as quais, não raras vezes, confundem um princípio com o outro e consideram todos como parte integrante do próprio princípio da separação dos poderes. Os equívocos em relação à definição desses princípios, todavia, derivam da definição das funções de governo (Executivo, Legislativo e Judiciário) pelo que elas fazem, e não pelo que elas são.

Uma definição acertada, na visão do autor, deve levar em conta o que de fato é importante em cada um desses princípios. Assim, para a *separação dos poderes*, é de grande relevância a distinção entre as várias funções do governo, ao passo que, para a divisão *dos poderes*, o que mais importa é que o poder político esteja disperso, não concentrado. Já para o *sistema de freios e contrapesos*, o ponto mais relevante é que o poder político possa ser verificado e controlado por meio de uma fiscalização mútua (cf. WALDRON, 2013, p. 442).

Waldron considera Montesquieu um dos responsáveis pela falta de clareza em torno desse princípio. Isso porque a preocupação central de Montesquieu era com a concentração de poder, isto é, ele temia que, mesmo havendo uma distinção conceitual entre instituições, funções e pessoas, o poder ficasse concentrado nas mãos de um único governante. O modelo a ser evitado era exatamente aquele da “justiça turca”, na qual o sultão, ao concentrar o poder de criar as leis e ao mesmo tempo aplicá-las, submetia todos a um regime despótico e atroz.

Como ressalta Vile, um dos valores a ser preservado pela separação dos poderes é a liberdade política, que na obra de Montesquieu aparece associada ora ao “direito de fazer tudo o que as leis permitem”, ora ao ideal do governo moderado no qual não se pode abusar do poder, ou, por fim, à noção de que para não haver abuso o poder deve frear o poder (cf. MONTESQUIEU, 1985, p. 148).

Essas definições, segundo Waldron, não fornecem um bom argumento para o princípio da separação dos poderes. A premissa principal de Montesquieu é que se os diferentes poderes do governo não estiverem separados, haverá ausência de liberdade e a tirania triunfará. A crítica incide justamente no fato de não se explicar por que a concentração dos poderes em uma única mão leva à perda da liberdade política e ao triunfo da tirania. Para Waldron, o argumento de Montesquieu é marcado por tautologias: “a falta da separação dos poderes leva à arbitrariedade porque envolve uma *falta em separar poderes*” (WALDRON, 2013, p. 454).

Na esteira das confusões, Madison, ao apoiar sua versão da separação dos poderes na teoria de Montesquieu, teria herdado suas deficiências. Segundo Waldron, ao sustentar que Montesquieu defendeu uma versão limitada em vez de uma versão pura da separação dos poderes, Madison faz uso do mesmo vocabulário e, em certa medida, das mesmas justificações que apelam para a separação dos poderes como algo que se opõe à tirania e à usurpação da liberdade política sem apresentar argumentos satisfatórios para explicar a conexão entre concentração de poderes, tirania e ausência de liberdade. Waldron aponta, assim, para a falta de bons argumentos para sustentar o princípio da separação dos poderes de forma independente dos princípios da divisão dos poderes ou dos freios e contrapesos. Em suas palavras:

[...] é por isso que tendemos a obscurecer a distinção entre os vários princípios que eu descrevi (...) – particularmente a distinção entre, de um lado, o Princípio da Separação dos Poderes e, de outro lado, os Princípios da Separação dos Poderes e de Freios e Contrapesos. Nós mudamos rapidamente para os dois últimos quando somos pressionados por um argumento sobre a importância da Separação dos Poderes, porque compreendemos a justificação deles, mas não nos foi legado em nossa herança do pensamento político nenhum bom argumento específico para o Princípio da Separação dos Poderes. (WALDRON, 2013, p. 455/456).

A crítica de Waldron volta-se, principalmente, a Montesquieu e a Madison, os quais associaram o princípio da separação dos poderes à liberdade política e à tentativa de evitar a tirania, mas não esclareceram suficientemente em que medida a liberdade política enquanto valor conecta-se à separação de poderes. Ou seja, pelo modo como esses autores trataram o tema, o valor da liberdade política pode ser melhor associado aos dois outros princípios – a divisão dos poderes e os freios e contrapesos – faltando, portanto, uma explicação coerente para a separação dos poderes isoladamente dos outros dois princípios.

Não obstante suas críticas às lacunas deixadas pelo pensamento político e constitucional moderno, Waldron considera que os argumentos

mais interessantes voltados especificamente à separação dos poderes podem ser encontrados no *Segundo tratado sobre o governo civil*, de John Locke. O argumento de Locke consiste em justificar que “é menos provável que as leis sejam opressivas se os legisladores são cidadãos comuns e têm que arcar com o ônus das leis que fazem” (WALDRON, 2013, p. 446). Esse argumento não funcionaria se os legisladores pudessem controlar a aplicação das leis, pois nessa situação poderiam criar para si exceções no que diz respeito aos efeitos das normas gerais. Logo, uma condição necessária (mas não suficiente) para essa justificação funcionar é a separação da função do legislador das demais funções. Esse argumento se dirige especificamente ao princípio da separação dos poderes e não pode ser utilizado ao mesmo tempo para o princípio da divisão dos poderes ou para o sistema de freios e contrapesos. Embora não visualize um argumento enunciando, Waldron sugere que Montesquieu pode ter endossado essa justificativa apresentada por Locke ainda no século XVII.

Waldron identifica, ainda, um segundo argumento na teoria de Locke que Montesquieu e a tradição da separação dos poderes teriam negligenciado, a saber: a relevância da distinção entre as funções do governo, mesmo quando exercidas pela mesma pessoa. Esse argumento surge exatamente quando Locke discorre sobre os Poderes Executivo e Federativo. Como mencionado anteriormente, o filósofo setecentista propôs a divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e Federativo. Enquanto o Executivo possuía atribuições administrativas internas, o Federativo era responsável por assuntos externos. A leitura feita por Waldron dessa classificação elaborada por Locke é que o Executivo e Federativo poderiam estar unidos na mesma agência e na mesma pessoa, desde que separados em princípio. Ele diz o seguinte: “E esse é um ponto que eu quero enfatizar. Mesmo quando Locke aceita que a mesma pessoa terá que exercer dois poderes, é importante compreender que os poderes em questão estão em princípio separados.” (WALDRON, 2013, p. 447).

Esse último argumento encontrado na teoria de Locke será retomado por Waldron para dar suporte à sua tentativa de definição

conceitual da separação dos poderes. Não cabe aqui fazer uma avaliação da interpretação feita por Waldron das teorias de Locke, Montesquieu ou Madison, pois isso teria que ser objeto de outro trabalho. Cabe apenas apresentar seus argumentos a fim de realizar uma avaliação de sua própria tese e em que medida essa tese tem algo a contribuir com a teoria e a prática política e constitucional contemporânea.

De todo modo, apesar de considerar importante o argumento de Locke a respeito da possibilidade de se pensar em uma separação de poderes em princípio, ainda que na prática os poderes estejam nas mesmas mãos, Waldron insiste que a teoria política e constitucional fez muito pouco, desde Montesquieu e Madison, para esclarecer a distinção entre os princípios da separação dos poderes, da divisão dos poderes e dos freios e contrapesos.

2.2 Separação dos poderes, Estado de Direito e governo articulado

Na tarefa de isolar e compreender a importância do princípio da separação dos poderes, Waldron toma como ponto de partida a própria divisão do governo em suas três principais funções: legislativa, executiva e judiciária. Segundo ele, essa divisão tem dois pontos importantes, a saber: primeiro, que o exercício do poder político não é algo simples; segundo, que cada função é importante e levanta questões institucionais distintas. Surge, então, o argumento da importância da articulação no governo, o qual, por sua vez, implica uma relação entrelaçada entre o princípio da separação dos poderes e o Estado de Direito.

A ideia de governo articulado está relacionada à separação dos poderes, mas não à sua completa independência. Essa ideia implica uma conexão entre as diferentes funções, a qual ocorre por meio de etapas e também de competências, isto é, do que compete a cada uma das funções do governo em um determinado momento. O governo articulado requer, por exemplo, que para o poder do Estado incidir sobre o indivíduo deve haver uma série de etapas e procedimentos que devem preceder a sua atuação: a promulgação de uma lei proibindo uma determinada ação deve preceder qualquer acusação, do mesmo modo

que qualquer punição deve ser antecedida por uma decisão judicial com a possibilidade de defesa, e assim por diante.

Essa é uma descrição típica do que é abarcado pela ideia de Estado de Direito, ou seja, um Estado no qual todos, inclusive o próprio governo em suas ações, submetem-se às normas anteriormente estabelecidas. Mas Waldron ressalta que a ideia de Estado de Direito implica também a observância de etapas, isto é, “a exigência de que a ação do governo deve, em geral, ser conduzida sob os auspícios da lei, o que significa que, a menos que haja muito boas razões ao contrário, a lei deve ser criada para autorizar as ações que o governo vai ter que realizar”(WALDRON, 2013, p. 457).

Todas as etapas acima mencionadas devem assegurar as exigências do Estado de Direito, tais como os princípios da clareza, promulgação, integridade de expectativas, devido processo e assim por diante, além de ter o dever de incorporar elementos como a liberdade, a dignidade, o respeito e a abertura do processo para a participação dos cidadãos. Segundo Waldron, “há uma séria falha do Estado de Direito quando qualquer um desses vários passos é omitido, ou quando dois ou mais deles são obscurecidos e tratados como não separados” (WALDRON, 2013, p. 458).

O governo articulado, entretanto, não é necessariamente uma forma de limitação ou de restrição à ação política. Embora Waldron reconheça que o governo articulado pode tornar mais difícil a própria ação política na medida em que exige a coordenação de ações das várias funções, ele considera que o papel principal desempenhado pelo governo articulado é de canalizar a ação ao invés de restringi-la. Por meio da canalização da ação política abre-se o processo de decisão para o acesso das partes envolvidas, seja no que diz respeito à elaboração das leis, seja no que diz respeito ao exercício do direito de defesa em processos judiciais, por exemplo.

Aqui se pode observar que Waldron distancia-se de vários teóricos, sobretudo constitucionalistas, os quais, como mencionado na introdução deste trabalho, relacionam a teoria da separação dos poderes justamente

com o aspecto da limitação e da restrição da ação do governo. A ênfase no aspecto restritivo ou limitativo em relação à ação política é um dos principais pontos da crítica do autor ao constitucionalismo moderno e contemporâneo.

Em um texto de 2009, denominado “Constitutionalism – A Skeptical View”, ele recusa a associação do conceito de Constituição aos termos “restrição” ou “limitação”. Em seu entendimento, se o conceito de Constituição é definido a partir da ideia de restrição ou limitação, pode haver uma tensão ou contradição entre o ideal de Constituição e aquele de soberania popular, haja vista a Constituição figurar como algo que limita e restringe a soberania popular no intuito de salvaguardar os direitos fundamentais.

Essa é, segundo Waldron, a visão do constitucionalismo (moderno e contemporâneo), que, em sua opinião, não apresenta um forte comprometimento com o princípio da soberania popular. Para não haver contradição entre o ideal de Constituição e o da soberania popular, o conceito de Constituição deve ser definido não a partir da ideia de restrição ou de limitação, e sim a partir da noção de controle, pois controlar significa não apenas decidir o que o governo ou as leis não podem fazer, mas também aquilo que pode ser feito e de que modo deve ser feito, isto é, definida a partir da noção de controle, a Constituição funciona como uma estrutura para a realização das práticas democráticas e não como algo que restringe e limita a participação popular (cf. WALDRON, 2009, p. 267-282).

Assim, a refutação à noção de restrição ou limitação, que já havia aparecido anteriormente na teoria de Waldron para defender uma forma mais democrática de relacionar o conceito de Constituição com as práticas democráticas, agora figura também como um elemento relevante para se compreender o princípio da separação dos poderes. Do mesmo modo, quando se substitui, no princípio da separação dos poderes, a ideia de “restrição” ou “limite” pela de “canalização” da ação política, parece haver um argumento mais favorável à democracia justamente

por admitir a abertura das instituições às partes que eventualmente serão atingidas pelas ações (legais) do governo.

Essa explicação ajuda a compreender o que significa um governo articulado, mas ainda diz muito pouco a respeito de um modo singular de entender o princípio da separação dos poderes de modo distinto dos outros princípios. A fim de tentar deixar mais clara essa distinção, Waldron explica:

A separação dos poderes exige não somente que o legislativo, o judiciário e o executivo concorram no uso do poder contra uma pessoa particular, X. Ao invés disso o legislativo deveria fazer seu trabalho – trabalho *legislativo* – nessa questão, que realmente significa não tratar a situação de X especificamente. O judiciário deveria fazer *seu* trabalho de julgamento em consideração a X e à relação de X com a lei que o legislativo aprovou. E o executivo deveria fazer *seu* trabalho de administração, não somente a acusação de X e a execução de qualquer ordem contra ele, mas também o desenvolvimento de amplas estratégias de implementação da legislação que o legislativo aprovou. (WALDRON, 2013, p. 460).⁸

Essa noção de governo articulado proporciona uma sobreposição entre o Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes. Não se trata de identificar ambos os conceitos, mas de apontar para seus pontos de conexão. Ser regulado pelo direito, afirma Waldron, é ser regulado “por um processo que responde à articulação institucional requerida pela Separação dos Poderes – deve haver elaboração da lei antes de haver julgamentos ou administração; deve haver julgamento, e o devido processo que isso implica, antes que haja a execução de qualquer decisão” (WALDRON, 2013, p. 459). O Estado de Direito exige que todas as funções e autoridades do governo sejam exercidas por meio de formas institucionais e procedimentos regulados pelo direito e, nesse

⁸ O itálico consta no original.

sentido, sejam articuladas. Embora cada um dos poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – tenha algo a dizer antes que o direito exerça um impacto sobre os indivíduos, cada um deve “dizer algo” separadamente. Waldron considera que o princípio da separação dos poderes exige que as funções do governo

[...] tenham, cada uma delas, uma integridade em si mesma, que é contaminada quando considerações executivas ou judiciais afetam o modo em que a legislação é realizada, que é contaminada quando considerações legislativas e executivas afetam o modo em que a função judicial é cumprida, e que é contaminada quando tarefas específicas do executivo são confundidas com as tarefas de legislar e de julgar. (WALDRON, 2013, p. 460).

Waldron não está chamando de “contaminação” o sistema de freios e contrapesos que promove o mútuo controle entre as funções de governo. Ele está se referindo a um exercício de determinada função que extrapola suas finalidades específicas, trata essas funções de modo a não distingui-las ou pula etapas.

Assim, a principal característica da atuação do Poder Legislativo é a elaboração de normas gerais. A função legislativa estaria contaminada, portanto, se o Poder Legislativo passasse a aprovar normas específicas destinadas a um indivíduo ou grupo. Isso violaria sua integridade na medida em que não cabe ao Legislativo aprovar normas particulares, e sim normas gerais, com generalidade normativa e justificativa geral. Ao criar normas particulares, a contaminação ocorreria, seja porque um mesmo ramo do governo estaria concentrando duas funções (a criação de normas gerais e particulares), seja porque a sociedade não teria o benefício do Legislativo fazendo seu trabalho distintivo e importante. O papel do princípio da separação dos poderes, nesse caso, é justamente tornar mais difícil a ação de subverter a criação de normas gerais em nome de interesses específicos. Essa seria uma forma de o próprio Poder Legislativo contaminar sua integridade (cf. WALDRON, 2013, p. 560/561). A contaminação da função legislativa pode ocorrer também, no caso de regimes parlamentaristas nos quais o Executivo é um pequeno

comitê do partido dominante no Legislativo, pela confusão da agenda deste com a daquele. Nesse caso, Waldron considera relevante retornar à distinção feita por Locke entre a separação dos poderes em princípio, pois ainda que o exercício de poderes distintos esteja concentrado nas mesmas mãos, para preservar a integridade de cada um dos poderes, deve-se ter clareza a respeito do que compete a cada um deles (cf. WALDRON, p. 561).

Quanto ao Poder Judiciário, a contaminação de sua integridade parece ser mais delicada e complexa, uma vez que, ao fazer uso do poder de interpretação de normas já existentes, os juízes acabam por criar novas normas. Waldron ressalta que a familiaridade que se tem atualmente com a atividade legislativa do Judiciário “não pode nos cegar com relação às dificuldades que isso coloca do ponto de vista da separação dos poderes” (WALDRON, 2013, p. 462). Entre essas dificuldades, o autor destaca a insegurança jurídica gerada pela situação em que, ao aplicar uma norma a um caso concreto, o juiz está ao mesmo tempo criando e aplicando retroativamente a lei. Embora o argumento não fique muito claro na exposição de Waldron, parece que, nesse caso, não ocorre apenas a indistinção entre as funções de legislar e de julgar, mas também é pulada uma etapa do processo de governo articulado, haja vista a lei ser criada no momento de sua aplicação. Na opinião do autor, tais dificuldades não são “nem evitáveis nem insuperáveis, mas elas são o tipo de dificuldades que surgem quando a lógica de uma espécie de função do governo é contaminada por outra” (WALDRON, 2013, p. 463).

Em outros textos, exatamente no intuito de evitar esse tipo de problema, Waldron tem sustentado, vinculando-se ao positivismo jurídico, que a atividade interpretativa do Judiciário deve ater-se à letra da lei, sem apelo a considerações morais ou políticas e tampouco às intenções do legislador, haja vista que o que possui autoridade é somente o texto aprovado pelo Poder Legislativo. Isso, em seu entendimento, é um modo de manter a fidelidade à autoridade do legislador democrático e não promover a indistinção entre as funções do governo (cf. WALDRON, 1999a, p. 119-146).

O autor é, também, um severo crítico do controle de constitucionalidade das leis, pois considera que quando princípios demasiadamente abstratos entram em conflito e demandam interpretação e concretização (por exemplo, questões como aborto, eutanásia, privacidade v. liberdade de imprensa etc.), isso deve ser feito em um fórum político, e não em um fórum jurídico, uma vez que o local de resolução de desacordos morais ou políticos é o Legislativo representativo, e não o Poder Judiciário. Nesse sentido, ele defende o que chama de “controle de constitucionalidade em sentido fraco” (no qual o Poder Judiciário recomenda ao Poder Legislativo a invalidação de uma lei quando entende que ela viola a Constituição), em detrimento do “controle de constitucionalidade em sentido forte” (no qual o Poder Judiciário invalida normas aprovadas pelo Poder Legislativo representativo) (cf. WALDRON, 2006, p. 1346-1406).⁹

No que tange ao Poder Executivo, Waldron salienta que é mais fácil pensar em situações nas quais essa função contamina as atividades dos outros poderes – seja ameaçando a independência do Judiciário, seja minando a integridade do processo legislativo – do que o inverso. Mas a contaminação do Executivo pelas outras funções pode se dar em alguns casos, como a interferência do Poder Judiciário em operações militares ou em assuntos de relações internacionais, ou a imposição de processos deliberativos ao Executivo, assim como o exercício da atividade de legislar. A questão da deliberação e da atividade legislativa promovida pelo Executivo merece atenção especial.

Os processos de deliberação são mais apropriados ao Legislativo do que ao Executivo. Quando praticados pelo Executivo, acabam por tornar as atividades desse poder menos célere. A função específica do Executivo é a criação de estratégias e o planejamento da administração pública, e não necessariamente o debate dos méritos gerais da política. Por mais que acreditemos na democracia deliberativa, diz Waldron,

⁹ Os termos utilizados em inglês são “*strong judicial review*” e “*weak judicial review*”.

“devemos ser cautelosos ao tentar transformá-la em um modo de discussão mais apropriado para um dos outros ramos” (WALDRON, 2013, p. 464).

Mas o que dizer, então, do Poder Executivo criando normas? Não seria isso a assunção de uma responsabilidade legislativa? Não implicaria, assim como no caso do Judiciário criando normas, uma contaminação de uma função por outra? A resposta de Waldron para essa questão é um pouco distinta daquela apresentada para o problema do Judiciário. Aqui ele faz uso do princípio da separação dos poderes, considerado como um princípio político, e não jurídico – no sentido de que se trata de um princípio incorporado pela tradição político-jurídica de muitos países independentemente de constar em uma Constituição específica. A vantagem de considerar esse princípio a partir da perspectiva política é, segundo o autor, que ele pode ser tratado com mais sensibilidade.

Assumindo-se que a elaboração de normas é uma função do Poder Legislativo, o princípio da separação dos poderes requer que, tanto quanto possível, os processos de elaboração da lei e as pessoas que participam desse processo deveriam ser diferentes dos processos e pessoas envolvidas na administração e na aplicação das leis. Aqui, contudo, Waldron relembra novamente do argumento de Locke a respeito da separação dos poderes em princípio (ou em conceito), segundo o qual mesmo que as mesmas pessoas concentrem a realização de funções de poder diferentes, deve haver clareza de que se está diante de funções distintas. Nesse sentido,

O que é importante do ponto de vista da separação dos poderes é que haja um estágio legislativo anterior à aplicação da política de administração, e que a integridade desse estágio seja protegida contra a intromissão, tanto como uma questão de processo quanto como uma questão de mentalidade, do caráter de outras fases da governança. (WALDRON, 2013, p. 466).

Da forma como apresentado por Waldron, o princípio da separação dos poderes, delineado de modo a se distinguir dos princípios da divisão

dos poderes e dos freios e contrapesos, não requer, contudo, que os poderes sejam independentes entre si. Como visto, a ideia de um governo articulado, vinculado tanto ao Estado de Direito quanto à própria separação dos poderes, requer exatamente uma articulação entre esses poderes na medida em que as fases de elaboração, aplicação e interpretação precisam estar conectadas, mas, principalmente, a fase de elaboração e promulgação da lei deve preceder as demais. “Nós queremos essas três coisas”, ressalta Waldron, “cada uma em sua integridade distintiva, para ser encaixadas em um esquema comum de governo que permita às pessoas confrontar o poder político em diferentes modos” (WALDRON, 2013, p. 466).

3 Conclusão

Ao enfrentar essa distinção teórica entre os princípios da separação dos poderes, da divisão dos poderes e do sistema de freios e contrapesos, uma questão que se coloca, sobretudo para os Estados contemporâneos cujas regras de organização e exercício do poder político envolvem uma série de complexidades, é saber em que medida não se tornou obsoleto falar em separação dos poderes. Isto é, diante das inovações nos governos contemporâneos, tais como o uso de alguns mecanismos e termos como “quase judicial”, “justiça administrativa” ou “legislação delegada”, parece irrelevante sustentar a necessidade de uma separação dos poderes.

A distinção conceitual ora em análise, como observa Waldron, não é importante da perspectiva do princípio da divisão dos poderes ou dos freios e contrapesos. Nesse sentido, “um corpo quase judicial é tanto um bom lugar para dispersar o poder quanto para usar como um freio contra outros exercícios do poder como um corpo judicial – o que importa é a dispersão ou o controle, não a taxonomia” (WALDRON, 2013, p. 443). Para o princípio da separação dos poderes, de modo distinto, a taxonomia é fundamental. Mas qual a razão para insistir na importância teórica da separação dos poderes e em seus reflexos nas práticas políticas e constitucionais das sociedades hodiernas?

Apartando-se dos autores céticos em relação à separação dos poderes, Waldron busca uma justificação para a relevância desse princípio na teoria e na prática política e constitucional contemporânea. Em seu entendimento, o ponto central na questão da separação dos poderes é, primeiramente, “a integridade de cada poder ou função distinta – a dignidade da legislação, a independência das cortes e a autoridade do Executivo, cada um entendido como tendo seu próprio papel a desempenhar nas práticas do Estado” (WALDRON, 2013, p. 434); em segundo lugar, o governo articulado, entendido no sentido oposto de indiferenciado, é em si mesmo um valor que se coaduna com o Estado de Direito, sendo ao mesmo tempo uma demanda deste. Desse modo, “a separação das funções executiva, judiciária e legislativa tem alguma importância em nossa teoria constitucional mesmo para além – e acima – da importância de observar qualquer dos princípios que eu mencionei.” (WALDRON, 2013, p. 439). Essa importância manifesta-se no “governo articulado por meio de sucessivas fases de governança, cada uma das quais mantém sua própria integridade” (WALDRON, 2013, p. 467).¹⁰ Ademais, num tom um tanto quanto melancólico, Waldron considera que apesar das práticas político-jurídicas das sociedades atuais não se realizarem de modo a preservar a integridade de cada uma das funções de governo, ainda assim é útil ter uma noção a respeito daquilo que se perdeu.

Em verdade, o esforço empreendido por Waldron na tentativa de atribuir rigor conceitual ao princípio da separação dos poderes parece de muita valia para as sociedades hodiernas, não obstante eventuais argumentos de que o princípio é obsoleto ou de pouco uso no contexto de práticas político-jurídico complexas. Ao chamar atenção para a necessidade de respeito à integridade de cada uma das funções do governo, isto é, às sucessivas fases da governança e aos aspectos distintivos de cada uma dessas funções, o autor lança luz sobre o quanto se macula a própria ideia de Estado de Direito quando as fases são puladas ou quando, mesmo em princípio ou em conceito, a

¹⁰ Itálico no original.

distinção entre as funções é não é mantida. O comprometimento do Estado de Direito, por sua vez, afeta a possibilidade de previsibilidade dos cidadãos com relação às ações de cada um dos ramos do governo, reduz a segurança jurídica e favorece o surgimento de um ambiente no qual a possibilidade do exercício de práticas arbitrárias se torna possível.

Essa tese a respeito do princípio da separação dos poderes corrobora outros pontos importantes que vem sendo defendidos por Waldron em sua teoria da democracia assim como em sua teoria do direito. No âmbito da teoria da democracia, o autor parte do pressuposto de que as sociedades atuais vivenciam desacordos a respeito de concepções de justiça, de moralidade e de política. Nesse contexto, em seu entendimento, a melhor forma de respeitar os desacordos é insistir na dignidade da legislação produzida por um Poder Legislativo representativo e cuidar para que dentro desse poder os diversos interesses em desacordo estejam equitativamente representados, que haja deliberações mediadas por procedimentos, que haja meios de fiscalizar e responsabilizar a representação eleita e que, principalmente, os argumentos apresentados no debate público sejam razoáveis ou de boa fé, isto é, argumentos baseados em razões que as partes envolvidas poderiam aceitar (cf. WALDRON, 1999a, p. 91).

A ênfase atribuída pelo autor à dignidade da legislação o leva a defender que a autoridade do direito reside em sua origem de acordo com procedimentos capazes de incorporar e respeitar os desacordos. A validade do direito está atrelada à observância de tais procedimentos e não pode se respaldar em uma concepção de justiça e/ou moralidade exatamente porque, segundo Waldron, essas concepções são objeto de desacordos. Nesse sentido, o autor corrobora a tese da separação entre direito e moral e vincula-se, no âmbito da teoria do direito, ao positivismo jurídico e, notadamente, a uma vertente do positivismo jurídico contemporânea, denominada *positivismo jurídico normativo*.¹¹

¹¹ O positivismo jurídico normativo é uma vertente do positivismo jurídico que adota não apenas a metodologia descritiva do direito, mas também uma metodologia prescritiva ou normativa, na medida em que é uma visão a respeito do que as decisões jurídicas *devem* implicar. Sobre o positivismo jurídico normativo em Waldron, ver WALDRON, 2001.

Assim, pode-se considerar que a proposta waldroniana de distinguir e conceituar de forma bastante rigorosa o princípio da separação dos poderes possui relevância em dois sentidos: primeiramente, essa distinção complementa e fortalece as teses que o autor vem defendendo seja no âmbito da teoria da democracia, seja no âmbito da teoria do direito; em segundo lugar, ajuda a distinguir e elucidar quais os propósitos e importância de cada um dos princípios envolvidos na atividade de governo, chamando a atenção para o papel que ainda pode ser desempenhado pelo princípio da separação dos poderes na preservação dos ideais que estão na base do Estado de Direito.

Referências

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, Malden, v. 3, p. 2-11, 1995.

GORDON, Scott. **Controlling the state: constitutionalism from ancient Athens to today**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist papers**. Edited by Isaac Kramnick. London: Penguin Books, 1987.

JAUME, Lucien. **La liberté et la loi: les origines philosophiques du libéralisme**. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2000.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964.

_____. **The Portable Thomas Jefferson**. Edited by Merrill D. Peterson. New York: Penguin Books, 1977.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. Edited by Peter Laslett. New York: Cambridge University Press, 1988.

MAYER, David N. **The constitutional thought of Thomas Jefferson**. Virginia: University Press of Virginia, 1994.

McILWAIN, C. H. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do espírito das leis**. Introdução e notas de Gonzague Truc; traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rorigues. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

SAJÓ, András. **Limiting government: an introduction to constitutionalism**. New York: Central European University Press, 1999.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and separation of powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (Orgs.). **Contemporary debates on political philosophy**. Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009. p. 267-282.

_____. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999a.

_____. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript of 'The Concept of Law'. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 410-433.

_____. Separation of Powers in Thought and Practice? **Boston College Law Review**, Newton, v. 54, p. 433-468, 2013.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

_____. **The dignity of legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999b.

Recebido em: 22/07/2015

Aprovado em: 30/09/2015