

A BUSCA PELA ESSÊNCIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM MONTESQUIEU NO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

THE SEARCH FOR THE ESSENCE OF SEPARATION OF POWERS IN THE MONTESQUIEU JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICY

Carolina Scherer Bicca¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Essência do Modelo de Separação De Poderes de Montesquieu; 2 A Nova Configuração das Funções Institucionais dos Poderes Face à Instituição do Estado Democrático Social no Brasil; 3 A Base do Esquema de Robert Alexy acerca das Margens de Discricionariedade do Legislador; 4 A Aplicação da Teoria de Alexy no Campo das Políticas Públicas; Considerações; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente artigo analisará o modelo de separação de poderes proposto por Montesquieu e demonstrará a grande alteração ocorrida em tal arranjo institucional, apontando as principais causas de tal modificação, como a instituição do Estado de Bem-Estar Social, bem como suas consequências, entre elas, o grande fortalecimento do Poder Judiciário. Com isso, proporemos uma forma de conciliar o novo papel de referido Poder com a opção do poder constituinte por uma democracia representativa e pela separação de poderes, o que será efetuado mediante a análise do esquema de Robert Alexy sobre as margens de discricionariedade conferidas ao legislador pela Constituição, a serem observadas pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Montesquieu; Democracia representativa; Separação de Poderes; Robert Alexy; Discricionariedade do Legislador.

ABSTRACT

This article will examine the model of separation of powers proposed by Montesquieu and will demonstrate the great change occurred in such institutional arrangement, pointing out the main causes of such alterations, as the institution of the State of Social Welfare, as well as their consequences, among them, a

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Área de Concentração: Constituição e Sociedade, Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais. Procuradora Federal, carreira vinculada à Advocacia-Geral da União, no exercício do cargo de Procuradora-Chefe do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Endereço eletrônico: carolinascherer@hotmail.com ou carolina.scherer@ipea.gov.br

great strengthening of the judiciary. Thus, we propose a way to reconcile the new role of that referred power with the option of the constituent power of a representative democracy and the separation of powers, which will be made by analyzing the layout of Robert Alexy on the margins of discretion conferred on the legislature by the Constitution, to be observed by the judiciary.

KEY WORDS: Montesquieu; Representative Democracy; Separation of Powers; Robert Alexy; Discretion of the Lawgivers.

INTRODUÇÃO

Atualmente, não se pode negar que o modelo de separação de poderes formulado por Montesquieu restou profundamente alterado². cremos, no entanto, que, por vivermos em um regime democrático, o motivo que levou à proposição de tal modelo, qual seja, a prevenção contra o absolutismo, não deve ser esquecido e deve ser preservado, razão pela qual se demonstra importante estudarmos a base da divisão dos poderes traçada inicialmente pelo filósofo francês.

A partir disso, perceberemos que dentre as modificações ocorridas em referido modelo, aquela que mais se destaca é o fortalecimento do Poder Judiciário, com a sua repolitização e a superlativização de suas funções.

Importante, assim, sejam analisadas as causas dessa transformação, a fim de verificarmos se esse fortalecimento do Poder Judiciário é legítimo ou tem pretensões de "absolutismo".

Analisado tal aspecto verificaremos que uma das causas acima apontadas é o fato de algumas Constituições, entre elas a brasileira, terem instituído um Estado Democrático Social, o que pode ser constatado não através da previsão expressa em tal sentido, mas pela inserção no texto da Constituição de inúmeros direitos

² "No contexto de democracia atual, nota -se a organização dos Estados cada vez mais complexa, ultrapassando os limites conceituais da tripartição de poderes de Montesquieu. A tradicional cláusula dos "poderes independentes e harmônicos" passa a não mais ter ênfase no adjetivo "independentes", o que ressaltaria o órgão, mas sim em "harmônicos", o que sobressai a função." Canotilho, J. J. Gomes (coordenador); Correia, Érica Paula Barcha (coordenador); Piovesan, Flávia; Sarlet, Ingo Wolfgang; Correia, Marcus Orione Gonçalves (coordenador); Tothenburg, Walter Claudius; Rosa, João Luiz Moraes; Federighi, Thaís de Figueiredo; Pereira, Ana Paula Magenis; Tourinho, Camila Galvão, **Direitos Fundamentais Sociais**, Editora Saraiva, São Paulo: 2010, p. 187.

sociais, tendo o magistrado se tornado corresponsável pelo alcance das finalidades de tal Estado, motivo pelo qual não podemos condená-lo por tomar decisões de natureza política.

Como conciliar, assim, esse novo papel do Poder Judiciário, atribuído pela própria Constituição, com a também opção do constituinte por uma democracia representativa e pela separação dos poderes é a grande questão a ser tratada no presente artigo.

A hipótese que mais nos afigura plausível é a adoção de um modelo procedimental-material de Constituição, conforme proposto por Robert Alexy, pois, a partir de tal modelo, a Constituição fixa uma moldura ao legislador, obrigando-o e proibindo-o de algumas coisas, sem lhe retirar toda e qualquer discricionariedade, o que acarretaria ao Poder Judiciário uma inação em relação a tal espaço reservado ao legislador, sob pena de se configurar o desrespeito à separação dos poderes e à democracia representativa.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário estará cumprindo com seu papel de guardião da Constituição e fiscalizando a implementação dos direitos sociais nela previstos, estar-se-ia impedindo com que as funções atribuídas aos demais Poderes, principalmente ao Poder Legislativo, fossem totalmente esvaziadas.

Assim, o esquema das margens de discricionariedade do legislador formulado por Alexy pode ser utilizado para obter-se a conciliação do problema acima proposto, como adiante será demonstrado.

1 A ESSÊNCIA DO MODELO DE SEPARAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU

Foi o político, filósofo e escritor francês Montesquieu que consagrou a separação dos poderes em sua obra máxima "O espírito das leis", tendo ficado famoso pela sua "Teoria da Separação de Poderes".

Ferreira Filho ressalta a importância e a influência que “O espírito das leis” exerceu sobre alguns países, ressaltando que suas lições foram adotadas por aqueles que levaram a termo as Revoluções Americana e Francesa, das quais resultaram Constituições estruturadas segundo a “separação de poderes” à moda de Montesquieu.³

A formulação inicial dos poderes tinha a seguinte configuração: 1) poder legislativo, em que o príncipe ou magistrado faz, corrige ou revoga leis; 2) poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, em que se “faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões; e 3) poder executivo das coisas que dependem do direito civil, em que se “pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos”, sendo estes dois últimos denominados por Montesquieu, respectivamente, como poder executivo do Estado e poder de julgar.⁴

De acordo com Montesquieu, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”.⁵

Assim, o principal objetivo de Montesquieu era receitar uma estrutura de poderes que prevenisse contra o absolutismo, razão pela qual obteve como resultado a prescrição de um mecanismo institucional onde “o poder freie o poder”⁶.

Para Montesquieu o governo ideal era o governo moderado, face à necessidade de que os três poderes não fossem exercidos pelo mesmo homem, devendo ser constituído pela Monarquia - governo de um ordenado para o bem comum – pela Aristocracia - governo dos melhores, ou dos nobres – ordenado para o bem comum - e Democracia - governo do povo ordenado para o bem comum. Para

³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Unb, 1995, p. 118-119.

⁵ MONTESQUIEU, Charles Lous de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. p. 119.

⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**, vol. 868, 2008, p. 54.

que tal governo funcionasse adequadamente, defendeu, então, um mecanismo de neutralização dos poderes.⁷

O Poder Executivo deveria permanecer nas mãos de um monarca, pois “esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é melhor administrada por um do que por muitos”⁸, e devia ser o responsável por cuidar das relações internacionais e de algumas poucas questões internas, como, por exemplo, a segurança⁹. Quanto à iniciativa legislativa, a faculdade de estatuir do Poder Executivo era restrita à sanção, sendo que o rei nem sequer tinha iniciativa legislativa, não podendo apresentar projetos de lei¹⁰, ou seja, não lhe cabia a deflagração do processo legislativo.¹¹

Em relação ao Poder Judiciário, tal Poder deveria ser invisível e nulo, não devendo ser outorgado a um senado permanente, passando a ser neutralizado por si mesmo, em razão do modo de formar os Tribunais, os quais eram constituídos por pessoas extraídas do corpo do povo, durante apenas o tempo necessário para o julgamento de determinada questão, havendo a possibilidade de o criminoso escolher os juízes e de que os juízes escolhidos fossem da condição do acusado. Diante disso, o poder de julgar encontrava limites na própria lei a aplicar, sendo que a sentença do julgador já estava na lei, ou seja, “os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei”.¹²

Montesquieu, entretanto, estabeleceu algumas exceções ao poder de julgar, baseadas no interesse particular de quem devia ser julgado, pois, segundo o filósofo francês, os grandes estavam expostos à inveja, razão pela qual deveriam ser julgados pela câmara legislativa composta de nobres, para que ficassem

⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 56.

⁸ MONTESQUIEU, Charles Lous de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**, p. 121

⁹ MONTESQUIEU, Charles Lous de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**, p. 124

¹⁰ Esta característica é encontrada ainda hoje nos Estados Unidos, onde o Presidente não possui a prerrogativa de apresentar projetos de lei ao Congresso. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 64.

¹¹ MONTESQUIEU, Charles Lous de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**, p. 121-122.

¹² MONTESQUIEU, Charles Lous de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**, p. 120.

sujeitos aos seus pares.¹³ Pode-se cogitar, assim, a intenção de Montesquieu, representante da aristocracia, de proteger a nobreza, a qual ele pertencia.

Outras duas exceções são ainda apontadas, competindo à câmara alta – citada como “um tribunal necessário”- a moderação de eventual rigor da lei em benefício da própria lei e o julgamento do impeachment, em que estavam sujeitos todos os súditos do reino, exceto a Coroa, processo este em que a Câmara dos Lordes podia impor até mesmo a pena capital.¹⁴

No tocante ao Poder Legislativo, referido poder era composto de duas Câmaras, a Câmara Baixa e a Câmara Alta, sendo a primeira destinada a representar o povo e a outra destinada a representar a nobreza, sendo que esta última teria um papel moderador, servindo de contrapeso à primeira. Para Montesquieu o povo era incapaz de discutir os negócios públicos, mas era capaz de escolher alguém mais lúcido do que a maioria dos outros. Defende, então, um modelo representativo, para que o povo faça por intermédio de representantes aquilo que não podia fazer por si mesmo.¹⁵ Distribui, assim, duas tarefas ao corpo de representantes, a de fazer as leis e a de ver se as que fez são bem executadas. A razão do bicameralismo para Montesquieu se devia ao fato de que existia nobreza e povo, sendo que se um e outro estivessem confundidos no Parlamento, a liberdade comum degenerar-se-ia em escravidão.¹⁶

Para Amaral Júnior a característica comum entre os poderes legislativo e executivo era o fato de ambos serem neutralizados pela comunhão, e não pela separação, de funções entre eles, quais sejam, as funções de estatuir e de impedir, característica esta não pertencente ao Poder Judiciário, que, como visto anteriormente, era neutralizado em si mesmo, e, ademais, era mero reproduzidor da lei.

¹³ MONTESQUIEU, Charles Lous de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**, p. 123.

¹⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 58.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles Lous de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**, p. 121.

¹⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 59.

Assim, Câmara Alta e Câmara Baixa limitavam-se pela comunhão das mesmas faculdades de estatuir e de impedir, de modo que, somente pela exata coincidência de vontades é que o poder legislativo estatuiu, pois, do contrário, uma neutralizaria a outra. Ademais, ainda era necessário que o poder executivo não rejeitasse a decisão parlamentar, o que correspondia à sanção, sendo esta a função de estatuir pertencente a referido poder.¹⁷

Esta é, portanto, a essência do modelo de Montesquieu, segundo o qual a constituição fundamental do governo era: o corpo legislativo, composto de duas partes, sendo que uma paralisa a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas as partes, porém, são paralisadas pelo poder executivo, que, por sua vez, é paralisado pelo poder legislativo. A síntese do modelo centrava-se, portanto, na paralisia recíproca decorrente da mútua faculdade de impedir que estes três poderes detinham.¹⁸

De acordo com o autor supracitado os três poderes não eram, na verdade, os poderes de executar, de legislar e de julgar, mas sim o rei (poder executivo), a Câmara Alta e a Câmara Baixa (poder legislativo), sendo que ambos não eram neutralizados pela separação de suas funções, mas, sim, pela comunhão de correlatas faculdades de estatuir e de impedir. Como decorrência, era sobre a pausa ou inação que aqueles “três poderes” deveriam criar, o que ocorria somente se estivessem de acordo, pois, caso contrário, nada ocorria, nada era decidido.

Assim, nesta técnica de limitação do poder é que está a essência do modelo de Montesquieu, sendo que os três poderes delineados pelo filósofo francês compunham o governo moderado que, segundo o filósofo, seria o ideal, conforme ressaltado no início, de modo que o rei representava o elemento monárquico, a Câmara Alta (composta pelos nobres hereditários) o elemento

¹⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 61.

¹⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 61.

aristocrático e a Câmara Baixa (constituída de representantes eleitos) o elemento democrático.¹⁹

Como se verificou, na concepção do filósofo francês, os Poderes Legislativo e Executivo, especialmente o primeiro, eram predominantes em relação à função judicial, sendo o magistrado um mero reproduzidor da lei, tanto que Montesquieu nem se preocupou em instituir uma forma de neutralização de suas funções por parte dos demais poderes, sendo ele neutralizado apenas por si mesmo, em razão da composição do Tribunal e de sua forma de julgar.

Hoje, o papel dos três poderes tem uma conotação bastante distinta, o que pode ser atribuído a inúmeros fatores havidos ao longo do tempo, como: o surgimento do pós-positivismo e o aparecimento de outros movimentos, como o neoconstitucionalismo²⁰, e o rompimento com o modelo de Estado em alguns países, com a implantação do Estado de Bem Estar Social.

Como o presente artigo não comporta a discussão de todas as causas, passaremos a tratar apenas da última, em face da sua inequívoca contribuição para a alteração do papel de referidos poderes, e nos restringiremos ao caso do Brasil.

2 A NOVA CONFIGURAÇÃO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DOS PODERES FACE À INSTITUIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, embora não o tenha reconhecido expressamente, adotou o modelo de Estado Democrático Social no Brasil, por

¹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 63.

²⁰ De acordo com Elival da Silva Ramos: "Quando se procura compreender o que é o neoconstitucionalismo para poder analisá-lo criticamente, aceitando-o ou rejeitando-o, constata-se que se está diante de elaboração imersa em tamanhas fragilidades, que não passa de muito mais do que um "modismo intelectual" (...) "Se há algo próprio ao neoconstitucionalismo em matéria de Teoria da Interpretação é o exagero na valorização dos princípios constitucionais. Não se trata da afirmação do caráter vinculante das normas-princípio, algo que o constitucionalismo *tout court* já houvera incorporado de há muito e sim de autêntica principiologização do Direito Constitucional, que passa a desprezar regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. Editora Saraiva: 2010, p. 279-283.

terem sido inseridos no bojo da Carta inúmeros direitos sociais que não deixam dúvidas quanto a isso²¹.

Nesse sentido, Elival da Silva Ramos afirma que:

Diversas passagens da Carta de 1988 não deixam dúvidas de que o sistema político democrático estruturado pela Constituição não é o de padrão liberal clássico e sim o do welfare state: os objetivos fundamentais da República brasileira, assinalados no artigo 3º; o generoso elenco de direitos sociais, boa parte deles consubstanciando créditos a prestações estatais; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; e os poderosos e variados instrumentos de intervenção no domínio econômico.²²

Conforme Lenio Streck o novo texto constitucional rompeu com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados.²³

Fabio Konder Comparato, ao se referir ao Estado Social, afirma que: “A atribuição prioritária dos Poderes Públicos, torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país.”²⁴

De acordo com o supracitado autor uma das conseqüências dessa quebra de paradigma promovida pelo Estado Social foi a perda da hegemonia da lei, passando ela a ter um caráter instrumental, voltada à concretização de políticas públicas destinadas à implementação de programas de ação governamental, sendo que:

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização

²¹ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 71.

²² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. p. 268-269.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-16.

²⁴ COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 35, p. 39-48, abr/jun. 1998, p. 45.

constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora de Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.²⁵

Por mais que o Poder Executivo tenha assumido um papel primordial neste contexto, por ser o responsável pelo planejamento das políticas públicas, discordamos com o autor supracitado apenas no tocante a titularidade do papel hegemônico caber agora ao Poder Executivo, pois, afinal, tal Poder continua sendo neutralizado pelo Poder Legislativo, que pode, por exemplo, derrubar o veto do Presidente da República²⁶, ou rejeitar uma medida provisória, ou, ainda, deixa-la perder a eficácia por decurso de prazo²⁷. Na verdade, entendemos que a hegemonia passou a ser do Judiciário, como adiante será demonstrado.

Conforme enfatiza Tércio Sampaio²⁸:

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

²⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. p. 44.

²⁶ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

²⁷ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

(...)

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

²⁸ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994, p. 18.

exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.

Com isso, ressalta o autor, a posição do juiz restou alterada, sendo ele corresponsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.²⁹

Essa alteração, todavia, é alvo de tensões e acirradas discussões, pois o Poder Judiciário foi “repolitizado”, mas não se pensou em mecanismos de neutralização de seu Poder, sendo ele ilimitado, o que fulmina com a própria essência do modelo de separação de poderes pensado por Montesquieu, que, como frisado no começo deste artigo, era a prevenção contra o absolutismo.

As discussões aumentam diante de decisões como, por exemplo, a adotada, recentemente, durante sessão extraordinária da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em que foi negado provimento ao Recurso Extraordinário nº 368564, interposto pela União contra autorização do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para realização de tratamento em Havana, Cuba, a um grupo de pessoas portadoras de uma doença rara (retinose pigmentar), que leva à perda progressiva da visão, em que pese a existência de um laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) afirmando não existir tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil. No presente caso, mesmo não havendo cura para a doença em questão, o que acarreta um custo inócuo ao erário público, decidiu a Suprema Corte, mesmo assim, autorizar o tratamento, a fim de não frustrar a esperança dos requerentes.

Assim, devemos retornar à pergunta inicial deste artigo: como conciliar esse novo papel do Poder Judiciário, atribuído pela própria Constituição, com a também opção do constituinte por uma democracia representativa e pela separação dos poderes?

Entendemos que a harmonização entre as funções institucionais dos três poderes e a correspondente limitação do poder judicial pode ser alcançada, por exemplo,

²⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? p. 19.

mediante a adoção da teoria de Alexy acerca das margens de discricionariedade pertencentes ao legislador, como se verá a seguir.

3 A BASE DO ESQUEMA DE ROBERT ALEXY ACERCA DAS MARGENS DE DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR³⁰

Analisando a relação entre Constituição e Legislativo, Alexy aduz que a opção por uma constituição puramente procedimental, que não apresenta nenhum dever ou proibição material que limite o legislador, devendo o mesmo apenas ficar adstrito às normas de forma, competência e procedimento, sendo tanto sua competência material quanto sua discricionariedade ilimitada, não é compatível com a vinculação do legislador aos direitos fundamentais.

Por outro lado, a adoção de uma constituição puramente material, em que ela contém proibições e deveres para todo tipo de situação, não havendo nenhuma liberdade do legislador para decidir, sendo eliminado qualquer tipo de discricionariedade, viola "o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado"³¹.

Propõem, então, como modelo de Constituição a ser seguido o modelo material-procedimental, quando a sua teoria dos princípios³² seria capaz de fixar uma moldura ao legislador sem lhe retirar toda e qualquer discricionariedade, pois referida teoria pode obriga-lo e proibi-lo de algumas coisas e, quanto ao resto, nem obrigar nem proibir.

A partir daí, a moldura ficaria delimitada da seguinte maneira: a moldura é aquilo que é obrigatório ou proibido, sendo que aquilo que se encontra no interior da moldura é o que é facultado, sendo isso a discricionariedade do legislador, cuja extensão é delimitada pelo que é juridicamente válido em relação às normas constitucionais.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, PÓS-FÁCIO. *Passim*.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 581-582.

³² Para Alexy, na sua Teoria dos Direitos Fundamentais, os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização.

Alexy distingue essa discricionariedade, que ele denomina de discricionariedade estrutural, da discricionariedade epistêmica ou cognitiva, que se configura quando não é possível o conhecimento acerca daquilo que é proibido, permitido e facultado pela Constituição, decorrendo ela, portanto, não dos limites do que a Constituição proíbe ou faculta, mas dos limites da capacidade de se conhecer tais limites.

A discricionariedade estrutural pode ser de três tipos: a) para definir objetivos; b) para escolher meios; e c) para sopesar, quando deverá ser observada a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas – as máximas da adequação³³, da necessidade³⁴ e da proporcionalidade em sentido estrito, que representarão aquilo que é considerado “otimização” para a teoria dos princípios.

Conforme Alexy, os exames da adequação e da necessidade demandam a existência de uma relação entre meio e fim, mas nem sempre é simples, pois, pode ser que não haja conhecimentos suficientes que possam levar a uma decisão segura sobre um ou outro caminho, de modo que, nesse caso, a decisão do legislador deveria ser aceita, pois o mesmo possui uma prerrogativa de avaliação e decisão para a opção entre diferentes caminhos potencialmente adequados para se atingir um objetivo legal.

Ressalta-se aí a importância das discricionariedades epistêmicas, cujo problema surge tanto no exame da adequação quanto no da necessidade.

Em relação à máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ela expressa a otimização em relação a princípios colidentes, sendo que princípios devem realizar-se da maneira mais ampla possível, tanto em relação às possibilidades fáticas, quanto às possibilidades jurídicas, que são determinadas principalmente pelos princípios colidentes.

De acordo com Alexy, a discricionariedade epistêmica suscita uma das questões mais polêmicas em relação à teoria dos princípios, pois o problema deste tipo de

³³ Ela elimina meios não adequados.

³⁴ Dentre dois meios aproximadamente adequados, deve-se escolher o que menos intervenha no direito fundamental, sendo vedado seu sacrifício desnecessário.

discricionariedade deve ser resolvido pelo sopesamento entre princípios materiais e princípios formais.

Conforme acima aludido, referida discricionariedade surge quando não se sabe ao certo aquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais.

Tal incerteza pode ocorrer em face da insegurança das premissas empíricas ou normativas. A insegurança empírica representa um importante papel nos exames da adequação e da necessidade, já a insegurança normativa relaciona-se com a dúvida quanto a melhor quantificação dos direitos em questão e com o reconhecimento ao legislador de uma área dentro da qual ele pode decidir de acordo com suas próprias valorações.

Conforme Alexy, poderia se pensar que tal tipo de discricionariedade deveria ser negada ao legislador, pois se uma intervenção a um direito pelo legislador pode ser fundamentada com base em uma premissa incerta, então, esse direito poderia não ter uma proteção devida, nos casos em que a premissa que fundamenta a intervenção for equivocada.

Ademais, poder-se-ia dizer que os princípios devem ser realizados da melhor maneira possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes, assim, o reconhecimento de tal tipo de discricionariedade ao legislador significa admitir que os direitos não sejam realizados plenamente.

Ressalta Alexy, entretanto, que, se isso fosse o único fator a ser observado, só poderia haver restrição em um direito fundamental quando as premissas empíricas fossem certas, de modo que, se essa veracidade não puder ser constatada, poderia partir-se apenas das premissas empíricas mais vantajosas ao direito, não se justificando em relação a elas a intervenção ou a não-garantia de proteção.

Para o autor, é aí que se revela o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Tal princípio não estipula nenhum conteúdo, mas apenas cuida da competência para definir conteúdos, podendo

também ser chamado de princípio procedimental, decorrendo dele que “as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado”.³⁵

Assim, conforme Alexy, há uma colisão entre o princípio formal e o princípio material de direito fundamental, na medida em que este último refuta a competência do legislador para adotar decisões desvantajosas para o direito fundamental, nos casos em que as premissas empíricas forem incertas, enquanto o primeiro defende exatamente tal competência.

Ressalta o autor que referida colisão apresenta dois tipos de solução bem diferenciada. Uma pautada na precedência absoluta do princípio material, cuja consequência seria que o legislador, ao intervir em um direito fundamental, somente o poderia fazer se estivesse diante de premissas empíricas comprovadas. Mas como se sabe que conhecimentos empíricos verdadeiros quase nunca estão presentes, a precedência desse princípio acarretaria uma total inação pelo legislador, sendo que, de acordo com Alexy, essa solução não pode ser a de uma Constituição que prevê um Poder Legislativo e, ainda por cima, que o alce à condição de legitimado democraticamente de forma direta, o que não estaria de acordo com o princípio da separação dos poderes e com o princípio democrático.

Pondera, entretanto, que “a incerteza não pode ser suficiente, enquanto tal, para fundamentar uma discricionariedade para prognósticos por parte do legislador que seja infensa ao controle por parte da jurisdição constitucional.”³⁶

Assim, para Alexy, deve-se buscar por soluções intermediárias, como exigir-se o mesmo grau de certeza para todas as intervenções em direitos fundamentais, ou diferentes graus de certeza, conforme forem as diferentes intervenções.

De acordo com a teoria dos princípios, quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, maior deverá ser a certeza das premissas que fundamentam tal intervenção.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 615.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 617.

Alexy faz, ainda, uma importante ressalva em relação à admissão da tomada de decisões com base em uma discricionariedade epistêmica, pois, eventualmente essa decisão poderá ser incorreta, o que poderia acarretar lesões a direitos fundamentais e, ainda, sem que o Tribunal Constitucional pudesse invalidá-la, pois infensa a controles.

De acordo com o autor a discricionariedade epistêmica e os princípios formais parecem levar a uma divergência entre “normas de ação”, as quais ditam o que é proibido, obrigatório e facultado ao legislador, e “normas de controle”, direcionadas ao controle do legislador pelo Tribunal.

A principal objeção aos princípios formais reside em que a discricionariedade epistêmica é incapaz de conciliar a vinculação do legislador com os direitos fundamentais e com a Constituição.

Mas para o autor, deve-se distinguir o quanto de divergência os princípios formais criam e se, realmente, essa divergência existe.

Quanto à primeira indagação, Alexy sustenta que os princípios formais somente criariam essa divergência se eles fossem capazes de afastar direitos fundamentais e, ainda, se eles pudessem o fazer por completo.

Ressalta o autor, todavia, que o princípio formal da competência decisória do legislador não é forte o suficiente para afastar um princípio material de direito fundamental, só podendo o fazer se conectados a outros princípios materiais.

Tanto no caso de uma discricionariedade cognitiva empírica, presente quando as premissas empíricas que sustentam a intervenção são incertas, quanto no caso de uma discricionariedade cognitiva normativa, em que os pesos dos princípios são incertos, os princípios formais apenas participam das competências decisórias em relação às incertezas na relação entre os princípios materiais. Tão logo a incerteza desapareça, os princípios formais também somem. Logo, não se pode sustentar que a concepção jurídica do legislador deva ser respeitada apenas por razões formais.

Concluindo sua teoria, Alexy reforça a assertiva de que são possíveis avaliações racionais acerca das intensidades de intervenções e graus de importância, sendo viáveis também cognições racionais no sopesamento. Ademais, quanto maior a intervenção em um direito fundamental, maior é também o seu poder de resistência e a viabilidade de cognição de “diferenças graduais”.

Sustenta o autor, assim, que “o grau de divergência nos casos de admissibilidade de uma discricionariedade cognitiva é, em geral, limitado e controlável”.³⁷

Em relação à efetiva sustentabilidade dessa divergência, sustenta que a defesa de que sempre é exigível uma convergência entre o que é válido e o que pode ser considerado válido em virtude dos direitos fundamentais redundaria no postulado segundo o qual só se deve agir em uma situação ideal de cognição, mas isso acarretaria no pagamento de um preço muito alto, qual seja, reconhecer a incapacidade de ação do legislador.

Conforme Alexy, a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais é parte da essência da Constituição, pois aquelas que garantem direitos fundamentais o fazem organizando ações coletivas e, ao mesmo tempo, assegurando direitos individuais.

Finaliza o autor, assim, afirmando que as discricionariedades cognitivas adicionam um limite epistêmico à restrição material, limite este requerido pela Constituição como um todo, fazendo com que, a partir daquilo que a Constituição como um todo exige, não haja nenhuma divergência. A discricionariedade cognitiva, portanto, conjuga-se com o direito fundamental, internalizando-o. Ainda que a divergência persista cravada como um espinho no princípio de direito material, tal espinho é o preço que os direitos fundamentais devem pagar pela sua institucionalização no mundo na forma como ele é, o que lhe traz um ganho considerável.

Após expormos a base do esquema de Alexy sobre as margens de discricionariedade do legislador, nos cabe demonstrar como ela pode ser aplicada

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 626.

no campo do controle judicial das políticas públicas, pois é através delas que o Estado implementa a maioria dos direitos sociais impostos pela instituição do Estado Social em nosso país.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DE ALEXY NO CAMPO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A teoria de Alexy, acima abordada, embora focada basicamente nos direitos fundamentais individuais e na restrição a tais direitos, também pode ser utilizada em relação aos direitos sociais, que são aqueles que demandam uma prestação material por parte do Estado.

As políticas públicas são as principais responsáveis pela implementação dos direitos sociais, sendo tais políticas resultantes de um conjunto de processos – eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, administrativo – “visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”³⁸, processos estes que culminam, muitas vezes, na edição de uma norma, cuja principal função é conformar e tornar exequível o direito social instituído pela Constituição.

A Constituição não detalha com exatidão os direitos sociais, mas apenas institucionaliza-os, sem definir um prazo para a concretização do direito, definindo apenas algumas diretrizes, de modo que tais direitos necessitam de providências legislativas e administrativas para serem efetivamente implementados.

Conforme Krell:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação”. Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da constituição. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas

³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. (organizadora) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos.³⁹

A partir disso, duas situações poderão se apresentar: a) o legislador se omite na conformação da política, fazendo com que ela permaneça inexecutável; e b) o legislador, ao conformar o direito social, através da adoção de políticas públicas, restringe o direito.

Em relação à primeira hipótese, a força normativa atribuída à Constituição obriga o legislador a adotar as medidas necessárias para a concretização do direito dentro de um prazo razoável, de modo que, em se extrapolando excessivamente o tempo transcorrido, sua omissão será inconstitucional.

No tocante à segunda situação, qual seja, quando o legislador restringe o direito ao proceder à conformação da política, necessário que se esclareça ser possível e, muitas vezes, necessária a restrição de direitos, principalmente de direitos sociais, em face da existência de fatores condicionantes.

Para Canotilho tais direitos têm a sua proteção condicionada a uma série de fatores, designados por pressupostos de direitos fundamentais, entre eles “capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa”.⁴⁰

Nessa hipótese, deverão ser observadas a adequação e a necessidade da restrição imposta pelo legislador, de maneira que em elas sendo desarrazoadas, também se configurará um comportamento inconstitucional pelo legislador.

Em ambos os casos, ou seja, em o legislador se omitindo ou impondo restrições inadequadas, o controle judicial estará legitimado.

³⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2002, p. 22.

⁴⁰ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Editor Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 431.

Rogério Gesta Leal, ao tratar do controle jurisdicional das políticas públicas, aduz que se estará diante de uma situação que autorize o controle jurisdicional das políticas públicas “quando o Legislativo ou Executivo agirem de modo desarrazoado ou procederem com a clara intenção de neutralizar ou comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais”.⁴¹

Assim, a aplicação do esquema de Alexy sobre a discricionariedade do legislador se demonstra pertinente no campo das políticas públicas quando da análise da omissão do legislador e da adequação e da razoabilidade de eventual restrição imposta pelo mesmo ao direito social, tendo em vista os meios utilizados e os fins a serem alcançados pela norma concretizadora da política pública em questão.

Para tanto, necessário, em primeiro lugar, que se defina a moldura constitucional a que o legislador está adstrito, em face do direito social previsto na Constituição, de modo que em a restrição efetuada situando-se naquele espaço reservado ao legislador, que é o interior da moldura, não se pode afirmar que a política adotada seja inadequada ou desproporcional.

Por outro lado, pode ser que a moldura constitucional não seja de clara demonstração, não se sabendo ao certo o espaço de liberdade concedido ao legislador, hipótese em que sua decisão deverá ser respeitada, pois configurado está um caso de discricionariedade epistêmica, do qual decorre a preponderância do princípio formal da competência do legislador, em detrimento do princípio material do direito fundamental, conforme anteriormente dito.

A fim de verificarmos a aplicação prática de referida teoria aos direitos sociais podemos citar, por exemplo, o direito ao Benefício de Prestação Continuada – BPC, previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988.

Através do supracitado dispositivo constitucional foi instituída “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso

⁴¹Sarlet, Ingo Wolfgang. (organizador) **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Volume I, Tomo I, Anuário 2004/2005 Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2006, p. 160.

que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Ao mesmo tempo em que o poder constituinte criou o benefício a ser pago ao idoso e ao deficiente, delegou a sua conformação ao legislador, tendo sido concedida a ele certa discricionariedade.

O legislador, no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, estipulou um critério de renda familiar no valor de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para fins de concessão de referido Benefício. Ao proceder desta forma, acabou por restringir o direito social em questão.

Da leitura dos dispositivos constitucionais que permeiam a concretização de referido benefício, entretanto, não se pode afirmar que o legislador transbordou os limites da moldura constitucional a que está adstrito, pois fora respeitada a garantia de um “mínimo existencial” e, ao mesmo tempo, cumprira-se com o dever de observância da seletividade e da distributividade na concessão do benefício, conforme determina o inciso III do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal. A constitucionalidade de referido benefício fora, inclusive, atestada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.231 – DF.

Assim, ainda que o direito social tenha sido restringido e, com isso, alguns cidadãos não tenham sido contemplados com o benefício em questão, não pode o magistrado, sob o pretexto de que se devem adotar outros critérios de miserabilidade que, a seu ver, são mais adequados, alterar a política pública adotada, adentrando no espaço reservado ao legislador quando foram respeitadas as margens de discricionariedade a que ele estava adstrito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente o modelo de separação de poderes atribuído a Montesquieu, apesar de ter sido superado, mantém o seu espírito vivo em relação a sua essência,

sendo assente em todas as democracias a necessidade de distribuição de funções entre diferentes órgãos, evitando-se a concentração do poder.

Ao longo de tanto tempo, muitas poderiam ser as causas da transformação do arranjo institucional pensado pelo filósofo francês, mas, diante da nossa realidade, escolhemos apenas aquela que se demonstra mais latente, qual seja, a instituição do Estado Democrático Social no Brasil.

A partir da adoção deste modelo de Estado, os três Poderes da República passaram a ter de atuar positivamente na implementação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, sendo todos eles responsáveis pelo sucesso das finalidades políticas de tal Estado.

Diante da “repolitização” do Poder Judiciário, o papel do juiz restou alterado, devendo o mesmo fiscalizar a discricionariedade do legislador na conformação das políticas públicas que concretizam aqueles direitos, a fim de garantir que os mesmos sejam implementados conforme exigido pela Constituição.

Referida atuação, todavia, deve ser limitada, pois, afinal, estamos diante de uma democracia representativa e devemos respeitar a opção do constituinte em prever a separação de poderes.

Uma forma de limitar a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas é a defendida por Alexy ao estipular o esquema da discricionariedade do legislador, a partir da consideração de que a relação entre Constituição e legislador deve se dar mediante a adoção do modelo material-procedimental, pois, através de referido modelo, a Constituição proíbe e permite algumas coisas ao legislador e, ao mesmo tempo, faculta-lhe outras, sem retirar-lhe totalmente sua discricionariedade, de modo que a atuação do Poder Judiciário deve limitar-se a análise da discricionariedade do legislador quanto aos meios e finalidades previstos na norma, sendo que, em a lei sendo razoável e adequada, o juiz não poderá invalidá-la apenas sob o argumento de que o seu critério é o mais adequado, ou seja, não pode ele se fazer substituir pelo legislador.

Com isso, torna-se possível conciliar esse novo papel do Poder Judiciário, que lhe foi atribuído com a instituição do Estado Social, com a opção do constituinte por uma democracia representativa e uma estrutura institucional pautada na independência e harmonia entre os poderes.

Assim, a essência do modelo proposto por Montesquieu fica preservada, prevenindo-se contra o absolutismo, uma vez que todos os Poderes, inclusive o Judiciário, ficam limitados de alguma forma.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. (organizadora) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Editor Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes (coordenador); Correia, Érica Paula Barcha (coordenador); Piovesan, Flávia; Sarlet, Ingo Wolfgang; Correia, Marcus Orione Gonçalves (coordenador); Tothenburg, Walter Claudius; Rosa, João Luiz Moraes; Federighi, Thaís de Figueiredo; Pereira, Ana Paula Magenis; Tourinho, Camila Galvão, **Direitos Fundamentais Sociais**, Editora Saraiva, São Paulo: 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 35, p. 39-48, abr/jun. 1998.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

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

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2002, p. 22.

BICCA, Carolina Scherer. A busca pela essência da separação de poderes em Montesquieu no controle judicial das políticas públicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito Das Leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Unb, 1995, p. 118-119.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. Editora Saraiva: 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. (organizador) **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Volume I, Tomo I, Anuário 2004/2005 Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.