

A NOVA FACE DA SEPARAÇÃO DE PODERES - CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, VINCULAÇÃO DOS PODERES E CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO

CÍNTIA MORGADO

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução; 2. O desenho original: perspectivas histórica e substancial; 2.1. A perspectiva histórica; 2.2. A perspectiva substancial; 3. Transformações do estado constitucional: indicadores histórico, teórico e institucional; 3.1. O indicador histórico e a relação entre a separação de poderes e os elementos do estado constitucional contemporâneo; 3.2. Os indicadores teóricos: a doutrina da efetividade, a normatividade dos princípios e a ordem objetiva de valores; 3.2.1. A doutrina da efetividade; 3.2.2. A teoria dos princípios; 3.2.3. A ordem objetiva de valores; 3.3. O indicador institucional; 4. O novo desenho da separação de poderes; 4.1 as perguntas sem resposta e os fenômenos híbridos sem explicação; 4.2. Capacidades institucionais e profissionalismo; 4.3. A vinculação dos poderes aos direitos fundamentais: controle recíproco contra a omissão; 4.4. Cooperação e diálogo contra competição e separatismo; 5. Conclusões; Referências.

1. Introdução

Há mais de vinte anos, o professor Boaventura de Souza Santos concluiu, com a mudança de paradigma dominante das ciências naturais, que o conhecimento científico pós-moderno só poderia se realizar enquanto tal, na medida em que se convertesse em senso comum, na medida em que se traduzisse em autoconhecimento e sabedoria de vida.¹

No mundo das ciências, paradigma² é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.³ E enquanto aquele modelo for aceito, pode-se dizer que os problemas surgidos receberão soluções possíveis.⁴ No entanto, a sucessão de anomalias e questões não respondidas de forma satisfatória pode levar à crise do paradigma vigente, abrindo espaço para o surgimento de teorias revolucionárias, que propõem a substituição do objeto e da forma como as perguntas devem ser feitas, revendo as premissas de um modelo.⁵ Destaca-se o colapso das idéias de autonomia

¹SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 5ª. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008, p. 91.

²Do grego *paradeigma*, exemplo, modelo, padrão, protótipo.

³KUHN, Thomas. A Estrutura das Revoluções Científicas. Disponível em: <http://www.sul-sc.com.br/afolha/pag/revolucao_cientifica.htm>. Acesso em 19/09/2008.

⁴KUHN, Thomas. A Estrutura das Revoluções Científicas. Disponível em: <http://www.sul-sc.com.br/afolha/pag/revolucao_cientifica.htm>. Acesso em 19/09/2008.

⁵A temática sobre a crise de paradigmas foi abordada por Gustavo Binbenojn na seara do Direito Administrativo. Para tanto, v. Uma Teoria do Direito Administrativo - direitos fundamentais, democracia e constitucional-

das ciências e do desinteresse do conhecimento científico, que durante muito tempo constituíram a ideologia espontânea dos cientistas, perante o fenômeno global da industrialização da ciência, tendo o poder econômico papel decisivo na definição de prioridades científicas.⁶

A crise de paradigmas, que ocorreu nas ciências naturais, também se fez presente nas ciências sociais, incluindo o Direito. Após a II Guerra Mundial, o Direito foi chamado a rever alguns modelos, entre eles, o positivismo, afastado de elementos morais; a previsão mínima de direitos individuais, sem a preocupação com a garantia de recursos materiais indispensáveis ao exercício dos primeiros, com a necessidade de intervenção do Estado na economia; a crise da lei e dos Parlamentos. Para além desses exemplos, outro paradigma em crise ou em remodelação no Direito Constitucional é a separação de Poderes, consagrado como *doutrina* na obra de Montesquieu e como *princípio* nas Constituições do século XVIII.

Esse modelo tripartite, desenhado para evitar o abuso do poder, de acordo com as ideologias liberais, já não pode mais ser utilizado em sua forma e conteúdo iniciais, eis que mudaram as circunstâncias históricas, sociais, teóricas e filosóficas que o cercam, aqui e em outros cantos do planeta.

E por conta do novo universo subjacente, a fórmula original já não responde a muitas perguntas e gera fenômenos híbridos que não se sustentam na categoria inicial. E, por isso, para se realizar enquanto conhecimento e norma, a separação de Poderes e o próprio Direito precisam responder novas perguntas e dar conta dos novos fenômenos, de modo a tornar mais sábia a vida dos Poderes e a de quem devem servir: o povo.

Nosso intento, então, será abordar a nova face da separação de Poderes. Na primeira parte, abordaremos a separação de Poderes em sua origem, sob a perspectiva histórica e substantiva, bem como demonstraremos sua relação com aspectos daquele momento, tais como direitos fundamentais, separação entre Estado e sociedade e a noção iluminista da lei. Na segunda parte, nosso estudo está relacionado com as transformações ocorridas no Estado Constitucional, com a introdução de teorias jurídicas que moldaram a nova forma de pensar a função estatal, bem como alterações institucionais de cada Poder. Frisaremos a ascensão do Poder Judiciário, decorrente em grande parte dos fenômenos e teorias anteriores, e a partir da constatação de suas novas funções, faremos alguns questionamentos, de modo a vislumbrar sua adequação ou não ao modelo original. Então, pretendemos, ao final, propor alguns elementos novos ou repaginados que devem ser levados em conta para a configuração da atual separação de Poderes.

2. O desenho original: perspectivas histórica e substantiva

2.1. A perspectiva histórica

A *doutrina*⁷ da separação de Poderes recebeu sua consagração na obra de

zação. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27.

⁶SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*, p. 56.

⁷Aqui foi adotada a distinção de Nuno Piçarra entre *doutrina* da separação de poderes e *princípio* da separação de poderes. A primeira dedica-se à análise e à prescrição dos equilíbrios e limitações entre os grupos sociais, enquanto o princípio constitucional diz respeito à estrutura do poder político-estatal. É uma separação normativa dos poderes. PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimбра Editora, 1989, pp. 231 e 232

Montesquieu.⁸ Em sua clássica obra, O Espírito das Leis, o autor francês asseverou que não seria possível a existência de liberdade se o poder estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimitado e tenderia o homem ao abuso. E, por isso, o exercício das atividades estatais deveria ser dividido entre três Poderes, de modo a formar um repouso ou uma inação.⁹

O princípio da separação de Poderes, por sua vez, foi, pela primeira vez, proclamado, de modo solene, como dogma político fundamental da organização democrático-constitucional, em algumas Constituições das colônias norte-americanas¹⁰, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e na Constituição norte-americana de 1781.¹¹ Neste período, impulsionado pelas revoluções liberais, ganhou vulto o movimento constitucional, que impôs o chamado conceito ideal de constituição, apresentando como elementos materiais caracterizadores os seguintes: a) sistema de garantias da liberdade; b) princípio da divisão dos Poderes; c) constituição escrita.¹² Com base neste ideal, estabeleceu-se o conceito negativo de Constituição, ou sua *ratio essendi*¹³, que proclamou que não teria Constituição a sociedade na qual não estivesse assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos Poderes.¹⁴

No Estado Liberal, no qual ficou consagrado o princípio, vigoraram como pontos de referência e influência para separação de Poderes, os direitos de liberdade, além do afastamento entre Estado e sociedade, e a noção iluminista da lei. A lei, obra da razão humana e dos representantes do povo, era a única fonte de criação do Direito, sendo chamado o princípio para garantir a supremacia do Poder Legislativo, não se admitindo que outros órgãos controlassem ou limitassem sua função. Por sua vez, a separação Estado-sociedade decorria da crença liberal na auto-suficiência do homem, livre para buscar atingir seus ideais de vida, não cabendo ao Estado interferir na vida individual nem garantir ao indivíduo meios necessários para tanto. E, por fim,

⁸Outros autores também ofereceram alguma contribuição anteriormente. John Locke é considerado um precursor de Montesquieu. Embora considerasse o Legislativo um poder superior ao Executivo, vislumbra a necessidade de separar aquele que cria a norma do que a implementa, para evitar o abuso. Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 92 e 109. Encontramos subsídio também na obra de Rousseau, que separa os Poderes em Legislativo e Executivo, mas também considera superior o primeiro, sem um equilíbrio total entre eles. ROSSEAU, Jean-Jacques. Textos filosóficos, trad. Lúcia Pereira de Souza. Rio de Janeiro: Coleção Leitura - Editora Paz e Terra, 2002, p. 7

⁹MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, p. 173. Convém mencionar a célebre frase do controle do poder pelo poder. "Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir V. De l'esprit des loix. Belles Lettres, 1950, p. 52. Disponível em <<http://books.google.com.br/>>.

¹⁰Cite-se, como exemplo, a Constituição de Massachusetts, em 1780, Parte I, art. 30. O dispositivo proibia que um poder exercesse as atribuições de outro poder. HAMILTON, Alexander et al. *The Federalist*. Masters, Smith and Company, 1852, p. 225. Disponível em <<http://books.google.com/books?id=FRcn-oeNq7gC&pg=RA1-PA6-IA1&dq=the+federalist#PRA1-PA224,M1>>.

¹¹TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de direito constitucional. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 582.

¹²CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 6ª. ed., 1993, pp. 62 e 63.

¹³CANOTILHO, *op. cit.*, p. 687.

¹⁴A noção foi plasmada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, votada a 2 de outubro de 1789 pela Constituinte da França Revolucionária, que estabeleceu: *Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*. LE BAS, Philippe. *France, dictionnaire encyclopédique*, Paris, 1842. Disponível em <<http://www.books.google.com>>.

no que se refere às liberdades individuais, o princípio era chamado a funcionar como limitador do poder político, ou seja, buscava o equilíbrio entre os Poderes, de modo a garantir sempre a abstenção do Estado.¹⁵

Ocorre que o Estado Liberal e o princípio da separação de Poderes sofreram diferentes conformações na Europa e nos Estados Unidos. Enquanto na família da *Civil Law*, o princípio foi chamado a garantir a soberania do Parlamento, impedindo que houvesse controles recíprocos entre os Poderes, eis que estes não estavam equiordenados, dando à separação de Poderes o papel de garantidor da supremacia de um dos órgãos; na família da *Common Law*, em especial nos Estados Unidos, a idéia liberal de primado da lei não gerou a noção de supremacia do legislador, com uma visão mais realista da função jurisdicional e de um princípio de constitucionalidade, além da desconfiança da antiga colônia em relação ao abuso do Parlamento inglês. Desta feita, todos os Poderes estariam no mesmo patamar, porque submetidos à Constituição, o que contribuiu para o surgimento de técnicas de interferência equilibrantes entre os Poderes, o denominado sistema de *checks and balances*.¹⁶

2.2. A perspectiva substancial

As contribuições doutrinárias e as conquistas históricas, aos poucos, conformaram o conteúdo de separação de Poderes em duas idéias-força: especialização conjugada com adequação funcional e controle recíproco. A primeira idéia-força refere-se ao ajuste entre funções e órgãos, ou seja, à divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Se, por um lado, a especialização funcional¹⁷ é uma exigência da eficiência na consecução dos objetivos do Estado, por outro, não basta dividir atribuições para evitar o abuso, sendo importante a adequação funcional.¹⁸ Ocorre que não há uma equivalência total entre atividade orgânica e função. Na verdade, a cada órgão do Estado seriam atribuídas funções típicas, em predominância, e atípicas¹⁹, evitando a concentração de uma mesma função num só organismo.

¹⁵PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 145 e 146.

¹⁶Uma das grandes contribuições da América para o princípio da separação de poderes foi o sistema de freios e contrapesos, que pretendia estabelecer o verdadeiro equilíbrio entre os Poderes, colocando a supremacia na Constituição e não no Parlamento, e admitindo o *judicial review*. A seguir, cabe mencionar a alusão ao sistema pelos Federalistas. "Divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other (...). These inventions of prudence cannot be less requisite in the distribution of the supreme powers of the state. HAMILTON, Alexander et al. *The Federalist*. Masters, Smith and Company, 1852, p. 240. Disponível em <<http://books.google.com/books?id=FRcn-oeNq7gC&pg=RA1-PA6-IA1&dq=the+federalist#PRA1-PA224,M1>>.

¹⁷José Horácio Meirelles Teixeira destaca a importância da especialização, para quem legislar, administrar e julgar são funções diferentes, exigindo qualidades e aptidões também diferentes. V. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de direito constitucional. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

¹⁸Canotilho leciona que a *adequação funcional* pressupõe que órgãos de soberania são, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idôneos e adequados para o exercício de funções que lhe são atribuídas. *Op. cit.*, p. 689. Embora Canotilho faça menção aos dispositivos da Constituição Portuguesa, o regime também é aplicável à Constituição da República Brasileira (art. 95, parágrafo único).

¹⁹O exercício dessas funções atípicas ocorre quando o Poder Legislativo exerce funções administrativas (art. 51, IV, Constituição Federal de 1988) ou jurisdicionais (art. 52, I, Constituição Federal de 1988); ou quando o Poder Executivo exerce funções legislativas (art. 84, XXVI, Constituição Federal de 1988) ou jurisdicionais (no contencioso administrativo); ou quando o Poder Judiciário exerce funções legislativas (art. 96, I, "a", Constituição Federal de 1988) ou executivas (art. 96, I, "f", Constituição Federal de 1988).

Por sua vez, a segunda idéia-força configuradora do princípio da separação dos Poderes é uma consequência da primeira. Embora seja possível fazer uma transposição entre funções e órgãos, de modo que cada órgão incorpore uma função específica, não há verdadeiramente uma separação orgânico-funcional rígida e estanque, cabendo intercessões entre eles. Tais canais de comunicação se manifestam por mecanismos de coordenação e interdependência – o que reforçará a fiscalização e os controles recíprocos com o fim de alcançar o equilíbrio entre os Poderes.²⁰ Deste modo, constata-se que todos os Poderes são subordinados à Constituição, não havendo um Poder superior sobre os outros, os quais estão no mesmo patamar. E, neste sentido, os controles recíprocos, através do sistema dos *checks and balances*, ocorrem para garantir o equilíbrio entre eles. Observa-se, neste sentido, que o objeto dos freios e contrapesos é o controle, que pode ratificar e retificar os atos de um Poder pelo outro.²¹⁻²²

3. Transformações do estado constitucional: indicadores histórico, teórico e institucional

3.1 O indicador histórico e a relação entre a separação de Poderes e os elementos do Estado Constitucional Contemporâneo

Durante o século XX, assistiu-se à derrocada da política liberal. Multiplicaram-se as ocasiões em que se tornava essencial que o governo governasse.²³ O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do efetivo gozo acabara gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização de justiça social.

Ora, o tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil, oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para afastar o perigo interno e externo, ou seja, o Estado “guarda noturno”, tornou-se obsoleto. Sinal da mudança dos tempos veio com a promulgação das Constituições Mexicana²⁴, de 1917 e de Weimar²⁵, de 1919, representantes do advento do constitucionalismo social,

²⁰PICARRA, *op. cit.*, p. 13.

²¹Francisco Sá Filho propõe que, de um lado, há interferências retificativas, e de outro lado, há interferências ratificativas. As primeiras corrigem, censuram, impugnam, desaprovam ou mesmo revogam. As segundas confirmam, anuem, aprovam, aquiescem, placitam. SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre poderes do estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, pp. 41 e 42. O autor menciona como exemplos o veto e a sanção das leis, respectivamente.

²²Por sua vez, Diogo de Figueiredo propõe outra classificação quanto ao objeto, agrupando as funções de controle em quatro modalidades básicas, que podem vir a se combinar em tipos mistos: controle de cooperação, controle de consentimento, controle de fiscalização e controle de correção. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Interferências entre poderes do estado*. Brasília: Revista Informação Legislativa, nº 26, 103, jul./set. 1989, p. 14.

²³A expressão é de Eric HOBBSBAWM. *A Era dos Extremos. O breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

²⁴Os dispositivos sobre os direitos da segunda dimensão estão dispersos pelo texto constitucional, embora os mais essenciais sejam os arts. 27 e 123. O primeiro refere-se à questão agrária e o segundo refere-se ao trabalho e à previdência social.

²⁵A Carta estabelecia organização liberal, de um lado, e direitos sociais, de outro, e foi criticada por ter uma contradição absoluta. No entanto, serviu de modelo para outros países, como o caso da Constituição brasileira

acentuado após a II Guerra Mundial, quando surgiram outras Cartas Fundamentais, em que se relacionavam os novos direitos sociais.²⁶

Na configuração do Estado Contemporâneo, não vigoram mais os mesmos pontos de referência que desenharam o Estado liberal, trazendo consequências para o princípio da separação de Poderes. A incorporação de novas funções estatais, tais como a previsão de direitos sociais ligados à saúde, educação, previdência, decorreu da admissão de que a garantia de liberdades individuais em um capitalismo nada civilizado não era suficiente para que os homens fizessem suas escolhas.

Caem por terra a separação Estado-sociedade e o Estado de legislação parlamentar, além de ser modificada a noção dos direitos fundamentais. Enfraquece a proposta divisão entre Estado e sociedade, com a chegada de novos direitos e prestações por parte do Estado, complemento dos direitos fundamentais da liberdade, quando se reconhece que é necessária a intervenção estatal na vida social.²⁷

Ademais, muda a natureza dos direitos fundamentais, que exigem com mais acento prestações positivas do Estado, diferentemente dos direitos individuais do Estado liberal, de natureza essencialmente negativa, servindo o princípio da separação dos Poderes para cumprir o papel de evitar o agigantamento do poder. Ora, o princípio da separação enquanto limitador do poder político garante o gozo efetivo dos direitos da liberdade, pois busca a abstenção do Estado. Mas como se comporta o princípio da separação de Poderes, quando o Estado deve garantir outros direitos através de atuações positivas?²⁸

Neste sentido, o princípio da separação dos Poderes não é mero instrumento a serviço do primado da lei e do monismo do parlamento-legislador, mas um aparelho a serviço do controle e da limitação dos Poderes constituídos.²⁹ O Poder Judicial, guardião dos direitos fundamentais, é visto aqui como uma espécie de contra-peso do Poder Legislativo e do Poder Executivo e não como poder nulo, corolário daquele monismo. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial não são autores de seu próprio poder, mas, sim, a Constituição, ato do superior Poder Constituinte. Por isso, qualquer dos Poderes constituídos está vinculado aos direitos fundamentais que a Constituição consagra.³⁰

3.2. Os indicadores teóricos: a doutrina da efetividade, a normatividade dos princípios e a ordem objetiva de valores

Nesta seara, não pretendemos tratar ainda de uma alteração teórica da própria separação de Poderes, mas de marcos doutrinários que permitiram um aumento

de 1934. SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982 *apud* PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9014>>. Acesso em: 19/09/2008.

²⁶A Constituição espanhola de 1978 apresenta a partir de seu art. 39 disposições expressas sobre direitos sociais. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>. A Constituição portuguesa de 1976 apresenta a partir do art. 58 os direitos sociais, econômicos e culturais. Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/

²⁷ PICARRA, *op. cit.*, p. 152.

²⁸PICARRA, *op. cit.*, pp. 187 e 188.

²⁹PICARRA, *op. cit.*, p. 196.

³⁰PICARRA, *op. cit.*, p. 196.

considerável de funções do Poder Judiciário. Sem esses aportes, não seria possível, hoje, debater sobre um redesenho institucional no Brasil, destacando-se a doutrina da efetividade, a teoria dos princípios e a noção de ordem objetiva de valores.

Esses desenvolvimentos teóricos fazem parte de um dos traços do neoconstitucionalismo³¹, ao lado dos textos constitucionais e de práticas jurisprudenciais, eis que a ciência jurídica não tem uma função meramente contemplativa do objeto, contribuindo de forma decisiva para criá-lo.

3.2.1. A doutrina da efetividade

A doutrina brasileira da efetividade, surgida anteriormente à convocação da Assembléia Constituinte, teve como antecedentes históricos a insinceridade normativa, eis que não havia preocupação com a distância entre o texto e a realidade, e como precursores doutrinários autores focados na eficácia jurídica das normas constitucionais, sem considerar se produziram efeitos no mundo dos fatos.³² A idéia da nova doutrina era aproximar o mundo do dever-ser ao mundo do ser, dando juridicidade à Carta Constitucional, de modo que suas normas gozassem de imperatividade como toda e qualquer norma jurídica. E, para isso, a previsão do poder de ação e de inúmeros remédios constitucionais garantidores dos direitos constitucionais, tais como o *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, foi de fundamental importância. Como consequência, o Judiciário passou a ser a instância responsável pela implementação de garantias não cumpridas pelos outros poderes públicos.

Ancorada na idéia de força normativa da Constituição a pretensão de alterar a vida real deveria se equilibrar com os limites do texto, como lecionava Konrad Hesse.³³ Nada obstante houvesse a pretensão de que o texto conformasse a realidade política e social, seria necessária a correlação entre constituição jurídica e constituição fática, eis que a primeira não poderia deixar de considerar as circunstâncias e forças históricas de seu tempo e local.³⁴

No entanto, os critérios formais de definição de efetividade foram apenas o ponto de partida para novos estudos, mais preocupados com a fundamentação de categorias do direito, o que permitiria um avanço em sua concretização. Embora não queiramos desmerecer importância da doutrina da efetividade, há que se criticar a percepção de Norberto Bobbio de que o problema dos direitos fundamentais seria o de protegê-los e não de justificá-los.³⁵ Também devem ser perquiridas justificações

³¹Miguel Carbonell menciona que há três níveis distintos de análise do neoconstitucionalismo. O primeiro refere-se aos textos constitucionais, surgidos após a segunda guerra mundial, que traçam competências e separam os poderes públicos, além de conter altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do estado por meio de ordenação de fins e objetivos. O segundo elemento são as práticas jurisprudenciais, com a utilização de parâmetros interpretativos novos. O terceiro nível são os desenvolvimentos teóricos, como a teoria dos princípios e a técnica de ponderação. CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editorial Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2007, pp. 9 a 11.

³²BARROSO, Luis Roberto. A Doutrina Brasileira da Efetividade. In: Temas de Direito Constitucional, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 63 a 67.

³³HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

³⁴HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la constitución*, op. cit., p. 69.

³⁵BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43.

para os direitos do homem e para outras categorias jurídicas, dando maior força à sua proteção. Autor que ilustra bem essa passagem é Cláudio Pereira de Souza Neto que concorda que os critérios formais advindos do “constitucionalismo brasileiro da efetividade” não eram capazes de dar vazão à vontade da Constituição³⁶, eis que os mecanismos tradicionais de efetivação têm se mostrado incapazes de dar conta de seu intuito e de realizar suas promessas. Por isso, foi retomado o discurso da fundamentação filosófica dos direitos humanos, fornecendo subsídios para a atividade político-legislativa e para a atividade judicial de concretização do direito, especialmente dos direitos fundamentais.³⁷

Neste sentido, contribuiu para o enriquecimento do estudo anterior a teoria dos princípios. Previstos na Carta Constitucional, os princípios consagram conceitos alçados à categoria de pressupostos legitimadores da ordem jurídica, e podem, por conta de sua centralidade axiológica, assumir uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, permitindo, inclusive, a concretização judicial da Constituição independentemente de mediação legislativa.³⁸ E, assim, os princípios passaram a ser considerados fontes de alta dignidade normativa.³⁹

3.2.2. Teoria da normatividade dos princípios

Antes de alcançar a categoria de normas jurídicas, os princípios seguiram uma trajetória normativa em três fases: jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista.⁴⁰ Na primeira fase, os princípios assumiram uma dimensão metafísica e abstrata. Em um segundo estágio, os princípios ingressaram nos códigos como fonte subsidiária do Direito. Por fim, no período pós-positivista, os princípios passam a ser “fonte das fontes”⁴¹, acentuando a hegemonia axiológico-normativa dos princípios.

Os princípios ganharam status de norma jurídica, superando a crença de que teriam dimensão puramente axiológica, ética e sem eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna assentou o entendimento de que as normas constitucionais dividem-se em duas categorias diversas: os princípios e as regras, e no Brasil, o impulso dessa teoria se deve ao desenvolvimento das idéias de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Alexy enunciou que tanto regras quanto princípios são normas, eis que delimitam razões para juízos concretos do dever-ser.⁴² Os princípios, mandados de otimização, em sua concepção podem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas,

³⁶SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz dos princípios democráticos. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 300.

³⁷SOUZA NETO, op. cit., p. 302.

³⁸A doutrina da efetividade conjugada com a normatividade dos princípios, a seguir estudada, permitiu que princípios da moralidade e da impessoalidade ganhassem densidade jurídica e aplicabilidade direta e imediata, extraindo de seus significados todos os efeitos possíveis. Por isso mesmo, sem regra expressa, foi possível a partir dos mencionados princípios extrair a vedação ao nepotismo nos três Poderes da República, conforme Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 13.

³⁹SOUZA NETO, op. cit., p. 305.

⁴⁰BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 230.

⁴¹BONAVIDES, op. cit., p. 265.

⁴²ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

mas também de possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já, as regras, que contém uma determinação, sempre serão ou não serão satisfeitas.⁴³ Por sua vez, Dworkin, ao elaborar um ataque ao positivismo, propõe que o Direito opera com três padrões, ou seja, regras, princípios e políticas (policies).⁴⁴

Os princípios dado o seu caráter aberto a valores, alto grau de generalidade, permitiram uma abertura do sistema constitucional à evolução no tempo e a influência de elementos não previstos expressamente. Ao manusear os princípios, foi inevitável que atuação judicial fosse mais criativa.

3.2.3. Ordem objetiva de valores

A Constituição, por conseguinte, pode ser considerada, no esteio das produções pós-positivistas, como sistema normativo aberto de princípios, regras e procedimentos de mais elevada hierarquia do direito positivo, elaborada de forma democrática e de conteúdo de acordo com os direitos fundamentais. Destaca-se que um sistema puramente de regras, com termos definitivos, poderia gerar segurança, mas não haveria espaço para complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente aberto, em especial, em sociedades contemporâneas marcadas pelo pluralismo.⁴⁵

Dentro da perspectiva da Constituição como sistema normativo aberto, há que se fazer menção a um sistema de direitos fundamentais. Importa nesta seara destacar que os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão: uma subjetiva e outra objetiva, que correlacionam o conteúdo dos direitos fundamentais, limitando-os e conformando-os de acordo com interesses individuais e sociais.⁴⁶ O nascimento da idéia de que os direitos fundamentais consagram, além da dimensão subjetiva, de defesa do cidadão contra o Estado, uma dimensão objetiva, ou seja, que incorporam uma ordem de valores objetiva, surgiu em 1958 com o julgado da Corte Constitucional Alemã, chamado “caso Lüth-Urteil”.⁴⁷ Em nome da liberdade de expressão, direito

⁴³ALEXU, *op.cit.*, p. 90.

⁴⁴DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 35 e 36. O autor considera o conceito de princípio mais restrito, pois para ele tais normas conteriam razões para direitos individuais. Ao cuidar de interesses coletivos, o termo utilizado pelo autor seriam políticas (policy), diferentemente de Alexy, que engloba no conceito de princípio direitos individuais e interesses coletivos. ALEXU, *op.cit.*, p. 116.

⁴⁵CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 6ª. ed., 1993, p. 1250.

⁴⁶ANDRADE, José Carlos Vieira de *apud* Fábio de Oliveira. Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade. 2ª. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

⁴⁷“Sentença 7, 198. O cidadão alemão *Erich Lüth*, conclamou, no início da década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por *Veit Harlan*, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “*Jud Süß*”, de 1941). *Harlan* e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra *Lüth*, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conchamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5

fundamental consagrado na Carta Constitucional, que se irradia para o ordenamento jurídico infra-constitucional, inclusive disposições do Código Civil, a Corte cassou sentença de tribunal estadual que violara o direito da parte de expressar sua opinião, condição essencial à dignidade humana, na medida em que os direitos fundamentais seriam direitos de defesa e também uma ordem histórica e principiológica de valores.

A Constituição, nas palavras da Corte, não se constituiria em ordem neutra, senão que forneceria princípios objetivos para pautar a vida em comum, fato que se expressa num recrudescimento da força de validade dos direitos fundamentais. De outro modo, a dimensão objetiva, decorrente da idéia de que os direitos fundamentais expressam determinados valores da comunidade, traz consigo a constatação de que devem ser valorados não apenas sob a perspectiva individualista, mas também sob o ponto de vista social, da comunidade. Aqui, percebe-se o papel do constitucionalismo como corretivo do legalismo, eis que aperfeiçoa o direito escrito. E, ao se adotar a compreensão de uma ordem valorativa extraída do todo da Constituição, o Tribunal Constitucional abre espaço para utilização da ponderação e da proporcionalidade, instrumentos operacionais de um sistema aberto, terreno para o desenvolvimento e criatividade jurisprudencial.⁴⁸

Assim, a doutrina da efetividade, a teoria dos princípios e a noção de ordem objetiva de valores serviram de aporte doutrinário para o recrudescimento e consagração do Poder Judiciário como solucionador e garantidor das promessas da Carta Constitucional. Desta feita, percebe-se que os aportes doutrinários acima, aliados à Constituição de 1988, de conteúdo compromissório e com elenco extenso de direitos individuais, políticos e sociais, permitiram que os tribunais manusessem a Constituição como norma jurídica, dotada de imperatividade e a aceitação de que os princípios são um tipo de norma jurídica, com caráter aberto a valores, com uma atuação mais criativa e criadora.

3.3. Os indicadores institucionais

A configuração institucional do atual Estado Constitucional Brasileiro em nada se parece com a do período de surgimento do princípio da separação de Poderes, em que o Legislativo era dotado de supremacia, o Executivo era mero administrador e o Judiciário era a mera “boca” que pronunciava as palavras da lei.⁴⁹ Devemos citar mudanças drásticas relativas aos papéis e ao desempenho de cada um

I 1 GG. O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.” V. SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível na Internet: <www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_7738_1.pdf>. Acesso em 21/09/2008.

⁴⁸LEAL, Mônia Clarissa Henning. Jurisdição Constitucional Aberta – reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 71.

⁴⁹MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2005.

dos Poderes, com ênfase no novo papel do Judiciário, em decorrência de mudanças históricas, do texto constitucional e também da colaboração doutrinária anteriormente mencionada.

O Poder Legislativo sofreu duas crises profundas: a crise da função legislativa e a crise de legitimidade. No Estado promocional, com exigências intervencionistas, desfigura-se a estrutura clássica e a qualidade formal das leis.⁵⁰ De normas, com caráter de generalidade e abstração, com vocação para a permanência, passam a ser soluções, um aparelho político⁵¹, com comandos individuais e concretos⁵², deliberados a atender a interesses parcelares e conjunturais. No lugar de um instrumento racional, com valia ética, passa-se a um instrumento estratégico e tecnológico, informado por padrões de eficácia.⁵³

No entanto, considerando as novas necessidades, restou patente a incapacidade de o Parlamento responder às expectativas nele depositadas, caracterizando a morosidade e ineficiência no exercício da função, destacando-se como fatores determinantes: a falta de conhecimento técnico⁵⁴, a estrutura colegiada e deliberativa, de composição numerosa e plural⁵⁵, a inaptidão do processo legislativo clássico para se adaptar às exigências contemporâneas, a premência do tempo em relação ao volume de regras a ser aprovado, a necessidade de adaptação a circunstâncias locais ou transitórias e a frequência de medidas de urgência.⁵⁶ Além da função legislativa, pode-se considerar como típica função do Parlamento de controle dos atos da Administração Pública exercida pelas comissões parlamentares de inquérito⁵⁷, bem como a exercida com o auxílio dos Tribunais de Contas com vistas à fiscalização de contas públicas.

O Parlamento sofre ainda crise de legitimidade, considerando os sucessivos escândalos de corrupção, com disfunções no financiamento eleitoral e na forma de captação de votos⁵⁸, relações não republicanas entre Executivo e

⁵⁰Houve uma perda dos seus contornos distintivos, seja porque sua qualidade interior é cada vez menor (leis contraditórias e lacunosas), seja por conta do pluralismo quanto à sua origem (diversas fontes produtoras da lei) MONCADA, Luis S. Cabral de. Ensaio sobre a lei. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 6.

⁵¹Para Nuno Piçarra, no estado contemporâneo, assiste-se a instrumentalização do jurídico pelo político. A lei tende a se tornar ato típico da função política e forma típica de decisão política. *Op. cit.*, p. 254.

⁵²As características conformadoras e programadoras do Estado do Direito contemporâneo determinam o seu inevitável recurso a medidas ou providências concretas, não reconduzíveis a atos de execução ou aplicação de norma prévia. V. PIÇARRA, *op. cit.*, p. 255.

⁵³MONCADA, *op. cit.*, pp. 89 e 90.

⁵⁴Os congressistas não são eleitos levando em conta seus conhecimentos técnicos. E, mesmo dotados de equipes preparadas que criassem leis esmiuçando todos os aspectos da área objeto de regulação, isto engessaria as normas pertinentes ao setor, pois o processo legislativo não deixou de ser lento, e por isso não pôde acompanhar o ritmo frenético de evolução tecnológica a exigir mudanças legislativas constantes e rápidas.

⁵⁵Centenas de congressistas, de muitas correntes políticas, de tendências contraditórias, não reúnem, evidentemente, os requisitos próprios para uma obra legislativa homogênea e consistente.

⁵⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 17ª. ed., rev. e atual., 1989, pp. 137 e 138.

⁵⁷Devem cingir-se à esfera de competência do Congresso Nacional sem invadir atribuições dos outros Poderes do estado, não podendo legitimamente imiscuir-se em fatos da vida privada nem se investir na função de polícia ou perseguidor criminal. BARROSO, Luis Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 12 dez./jan./fev. 2008, Salvador, p. 5.

⁵⁸A doutrina destaca vícios que remanescem no seio do sistema partidário-eleitoral brasileiro, como o assistencialismo e o fisiologismo, que viciam a vontade popular através de prestações sociais desencadeadas por critérios exclusivamente eleitorais e de distribuição de cargos públicos segundo possibilidades de captação de

parlamentares, utilização de cargos públicos em benefício próprio. Os vícios destacados decorrem de um quadro partidário instável e fragmentado, mistura explosiva capaz de levar a perigosos impasses e à ingovernabilidade.⁵⁹ A instabilidade relacionava-se à infidelidade partidária⁶⁰, eis que as relações entre os Poderes não eram institucionais, mas sim sujeitas a um desgastante processo de negociação individual. A fragmentação constituiu um sério problema para a governabilidade, porque não se conseguia maioria parlamentar senão por meio de coalizão entre partidos, o que não se trata de maioria estável num sistema partidária de baixa disciplina.⁶¹

A atividade política, desprendida da sociedade civil, passou a ser um fim em si mesmo, um mundo à parte, visto com indiferença e, às vezes, com desconfiança. Por isso, para combater o desprestígio que abate a representatividade legislativa torna-se necessária uma Reforma Política, que produza alterações em relação à legitimidade democrática, à governabilidade e às virtudes republicanas⁶², na tentativa de resgatar o papel político dos legisladores na democracia.

O papel do Poder Executivo também recebeu novos contornos. Com o aumento da intervenção do Estado na economia e nos problemas sociais, e a incapacidade de o Parlamento legislar com o tempo e a técnica necessária, os órgãos diversos da Administração Pública passaram a criar regulamentações cada vez mais inovadoras, adequando-se aos padrões abertos deixados pelas leis. Ademais, a previsão de medidas provisórias e sua utilização abusiva e sem parâmetros diminui ainda mais o papel do Poder Legislativo, com a pauta cada vez mais comprometida com a votação das medidas. O advento das agências reguladoras demonstra, ainda, a mudança da estrutura da Administração, inicialmente unitária e agora policêntrica.⁶³ Ademais, com o exercício de funções quase-legislativas e quase-judiciárias, sem representantes eleitos, os órgãos reguladores levaram a doutrina a criar muitos questionamentos sobre o papel e a localização destes órgãos na separação de Poderes.

Desta feita, o que se afigura é que o Poder Executivo divide a função de criação do Direito com o Legislativo, através de medidas provisórias e de inúmeros regulamentos, que ainda que com caráter executivo, também inovam, minimamente, não sendo meros reprodutores da lei.

Por fim, destaca-se a ascensão institucional do Poder Judiciário. A função jurisdicional tem por fim aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo

votos. Para o adequado funcionamento da democracia, o voto deve ser a autêntica e eficaz expressão da vontade popular, pois, do contrário, permite a colonização do debate e discurso político, ou seja, o poder e dinheiro substituem a linguagem como meio de relação intersubjetiva. V. MARTINS, Fernando Barbalho. Do Direito à Democracia: Neoinstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 89.

⁵⁹SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças, mimeografado, 2008, p. 12.

⁶⁰O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da infidelidade partidária (MS 26602, MS 26603, MS 26604), asseverando que a legenda pertence ao partido e não ao parlamentar.

⁶¹SILVA, José Afonso da. Harmonia entre os poderes e governabilidade. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 1, pp. 25 a 35, jan./mar. 2006. Frank Michelman considera que o sistema presidencialista somado a um sistema plural de partidos é muito problemático para a governabilidade. Considerando que o Presidente divide a função de elaboração de leis com o parlamento, necessita sempre de grande esforço para conseguir o apoio de vários partidos, que não necessariamente formam a mesma base política. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n.3, pp. 642 a 729, jan. 2000.

⁶²Neste sentido, Luis Roberto Barroso. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. Revista de Direito do Estado, ano 1, n. 3, jul/set. 2006, p. 288.

⁶³BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 241.

regular, produzindo, afinal, coisa julgada⁶⁴, com o que substitui, definitivamente, a vontade das partes⁶⁵, determinando o direito que estas têm de cumprir.⁶⁶ Para aplicar a norma ao caso concreto, fazendo incidir a hipótese legalmente prevista sobre a realidade dos fatos, o julgador deve interpretar a norma, não havendo como separar a operação de *aplicação* da operação de *interpretação*.

No entanto, houve um tempo em que o juiz era visto como mero aplicador mecânico da lei, sendo a interpretação exclusiva do legislador.⁶⁷ No atual estado constitucional de direito, ao interpretar, o juiz não serve à vontade do legislador⁶⁸, com recurso aos velhos métodos subjetivistas de interpretação, que remontam à época da soberania do parlamento, mas, sobretudo, aos valores plasmados no texto constitucional aberto, posto que aquele deixou de monopolizar as escolhas políticas fundamentais.⁶⁹

Neste sentido, há que se reconhecer que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade, devendo haver uma preocupação com o grau, os modos, limites e a legitimidade da criatividade judicial. É o próprio papel do juiz colocado em face do papel do legislador, uma vez que ambos passam a ser vistos como criadores do direito.⁷⁰

Em síntese, as causas para o aumento da criatividade dos juízes são as seguintes: a) expansão dos Poderes Legislativo e Executivo durante a emergência do Estado social interventor, representando o necessário contrapeso à paralela expansão dos “ramos políticos do Estado moderno; b) vícios e defeitos das leis, como imprecisão e ambigüidade⁷¹, exigindo novas soluções hermenêuticas; c) legislação que encarna direitos sociais, projetados no futuro, com natureza promocional, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado⁷², deslocando-se progressivamente das regras de conduta para as medidas e acomodações institucionais; d) proclamação de catálogo de direitos fundamentais, elevados a nível

⁶⁴A distinção entre a função jurisdicional e a função administrativa estaria na imutabilidade de sua decisão, bem como no fato de a primeira ser uma atividade de substituição. FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 212.

⁶⁵BASTOS, *op. cit.*, p. 139. Enquanto a legislação edita normas de caráter geral e abstrato, dirigindo-se indistintamente a todas as pessoas, a jurisdição se destina a aplicá-las na solução das lides, com exceção da ação direta de inconstitucionalidade. SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, pp. 523 e 524.

⁶⁶BASTOS, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁷GRAU, *op. cit.*, p. 260. Trata-se do princípio da reserva interpretativa Na França, durante a monarquia absoluta, era obrigatório apelar ao legislador para resolver dúvidas ocorridas na prática (*refere au législativ*). MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 74. A interpretação era vista com total desconfiança e considerada até perigosa por manifestar sentimentos reacionários dos juízes, por obscurecer o direito e dar azo à arbitrariedade do julgador. MONCADA, Luis S. Cabral de. Sobre a interpretação da Constituição. In: MONCADA, Luis S. Cabral de. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 465.

⁶⁸MAXIMILIANO, *op. cit.*, pp. 15 a 17, 23 e 25.

⁶⁹MONCADA, Luis S. Cabral de. Ensaio sobre a lei. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 174. Na hierarquia das fontes de direito, a substituição da lei pela constituição, vista esta como ordem material de valores, reabilitou a interpretação. MONCADA, Luis S. Cabral de. Sobre a interpretação da Constituição. In: MONCADA, Luis S. Cabral de. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 466.

⁷⁰CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril Editor, 1999, pp. 20 e 21; 24 a 27.

⁷¹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*, pp. 19 e 44.

⁷²CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabril Editor, 1989, pp. 21 e 22.

constitucional⁷³, e) massificação das sociedades industriais⁷⁴, com necessidades e conflitos de natureza coletiva, exigindo nova postura do Judiciário, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, com os protetores de novos direitos difusos e coletivos.⁷⁵

No controle de constitucionalidade, podem ser citados exemplos mais agudos da criatividade jurisdicional, com inovação no ordenamento jurídico. As decisões atípicas, de natureza aditiva ou manipulativa, exemplo de como situações intermédias⁷⁶ exigem do julgador soluções mais flexíveis do que a simples declaração de inconstitucionalidade, e adequam o texto infraconstitucional à norma maior, acrescentando⁷⁷ ou retirando⁷⁸ partes do mesmo. Nada obstante essas decisões estejam calcadas no princípio da interpretação conforme, o intento de proteger a norma tem se convertido em seu contrário⁷⁹, posto que ultrapassados os limites estabelecidos para a utilização da técnica decisória como intenção do legislador e literalidade do texto. Trata-se de violação ao princípio da separação de Poderes ou em nome da supremacia constitucional e dos valores encontrados nas normas constitucionais, a Corte pode inovar?

Outro exemplo de criatividade da Corte advém da mudança na utilização do mandado de injunção. Se antes se limitava a dar ciência ao órgão legislativo, instada a se manifestar novamente sobre a ausência de norma regulamentadora para o direito de greve dos servidores públicos, a Corte mudou sua orientação e elaborou norma para o caso concreto, eis que a omissão sobre a lei de greve dos servidores era ilegítima, passados, na época, quase vinte anos desde a promulgação da Constituição.⁸⁰

⁷³CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*, pp. 40 e 61.

⁷⁴CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*, pp. 21 e 22.

⁷⁵Se adotasse, a simples postura de negação e rejeição, recusando-se a entrar na arena dos conflitos coletivos e de classe, tal atitude negativa teria a consequência prática de excluir o judiciário da possibilidade de exercer influência e controle justamente naqueles conflitos de importância mais capital nas sociedades modernas. V. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*, pp. 59 e 60.

⁷⁶CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 6ª. ed., 1993.

⁷⁷As sentenças aditivas acrescentam ao texto normativo algo não previsto pelo legislador ordinário. No voto vencido do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da lei sobre a utilização de células-tronco, foi utilizada a técnica da interpretação conforme, estabelecendo-se condições para que a lei fosse considerada constitucional, dentre elas, a previsão de um órgão vinculado ao Ministério da Saúde. ADI n.3510, voto disponível no Informativo nº 508 do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁸As sentenças manipulativas modificam o sentido do texto, retirando partes do dispositivo. No julgamento da ADI n.2652, na qual era atacado o art. 14 do Código de Processo Civil, o Supremo retirou exceção criada pela Lei nº 10.358/2001, que ofendia o princípio da igualdade. “Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação ao parágrafo único do art. 14 do código de processo civil, na redação dada pela lei 10.358/2001. Procedência do pedido. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.

⁷⁹Neste sentido, o próprio Gilmar Ferreira Mendes detecta a transformação do princípio da interpretação conforme. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸⁰A maioria dos Ministros decidiu pela aplicação da Lei nº 7783, de 1989 aos servidores públicos, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Lewandovski, que estabeleciam algumas restrições quanto ao seu exercício do direito de greve. A decisão foi tomada nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712.

A ampliação de funções do Poder Judiciário também é sentida no âmbito executivo. As funções administrativas, de execuções de políticas públicas e implementação de textos normativos, também passaram a ser tocadas pelo Judiciário. A amostra mais sensível desse fenômeno é a judicialização de direitos sociais. A omissão dos poderes públicos ou as falhas na concretização de políticas de saúde e educação têm chegado de forma crescente ao Judiciário. Mas será que os juízes têm condições de avaliar de forma global a adoção de políticas públicas? Não feriria a separação de poderes a interferência judicial sobre aspectos que demandam certa discricionariedade?

Em face da legislação social que define as finalidades e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos à gradual transformação do presente e formação do futuro, o papel do juiz não pode limitar-se a decidir de maneira estática. Ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricionária, ou inerte, está alinhada aos programas prescritos pela legislação social.⁸¹ Os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem um ramo. E então é difícil que eles não dêem a própria contribuição à tentativa do Estado em tornar efetivos tais programas de ação, de não contribuir para fornecer concreto conteúdo a princípios e finalidades: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que por ser prescrito legislativamente, cabe aos juízes fazer respeitar.⁸² Assim, a criatividade da função jurisdicional não esbarra apenas na função legislativa, mas também na função executiva e nas escolhas orçamentárias. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou de forma favorável, mas com reservas, à possibilidade de o Judiciário controlar a adoção de políticas públicas, estas precipuamente determinadas pelo Legislativo e pelo Executivo.⁸³

⁸¹CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores, p. 41.

⁸²CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores, p. 42. Defende Ricardo Lobo Torres que, com a judicialização da política, o juiz deixa de ser mero aplicador formalista da lei para se tornar também agente das transformações sociais. V. TORRES, Ricardo Lobo. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 319.

⁸³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-Agr 410715 / SP - São Paulo. Recurso extraordinário - criança de até seis anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (Constituição Federal, Art. 208, IV) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (Constituição Federal, Art. 211, § 2º) - Recurso Improvido. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (Constituição Federal, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (Constituição Federal, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (Constituição Federal, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (Constituição Federal, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que

Em outras palavras, o Poder Judiciário surge como o terceiro gigante, guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, acontecimento não imune a riscos de perversão e abuso⁸⁴, cabendo um sistema de controles recíprocos entre os poderes agigantados⁸⁵, incluindo o controle sobre os atos do Poder Judiciário, sob pena de o guardião da Carta se tornar o senhor da Constituição.⁸⁶

4. O novo desenho da separação de poderes

4.1. As perguntas sem respostas. As figuras híbridas sem explicação

Com mudanças tão drásticas nos papéis desempenhados pelos Poderes, há que se perguntar se podemos continuar falando em separação de Poderes no sentido original, eis que é utilizado, por exemplo, como argumento para blindar a judicialização de direitos sociais. Entendemos que a separação de Poderes não é capaz de responder, em sua concepção clássica, porque o Judiciário pode inovar no mundo jurídico, como no controle de constitucionalidade em que é utilizada a técnica da interpretação conforme que vai além da vontade do legislador, nem serve de parâmetro para responder à possibilidade de o Judiciário influir na determinação de execução de políticas públicas.

Então, qual seria a configuração possível para a separação de Poderes capaz de responder às novas perguntas, com fim de atender princípios específicos do Estado atual? Poderíamos, então, afirmar que há uma nova separação de Poderes?⁸⁷

Neste sentido, consideramos que há uma crise do paradigma da separação de poderes com seus contornos originais. Entendemos que o princípio continua sendo fundamental para o Estado Democrático de Direito, mas como as circunstâncias históricas e teóricas que o rodeiam não são as mesmas e os ideais que pretende alcançar são distintos, não resta outro caminho senão o de concluir que seu significado é novo.

em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. Relator: Min. Celso de Mello, DJ de 03/02/2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. (grifos nossos).

⁸⁴CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores, p. 49.

⁸⁵Apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um Legislativo forte com um Executivo forte e um Judiciário forte. Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano. Parte-se do sistema rígido para o sistema de controles recíprocos, sistema no qual o crescimento do Poder Judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores, pp. 54 e 55.

⁸⁶A expressão é de BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang, retratado em LEAL, Mônia Clarissa Henning, *op.cit.*, p. 101.

⁸⁷A expressão "nova separação de poderes" foi utilizada por Frank Michelman, que entende que o princípio deve atender aos seguintes ideais: direitos fundamentais, profissionalismo e democracia. O primeiro ideal da separação de poderes é a democracia, pois de alguma forma, a separação deve servir ao projeto do auto-governo popular. O segundo ideal é a competência profissional, já que permanecerão simbólicas as leis democraticamente estabelecidas se a Corte e os administradores não puderem programá-las de forma imparcial. O terceiro ideal é o fortalecimento e proteção dos direitos fundamentais, pois, sem estes, a regra da democracia e a administração profissional podem se tornar instrumentos de tirania. Não pretendemos abordar todos esses ideais almeçados. Na verdade, buscaremos delinear um novo conteúdo para o princípio. Cf. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n.3, jan. 2000, p. 640

Por isso, passamos a abordar três aspectos cruciais para configuração da nova face da separação de poderes: a especialização funcional deve converter-se em busca por profissionalismo e consideração de capacidades institucionais; o controle recíproco que visava o repouso deve transformar-se em vinculação positiva dos Poderes e no controle com vistas à ação; há que se abandonar a noção de fracionamento e há que se buscar o diálogo e a cooperação entre os órgãos do Poder.

4.2. Capacidades institucionais e profissionalismo

A especialização funcional era uma das pedras de toque do princípio da separação de Poderes em seu conceito clássico, critério utilizado para a partilha de atividades entre os Poderes, de modo que cada uma fosse exercida em condições peculiares. No entanto, a falência da tripartição funcional, eis que cada Poder exerce funções típicas e atípicas; a existência de atividades novas que não se amoldam à classificação, como a de controle; e o progressivo esvaziamento das fronteiras entre as atividades estatais, tudo isso levou a doutrina a desinteressar-se pela elaboração de uma teoria geral de funções.⁸⁸

No entanto, em minha opinião, isso não significa que não se possa mais falar em divisão funcional. Devemos levar a sério o que o art. 2º da Carta Federal estabelece sobre a independência e harmonia entre os Poderes e devemos levar a sério os inúmeros dispositivos que prevêm as funções do Legislativo, do Judiciário e do Executivo. Considera-se, portanto, que a Carta Federal prevê uma especialização funcional temperada, eis que abriu espaço para todos os Poderes, dentro de suas funções, interpretarem e concretizarem seus dispositivos, mas também previu o controle jurisdicional sobre toda e qualquer lesão aos direitos nela garantidos.

O grande desequilíbrio que pode ocorrer e já vem ocorrendo advém da ausência, da omissão ou da atuação insuficiente dos Poderes Legislativo e Executivo e a ocupação cada vez maior pelo Judiciário de espaços não preenchidos. Em nome da concretização das normas constitucionais, para além de funções atípicas previstas na Carta, interfere nas funções dos demais Poderes, de diversas maneiras. Qual o limite dessa atuação?

Consideramos que os limites estão nas capacidades institucionais. Porque a elaboração de leis deve ser atribuição do Legislador? Porque nestas Casas, em tese, vigora o pluralismo, a oportunidade para discussão de diferentes pontos de vista e tempo diferenciado. Porque o Executivo deve administrar a máquina pública e implementar políticas públicas? Porque tem equipe com formações especializadas e distintas, tem a possibilidade de planejamento, tem domínio sobre o orçamento, há regras de licitação, entre outros. Assim, a noção de profissionalismo e de capacitação deve ser levada em conta para o exercício das funções do Estado.⁸⁹

⁸⁸PIÇARRA, *op. cit.*, p. 264. Peter Härbele, nesta seara, menciona que os limites entre legislação e jurisdição são flexíveis, variáveis e abertos, de modo que eles precisam ser renovados e reconstruídos sempre de novo e a cada vez (processo contínuo); em uma Constituição viva, por sua vez, estes limites se deslocam. HARBELE, Peter *apud* LEAL, *op. cit.* p. 126.

⁸⁹Consideramos que profissionalismo e capacidades institucionais não são sinônimos. No sentido empregado por Ackerman, profissionalismo significa que certas funções devem ser exercidas por pessoas que não estejam afetadas pela esfera política. Por sua vez, capacidades institucionais têm uma noção mais ampla, já que, ainda que determinado órgão seja profissional e imparcial, isso não basta para que tenha competência institucional para exercer determinada função.

A idéia de profissionalismo é desenvolvida por Bruce Ackerman⁹⁰ como ideal a ser perseguido pela nova separação de Poderes. Embora reconheça como ponto positivo a importância que os políticos têm para o sistema, pois expressam a orientação de grande grupo de votos, e que sua habilidade é um recurso crucial para democracia, o autor verifica que um dos vícios dos políticos eleitos é a preocupação com a próxima eleição, e por isso elaboram leis em favor de apoiadores de campanha. Estão mais preocupados em considerar como aparecerão em público suas medidas. Por isso, critica o caráter extremamente politizado da Administração Pública americana, sugerindo a necessidade de um corpo administrativo com pessoas de talento, sem a influência de aspectos políticos em sua escolha⁹¹, o que permitirá uma atuação mais imparcial e também eficiente. Para ele, deve ser criado um espaço fora da intervenção política, nos quais juízes e administradores possam desenvolver seu juízo profissional.⁹²

Por sua vez, a noção de capacidades institucionais soma-se ao profissionalismo para formar o primeiro elemento da nova separação de Poderes. A palavra capacidade pode ser traduzida em habilidade, aptidão, competência, talento, vocação. No caso de capacidades institucionais, devemos levar em conta as habilidades e competências de cada Poder para o exercício de suas funções, não bastando afastar o campo politizado de certas esferas. O julgador tem certas limitações que o impedem de atuar no campo de outros Poderes. Esse fator é dramaticamente utilizado no caso de judicialização de direitos sociais, mas também deve ser levado em conta quando se estuda uma teoria de interpretação. Durante muito tempo, as diversas teorias de interpretação ignoraram considerações institucionais, como se isso fosse um argumento de segundo plano. Cass Sunstein e Adrian Vermule⁹³ desenvolveram uma crítica a essa cegueira da doutrina. O que eles quiseram enfatizar foi que, em geral, tais estudos pretendiam criar interpretações, não pensando como os juízes julgariam, mas como, eles, teóricos julgariam. Onde deveriam considerar papéis institucionais, eles trabalharam com juízes idealizados, figuras heróicas, ignorando a possibilidade de os juízes do mundo real produzirem conseqüências incoerentes, confiando que poderiam identificar os efeitos de rede de reforma de larga escala.⁹⁴ Assim, a pergunta não deveria ser como um texto deve ser interpretado, mas sim, como devem certas instituições, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar certos textos.

Podemos dividir a problemática das capacidades institucionais nas seguintes abordagens: as deficiências do Poder Judiciário; os elementos que devem ser levados em conta para maior deferência aos demais Poderes; critérios que devem guiar o julgador ao se deparar com funções sensíveis à sua capacidade institucional.

⁹⁰ACKERMAN, Bruce. *Op. cit.*, pp. 641; 687 ss.

⁹¹A vedação ao nepotismo nos três Poderes, estabelecida pela Súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, em hipóteses em que a confiança e o aspecto político não devem ser critérios definidores da escolha dos cargos, é um exemplo de um caminho da Administração brasileira em direção ao profissionalismo, juntamente com os concursos públicos. A escolha dos cargos públicos deve ser guiada pelo mérito e pelas capacidades de cada um. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 203.

⁹²ACKERMAN, *op. cit.*, p. 688. O outro lado da moeda, em especial, no controle de constitucionalidade, é que quanto maior for a interferência da Corte menor será o espaço deixado para decisão política e menos importância terá a eleição e mais difícil será a obtenção de alteração ou inovação. GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 4, out./dez 2006, p. 20.

⁹³SUNSTEIN, Cass R. e VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. N. 28. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>> Acesso em 12/09/2007, pp. 3. e 41.

⁹⁴SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 41.

As deficiências do Poder Judiciário e dos julgadores já foram detectadas por diversos autores.⁹⁵ Tentaremos mencioná-las de forma sucinta. Os juízes enfrentam problemas de tempo: têm prazos para cumprir, tem muitos processos para analisar. Os juízes enfrentam deficiências de técnica: não tem conhecimento e *expertise* para analisar determinadas matérias, que poderiam ser melhor averiguadas por um médico, um psicólogo, um engenheiro, um contador. Ademais, não existe o costume de lidar com algumas questões.⁹⁶ Os juízes enfrentam limitações no processo: preclusões, visão individual e de *túnel*, impossibilidade de terceiros interessados⁹⁷ contribuírem, além das figuras formais previstas, incapacidade de ter uma visão global do problema⁹⁸, bem como a ausência de um controle posterior à formação da coisa julgada.⁹⁹ Os juízes enfrentam problemas de estrutura: não há comissões especializadas, nem tem uma equipe multidisciplinar.¹⁰⁰

Considerando essas insuficiências e as capacidades dos outros Poderes, é necessário que o julgador, em determinadas situações, curve-se às escolhas alheias. No caso das funções legislativas, exercidas através de processos plurais, com discussão, casas temáticas, propõe-se que quanto maior for a discussão na seara legislativa e quanto mais especificada e delimitada estiver a matéria, menos o Judiciário deve intervir.¹⁰¹ E, no caso de controle de atos administrativos, quanto mais a matéria for técnica e for necessária *expertise*, menor deve ser o controle do Judiciário, dada sua incapacidade institucional perto daquele órgão perito.¹⁰²

⁹⁵Neste sentido, v. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização de políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito de Estado, 3, p.17-54, jul.set., 2006. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587 a 602. SUNSTEIN, Cass R. e VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. N. 28. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Acesso em 12/09/2007.

⁹⁶Christian COURTIS destaca como obstáculo à judicialização dos direitos sociais a ausência de tradição de exigência desses direitos, como direito à saúde, educação, moradia. No entanto, a gradual acumulação de precedentes judiciais, que permitirá extrair princípios de atuação operáveis em contextos análogos, tornará possível uma mudança por parte dos tribunais e maior visibilidade da possibilidade de reclamar judicial pelas vítimas. Apuntes sobre a exigibilidade. In: Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 166.

⁹⁷O procedimento formalizado deixa pouco ou nenhum espaço para terceiros não envolvidos no conflito manifestarem sua visão ou introduzir seu interesse. GRIMM, *Op. cit.*, p. 19.

⁹⁸Virgílio Afonso da Silva tem uma visão crítica sobre as capacidades institucionais dos juízes, em especial, no que se refere à sua ignorância em relação às políticas públicas. Os juízes, por razões estruturais, ignoram caráter coletivo das demandas, políticas que são pensadas coletivamente. Há um ativismo judicial despreparado. *Op. cit.*, p. 596.

⁹⁹Um exemplo contrário a essa deficiência vem da África do Sul. No julgamento do cada vez mais citado caso Grootboom, pessoas miseráveis, que viviam em barracas improvisadas, após seu despejo, reivindicavam do Estado a garantia de abrigos imediatos. Para efetuar a fiscalização adequada do cumprimento da decisão judicial, que determinou a reformulação da política de habitação, o Tribunal deu a um órgão independente e técnico a incumbência de supervisionar o programa e dar informações ao Tribunal. A descrição do caso foi feita por Daniel Sarmento, tomando como ponto de partida os elogios feitos à solução por Vitor Abramovich e Christian Courtis, *op. cit.*, p. 582.

¹⁰⁰Daniel Sarmento sugere a utilização de perícias para auxiliar o juiz. *Op. cit.*, p. 582.

¹⁰¹De certa forma, esse critério foi levado em conta pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, em seu voto sobre a utilização de células-tronco, considerando que a lei contou com apoio maciço dos parlamentares. Isso não foi considerado por outros Ministros, que propuseram, inclusive, inovações no texto, como Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes. V. ADI 3510.

¹⁰²Esse critério é mencionado por Gustavo Binbenojm, que estabelece como um dos parâmetros para controle

Outra orientação que deve ser levada em conta para determinar as capacidades institucionais refere-se à postura preferencial que o julgador deve adotar. Consideramos que a essencialidade¹⁰³ e a urgência¹⁰⁴ do direito fundamental são critérios que autorizam a interferência. Ademais, deve ser o juiz preferente à proteção coletiva e não individual, embora saibamos que os direitos sociais podem ser exercidos de forma individual¹⁰⁵, bem como deve observar se sua decisão pode ser universalizada.

Cass Sunstein e Adrian Vermule consideram necessário um estudo empírico comparativo das instituições, pois não é possível deduzir uma resposta para disputadas questões de escolha interpretativa de largas colocações sobre legitimação ou autoridade¹⁰⁶, para que se possa responder às perguntas sobre que instituições, com suas habilidades específicas, podem exercer de melhor forma a interpretação.¹⁰⁷

Enfim, consideramos que o primeiro elemento a compor a noção atual

judicial sobre atos administrativos que quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 236. Assim, também, mencionam Christian Courtis e Vitor Abramovich a dificuldade de judicialização dos direitos sociais, tendo em conta a auto-restrição do Poder Judicial frente a questões políticas e técnicas. Consideram os autores que essa dificuldade pode ser superada no seguinte sentido: a partir da própria conduta estatal, resulta possível juridificar uma questão de política pública ou técnica, de modo que a questão jurídica e fática sobre a qual deve julgar seja demarcada de maneira clara. Apuntes sobre a exigibilidade judicial de los derechos sociales, In: Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 161. No entanto, consideramos que a pretensão de juridificar todas as questões pode levar à excessiva constitucionalização e complexidade de questões que poderiam ser resolvidas em outra seara.

¹⁰³Traduzida em mínimo existencial ou mínimo vital, ou seja, condições básicas para garantir a dignidade humana. Na Colômbia, o mínimo vital tem guiado o Tribunal Constitucional a proteger os pobres. RIPOLL, Julieta Lemaitre. *El Coronel si tiene quien Le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia*. SELA 2005 Panel 2: Las estrategias institucionales para erradicar la pobreza, p. 18.

¹⁰⁴O jurista colombiano Rodolfo Arango considera a urgência como um princípio objetivo a ser utilizado pelo julgador, que não envolve a autonomia individual, mas é pressuposta em um Estado constitucional e democrático. A urgência da situação ensaja a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça social e democracia. In: Cláudio Ari Melo (coordenador). Os desafios dos Direitos Sociais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 56, set./dez. 2005, pp. 89 a 103. Julieta Lemaitre Ripoll também menciona a urgência como elemento ser tutelado judicialmente. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁵Ana Paula de Barcellos defende que a proteção desses direitos sociais pode ser de forma individual, defendendo que a microjustiça, atendida pelo julgador, também faz parte da macrojustiça. No entanto, reconhece que a proteção deve ser preferencialmente coletiva, no âmbito da macrojustiça. Nesse sentido, Daniel Sarmento também considera importante que os juízes sejam mais atuantes na proteção coletiva, embora também reconheça a possibilidade de proteção individual. O grande problema é que os juízes são mais atuantes no primeiro caso. *Op. cit.*, p. 583 e seguintes.

¹⁰⁶SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁷Foi feito um breve estudo comparativo entre Inglaterra e Estados Unidos quanto às capacidades institucionais de cada um de seus Poderes. Na Inglaterra, a interpretação é mais rígida, os juízes tratam os estatutos como regras, refutam investigar se a aplicação particular de uma regra produz ou faz sentido como problema de política ou princípio, mas a prática é uniforme e simples. Por sua vez, o Parlamento é menos tendente a delegar autoridade discricionária aos juízes e o desenho técnico das leis é feito por um Conselho do Gabinete do Parlamento, um corpo altamente profissional, que promove um estilo uniforme de desenho. Ademais, o Conselho é atento ao processo e métodos dos juízes e com frequência conserta os erros nas leis que podem gerar um aumento de casos judiciais. Nos Estados Unidos, o panorama é distinto. No Parlamento, não há um corpo centralizado, nem profissional, sendo o desenho sem uniformidade e os elaboradores são múltiplos e sem coordenação. Ademais, a resposta do Congresso em relação aos juízes é intermitente, não respondendo rapidamente e com regularidade aos casos particulares. Assim, na Inglaterra, o sistema de elaboração das leis é ativo e profissionalizado e o Judiciário é formalista. Nos Estados Unidos, o sistema é diferente, pois o legislativo não é ativo, nem é profissional. Nesse sentido, pretenderam averiguar como deve ser a atuação do Judiciário à luz das características de outro Poder. V. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 30.

de separação de Poderes é a utilização do profissionalismo como critério definidor da escolha dos ocupantes dos cargos da Administração Pública. Em função das capacidades institucionais, incluindo os conhecimentos técnicos e outras características estruturais, devem os Poderes guardar deferência entre si e reconhecer suas limitações e ausência de instrumental humano e material para manusear certas atividades.

Como motivo de transição para o próximo componente da nova separação de Poderes, é interessante trazer à reflexão o pensamento do professor Frank Michelman¹⁰⁸ sobre as objeções institucionais relativas ao controle judicial de direitos sociais positivos. O problema, para ele, não seria efetivamente a objeção institucional, mas positivar direitos sociais, porque, neste caso, o Judiciário seria forçado a fazer uma escolha miserável entre usurpação e abdicação¹⁰⁹ do qual não há escapatória sem embaraço ou descrédito. Se por um lado, o Judiciário passará a intervir em prioridades de gerenciamento de recursos, por exemplo, por outro, se nada fizer, os direitos podem ficar abertos à intenção governamental com um privilégio de não revisão e a indefinição de um direito declarado constitucional.

Concordamos com a constatação de que não é simples a adoção de qualquer postura pelo Judiciário, mas é plenamente possível construir *standards* para sua atuação. Outrossim, embora aqui não haja possibilidade de desenvolver o argumento, não concordamos com autor quando considera um problema a positivação dos direitos sociais. Não se trata de excesso nem é uma dádiva concedida aos mais pobres. Na verdade, sua positivação, ao menos no mínimo vital, reflete direitos inerentes à condição humana. Não é possível defender direito à liberdade sem condições materiais básicas para que seja possível fazer escolhas de planos de vida.

4.3. A vinculação dos Poderes aos direitos fundamentais: controle recíproco contra a omissão

O segundo elemento que compõe a nova face do princípio é o controle recíproco com vistas à atuação prática dos poderes públicos. Não se trata mais de equilíbrio com vistas ao repouso ou inação do Estado, como anunciou a doutrina de Montesquieu. A existência de direitos fundamentais a prestações e a vinculação positiva dos Poderes públicos a essa concretização exigem que o controle seja voltado para a efetividade das normas constitucionais.

Durante o período liberal clássico, os direitos fundamentais eram destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos, chamados direitos de defesa do cidadão contra o Estado, que exigiam sua abstenção, eis que seriam essencialmente direitos a ações negativas.¹¹⁰

¹⁰⁸MICHELMAN, Frank. *The Constitution, social rights an liberal political justification*. Oxford University Press and New York University of Law, 2003, vol.1, n. 1, 2004, p. 16.

¹⁰⁹Na Alemanha, faz-se menção a uma teoria da limitação funcional. Para Bockenford, não caberia retirar do Judiciário o controle da efetivação dos direitos fundamentais. Por isso, critica a objeção institucional, posto que guardaria uma contradição em si mesma, ao sustentar que, se os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e funções do Estado, então estas questões não podem ser retiradas da apreciação do Tribunal, ou seja, sua competência não pode ser diminuída neste sentido. BOCKENFORDE *apud* LEAL, *op.cit.*, p. 108.

¹¹⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433. Registre-se que os direitos liberais também exigem atuações positivas do Estado, e, por isso, também envolvem custos assim como os direitos sociais. No entanto, os últimos exigem maiores gastos públicos e, por isso, para sua implementação pelo Judiciário, geram maiores dificuldades, em especial, porque podem

Neste sentido, o sistema de freios e contrapesos, um dos componentes da separação de poderes, tinha como principal objeto a idéia de controle, como fiscalizar e corrigir, para garantir a não intervenção do Estado sobre a vida dos cidadãos.

O panorama mudou, uma vez que não basta afastar, eliminar os atos de abuso de outro poder. A omissão ilegítima que se perpetua no tempo, presente a obrigação constitucional, encontra em variados instrumentos e garantias uma solução. Então, o abuso do poder, que hoje é o abuso da omissão, exige novas soluções, que o sistema de freios e contrapesos, com origem em circunstâncias diversas, não é capaz de solucionar.

O controle de um poder sobre outro, em especial, do Judiciário sobre o Legislativo e Executivo, passa a substituir a omissão e a inação dos outros poderes por sua própria ação, determinando a entrega de medicamentos, a matrícula em escolas, complementando leis lacunosas.

Assim, os direitos fundamentais encerram também um *status* positivo, chamados direitos a uma ação positiva do Estado, ou seja, um direito à prestação, que engloba direito a prestações fáticas e direito a prestações normativas.¹¹¹

Além da divisão feita entre direitos a ações negativas e direitos à prestação, é também pertinente mencionar a influência da ordem objetiva de valores, consagrada pelas decisões da Corte Constitucional Alemã. No já mencionado caso Lüth, verificou-se a existência de uma concepção subjetiva e uma concepção objetiva dos direitos fundamentais. Neste sentido, os direitos fundamentais passam a vincular os três Poderes do Estado como princípios.¹¹² Não se pode negar que o caráter principiológico mencionado reforça a abertura do sistema, com realização em diferentes níveis, e sujeitos à ponderação, bem como gera um espaço de juridicização até então jamais vista na história dos Poderes.

Desta feita, a vinculação negativa e positiva dos poderes públicos, como decorrência de entendimento originado da Corte Alemã e hoje abraçado por nós, exige não apenas abstenção, mas também prestações positivas para que os direitos fundamentais sejam realizados de forma efetiva e plena.

No entanto, o elenco amplo de direitos constitucionais, as omissões do Legislativo aliadas à má prestação de serviços pelo Executivo potencializam, no Brasil, o papel do Judiciário. A questão é mais dramática aqui do que, por exemplo, na Alemanha, já que os direitos sociais são positivados, há um compromisso constitucional com o combate à desigualdade e há uma omissão ilegítima reiterada dos poderes eleitos. Não negamos que os direitos sociais devem ser progressivamente atendidos e que os juízes não podem ficar cegos à falta de efetividade das normas constitucionais, e, por outro lado, que as leis podem conter lacunas ou contradições inconstitucionais, exigindo a criatividade judicial, admitindo-se certas limitações institucionais do Poder Judiciário. No entanto, precisamos questionar se esse fenômeno, inevitável neste momento, é saudável a longo prazo. Será que a separação de poderes, com sua nova face, pode admitir que apenas um Poder, com membros não eleitos, tenha o controle absoluto de todas as funções estatais e seja o grande pai provedor da sociedade órfã?¹¹³

interferir em escolhas orçamentárias.

¹¹¹ALEXY, *op.cit.*, p. 442

¹¹²LEAL, *op.cit.*, p. 68.

¹¹³Pertinente a observação de Ingeborg Maus: "quando a própria Justiça ascende à condição de mais alta instân-

4.4. Cooperação e diálogo contra competição e separatismo

Como resposta a essa questão, utilizemos o último elemento da nova separação de Poderes: a conversão da idéia de separação em cooperação. Para conciliar a deferência institucional de acordo com competências e capacidades, de um lado, e atender às exigências constitucionais que vinculam os três Poderes, de outro, nada melhor do que dialogar. O conceito de separação denota divisão, fracionamento, entre os órgãos do Estado. Entretanto, não seria mais adequado falar em separação, na clássica aspiração de Montesquieu, que traz em si um fracionamento do Estado. O divórcio entre os órgãos deve ceder lugar à unidade no cumprimento da Constituição e o choque deve ceder lugar ao diálogo institucional.

Desta feita, se a Constituição de 1988, de caráter compromissório, exige ação e transformação, políticas públicas, programas, intervenções estatais e não simplesmente a omissão, o repouso e a inação, a garantir o *status quo ante*, então, a união e a conjugação de esforços em nome da efetividade dos direitos fundamentais são exigências naturalmente necessárias.

Por isso, concordamos com o professor José Bolzan de Moraes quando identifica que a idéia clássica da separação de Poderes aponta para uma fragmentação estatal, onde as diversas funções do Estado aparecem como compartimentos descompromissados com a construção conjunta do projeto de Estado alicerçado na Constituição. Não raro, as funções do Estado parecem estar vinculadas a lógicas e compromissos distintos, sem que se percebam como operadores da vontade geral, em uma atuação conjunta.¹¹⁴

O redesenho das funções previamente estabelecidas a cada Poder, com a superação de especialização funcional, antes visto, está a serviço da cooperação entre os Poderes, no sentido de reforçar a união e não fracionar os intentos de cada instituição. Há uma unidade do Estado para realização de valores éticos e substanciais positivados constitucionalmente e internamente reclamados pela população.¹¹⁵

Ao se admitir a impossibilidade de se negar a atuação por parte dos Tribunais Constitucionais, em geral mais positivas e benéficas do que negativas, devemos falar em um constitucionalismo cooperativo, que pressupõe a cooperação e não o tensionamento dos poderes estatais na realização dos fins constitucionais.¹¹⁶ Esse argumento é reforçado pelo fato de que nem sempre as Cortes podem garantir que o governo aplique a Constituição. Quanto mais altas as autoridades que desrespeitam as normas constitucionais, mais difícil se torna obrigar o cumprimento das normas constitucionais.¹¹⁷

cia moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual se deve subordinar toda a instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 187.

¹¹⁴Exemplo dessa descontinuidade da atuação dos diferentes poderes públicos, na visão do autor, é a figura do precatório. LEAL, *op. cit.*, p. XVI.

¹¹⁵LEAL, *op. cit.* p. XVII.

¹¹⁶LEAL, *op. cit.*, p. 87.

¹¹⁷Como concluiu Dieter Grimm, “não há oficial de justiça em matéria constitucional”. *Op. cit.*, p. 10.

Visualizamos na cooperação e no diálogo entre as instituições a forma mais apropriada no atual constitucionalismo de aperfeiçoamento das práticas de cada um dos Poderes e da realização e conquista progressiva dos direitos fundamentais. Entendemos profícuo trazer alguns exemplos de como o diálogo institucional, mesmo que por vias informais e não planejadas, pode fortalecer o Estado Democrático de Direito.

A correção legislativa, também chamada de reprogramação de jurisprudência, que ocorre por meio de lei ordinária, lei complementar ou emenda constitucional, implica: a) no radical repúdio à interpretação jurisprudencial pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência; b) na retificação da norma anterior que, por ambigüidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria.¹¹⁸ Consideramos a resposta legislativa um resultado de diálogo ou discussão entre Legislativo e Judiciário, na medida em que o primeiro cria atos legislativos diretamente relacionados com decisões jurisprudenciais. O Judiciário, provocado por leis lacunosas e ambíguas, pode produzir decisões contraditórias, exigindo uma melhoria do próprio ordenamento jurídico. Essa forma de retroalimentação (*feedback*) do sistema é um exemplo de como a relação entre Poderes pode ser benéfica, no caso, para qualidade e melhoria do ordenamento jurídico.¹¹⁹

No direito estrangeiro, um modo interessante de diálogo entre os Poderes ocorre nos chamados sistemas brandos ou leves de controle de constitucionalidade, nos quais a Corte se limita a declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, sem, no entanto, anulá-lo, deixando ao Parlamento um período para responder e modificar a legislação.¹²⁰

No sistema de controle judicial forte, como dos Estados Unidos, a interpretação razoável da Corte deve prevalecer sobre a visão razoável do Parlamento¹²¹, embora possa existir um desacordo razoável entre os dois sobre a interpretação e provisão de norma constitucional, o que provoca uma tensão muito maior entre a garantia jurisdicional de limitações constitucionais e o auto-governo democrático.¹²²

Para o professor Mark Tushnet, o controle judicial em sua forma fraca, como na Austrália e na Nova Zelândia, apresenta a promessa de diminuir a tensão

¹¹⁸TORRES, A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, abr./jun. 1993, p. 12.

¹¹⁹Infelizmente, os exemplos mais comuns decorrem de intenções fazendárias ou de distorções. Entretanto, o instrumento tem grande potencial de refinamento da legislação. A LC nº 118/2005 é um exemplo de correção legislativa que reprogramou a interpretação equivocada do Superior Tribunal de Justiça acerca da contagem de prazo (“cinco mais cinco”) para repetição de indébito tributário (o *leading case* foi o Recurso Especial 44.221-4). A EC 39/2002 é um exemplo de correção legislativa cujas intenções são meramente fazendárias. Criou a híbrida contribuição para custeio de iluminação pública, considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da taxa com o mesmo objeto.

¹²⁰Mark Tushnet menciona a Nova Zelândia e a Austrália como exemplos de democracias comprometidas com a supremacia do Parlamento. *Weak Courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008, p. 19.

¹²¹TUSHNET, *op. cit.*, p. 21.

¹²²TUSHNET, *op. cit.*, p. 22.

entre controle jurisdicional e democracia, tendo em conta uma idéia básica: fornecer mecanismos para que o povo responda às decisões que a Corte considera equivocadas, resposta que pode ser desenvolvida de forma mais célere do que por um processo de indicação (*judicial appointment*)¹²³ ou por uma emenda constitucional.¹²⁴ Tal sistema possibilita a conversação, o diálogo constitucional em tempo real e, ainda, atribui às interpretações constitucionais oferecidas pelos legisladores, ao implementarem as normas constitucionais, o mesmo peso dado àquelas oferecidas pelas Cortes.¹²⁵

Muitas vezes, embora o Judiciário não seja o *locus* legitimado e apropriado para o debate ou resolução das questões que deveriam ficar sob o crivo da maioria, esta provocação dialógica pode ser a forma mais profícua de obter a atuação dos outros Poderes. Se, inicialmente, o Poder ficaria omissos, porque não seria o Judiciário apto a agir, hoje, o Judiciário, age em nome do Poder omissos, em nome da guarda da Constituição. O Poder, antes adormecido, tem uma chance reforçada de se manifestar.¹²⁶

5. Conclusões

Vivemos um momento de crise de paradigmas e ainda buscamos novas fórmulas. O princípio da separação de Poderes é um protótipo a reformular. Consagrado inicialmente em Constituições liberais, tinha por objetivo afastar o fantasma do poder tirânico. A setorização das funções em departamentos estanques impedia que as competências fossem reunidas em um só grupo ou em uma só pessoa, já que o homem com muito poder tenderia ao abuso. Essa noção logo foi abandonada pelo sistema norte-americano dos *checks and balances*, que permitia intercessões comunicativas entre os Poderes.

No entanto, esse diálogo entre os órgãos públicos tinha por finalidade frear o abuso do poder, de modo a conservar o repouso do Estado e evitar a intervenção na vida privada, fazendo valer os direitos da liberdade. Durante o século XX, ficou patente, com a industrialização e o capitalismo selvagem, que era necessária a

¹²³O *judicial appointment* é uma das formas previstas dos *checks and balances* do Direito americano. Trata-se da indicação para ocupação das vagas do Judiciário, que afetam, indiretamente, a doutrina das Cortes, em especial da Suprema Corte Americana. BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism, and contemporary Court-Congress Relations*. Stanford University Press, 2004, p. 33.

¹²⁴TUSHNET, *op. cit.*, pp. 23 e 25. No entanto, para que o sistema brando seja bem sucedido, o Parlamento deve responder algumas vezes, e não raras vezes, nem rotineiramente. Caso contrário, ficará entre uma forma forte de controle judicial se não houver resposta legislativa ou uma efetiva supremacia parlamentar se as respostas forem muito comuns.

¹²⁵TUSHNET, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁶O caso de fornecimento de medicamentos para o combate ao vírus do HIV ("coquetéis") decorre de um diálogo provocado pelo Judiciário. As inúmeras decisões judiciais que concederam o medicamento como elemento integrante do direito à saúde e necessário para garantia da vida dos doentes criaram um ambiente propício para que o governo federal criasse um programa, com quebras de patente, elogiado mundialmente. De fato, no início da década de 90, vários juízes de primeiro grau concederam liminares em favor de pacientes com AIDS, obrigando o poder público a fornecer o "coquetel de medicamentos" inibidores da protease, capaz de impedir o HIV de se reproduzir, com fundamento no direito à vida e à saúde. Em 1996, a lei federal nº 9313 criou a obrigação para as três esferas de prestar assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos portadores do vírus. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. Disponível em: <http://www.georgelima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>. Acesso em 18/09/2008.

intervenção do Estado na vida econômica e social, eis que a mão do mercado não podia corrigir todas as distorções. E, assim, positivaram-se os direitos prestacionais por excelência, como direitos à previdência social, educação, saúde, moradia.

No entanto, continuou existindo a divisão entre Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e continuou existindo a preocupação com sua independência e harmonia. Aliando-se a essas mudanças históricas, surgem novas teorias, como a doutrina da efetividade e a normatividade dos princípios, que exigem garantias e aproximação do texto normativo constitucional, aberto a valores, à realidade social. E, assim, assistimos a ascensão do Poder Judiciário, garantidor de promessas.

No Brasil, com a crise de legitimidade do Legislativo, a omissão e a insuficiente implementação de políticas públicas, reconhecemos que o papel do juiz tornou-se ainda mais importante, mas criou problemas e questionamentos, como ausência de legitimidade democrática e violação à separação de Poderes. Mas o que significa separação de poderes, quando também se pretende efetivar direitos mínimos que vinculam todos os Poderes? Poderíamos imunizar os poderes omissos com esse argumento?

Por isso, é necessário considerar que o princípio ganhou novos contornos: a idéia de especialização funcional deve se transformar em profissionalismo e capacidades institucionais; o controle recíproco passa a ter por fim a atuação positiva dos poderes públicos; o fracionamento deve ceder lugar ao diálogo e à cooperação institucional.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n.3, pp. 642 a 729, jan. 2000.

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

ARANGO, Rodolfo. *Direitos fundamentais sociais, justiça social e democracia*. In: Cláudio Ari Melo (Coord.). *Os desafios dos Direitos Sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 56, set./dez. 2005, pp. 89 a 103.

BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização de políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. *Revista de Direito de Estado*, 3:17, jul.set., 2006, pp.17 a 54.

BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism, and contemporary Court-Congress Relations*. Stanford University Press, 2004

BARROSO, Luis Roberto. *A Doutrina Brasileira da Efetividade*. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 3, jul/set. 2006.

_____. *Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 12 dez./jan./fev. 2008, Salvador.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 6ª. ed., 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabril Editor, 1989

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo em su laberinto*. In: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Editorial Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 17ª. ed., rev. e atual., 1989.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e democracia*. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº4, p. 3-22, out./dez.2006.

HAMILTON, Alexander et al. *The Federalist*. Masters, Smith and Company, 1852, Disponível em <<http://books.google.com/books?id=fRCn-oeNq7gC&pg=RA1-PA6-IA1&dq=the+federalist#PRA1-PA224,M1>>. Acesso em 21/09/2008.

HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la constitución*. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. O breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Disponível em: <http://www.sul-sc.com.br/afolha/pag/revolucao_cientifica.htm>. Acesso em 19/09/2008.

LE BAS, Philippe. *France, dictionnaire encyclopédique*, Paris, 1842. Disponível em <<http://www.books.google.com>>. Acesso em 19/09/2008.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta – reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em 18/09/2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia: Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, novembro 2000, p. 183-202.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHELMAN, Frank. *The Constitution, social rights an liberal political justification*., Oxford University Press and New York University of Law, 2003, vol.1, n., 1, p. 13-34, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des loix*. Belles Lettre, 1950. Disponível em <<http://books.google.com.br/>>. Acesso em 19/09/2008.

_____. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Interferências entre poderes do estado*. Brasília: Revista Informação Legislativa, nº 26, 103, pp. 5 a 26, jul./set. 1989.

OLIVEIRA, Fábio. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2ª. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

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

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9014>>. Acesso em: 19/09/2008.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. *El Coronel si tiene quien Le escriba: la tutela por mínimo vital em Colombia*. SELA 2005 Panel 2: Las estratégias institucionales para erradicar la pobreza.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Textos filosóficos*. Trad. Lúcia Pereira de Souza. Rio de Janeiro: Coleção Leitura - Editora Paz e Terra, 2002.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre poderes do estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 5ª. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível na Internet: <www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_7738_1.pdf>. Acesso em 21/09/2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 10ª. ed. rev., 1994.

_____. *Harmonia entre os poderes e governabilidade*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, v. 1, pp. 25 a 35, jan./mar. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz dos princípios democráticos*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O fenômeno constitucional e suas três forças, mimeografado*, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMULE, Adrian. *Interpretation and institutions. Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. N. 28. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>> Acesso em 12/09/2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária*. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, pp. 7 a 20, abr./jun. 1993

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.