

GABRIEL CIRÍACO LIRA

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

GABRIEL CIRÍACO LIRA

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo, sob orientação do Professor Doutor Marcelo Figueiredo.

SÃO PAULO
2008

Banca Examinadora

*“Porém se a gente vive a sonhar
Com alguém que se deseja rever
Saudade, entonce aí é ruim
Eu tiro isso por mim, que vivo doido a sofrer”.*
(Qui nem Jiló, Luiz Gonzaga e Humberto Teixeira)

Para meu Avô Bilá, infelizmente, me fez entender o **real** significado da palavra SAUDADE.

E também para Alice, bela sobrinha que “apareceu” nessa caminhada e deu **maior** significado a palavra ALEGRIA.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Pai e minha Mãe que sem o incentivo, afeto, apoio e cobrança deles não seria possível chegar até aqui. Obrigado por tudo!!!

Aos meus Irmãos, Diogo e Lucas, pelo simples fato de serem queridos irmãos.

À minha Vó e Tias (Dise,Lú, Têê) que sempre nas férias e feriados em Maceió nos acolhia com o carinho de sempre.

À Família Morato pela acolhida generosa, principalmente quando precisava de um “pouso” na terra da garoa, em especial ao sempre amigo Paulo Morato (*in memoriam*), este um dos incentivadores para sair de Maceió para Sampa. Minha eterna gratidão a esta bela família!!!

Ao amigo Felipe Gaia, que por 9 meses agüentou minha bagunça em seu apartamento!

Aos mais que Mestres, Sílvio Luis Ferreira da Rocha e Celso Antônio Bandeira de Mello pela lições proferidas em sala de aula, e muito mais que professores, exemplos de cidadãos a serem seguidos.

Ao Professor Eduardo Bottalo e Maria Ângela pela atenção de sempre!!!

Aos amigos de turma Flávio Roman, Rodrigo Bordalo, Rogério Vaz, companheiros de Cerveja, Risadas e Pizza após aula. Aos sempre amigos e parceiros de Maceió: Cleantho Rizzo, Hermann Braga, Vagner Paes. A Marta, Maíra, Grazieli, Bruno Prata, Lucas Dória, João Paulo Gaia, José Lages, Vladimir Rossi, Eliane Barros, Weida Zancaner, Helder Lima, Diego Rodrigues, Hugo Souza, Aragão, Ricardinho, Tiago Rossi, Flávia Passuci, Fernanda Quinteiro, Luciano Silva, Carol, Mauricio Zockun, André Freire, Chico, Áurea Galindo, Paulo Galindo, João Galindo, Inês, Taiane Lobato, amizades que surgiram ou se consolidaram em Maceió e Sampa ao longo desses últimos três anos. Todos estes fazem jus à canção “O que vale é a amizade” (With a little help from my friends - John Lennon - Paul McCartney - Vrs. Paulo César Pinheiro).

Em especial ao Professor Marcelo Figueiredo, muito mais que um Professor e Orientador, hoje é um amigo querido. Valeu por tudo!

Finalmente, ao sofrido povo brasileiro, que pelos seus impostos financiou estes estudos.

RESUMO

No Brasil, especialmente, após a Constituição de 1988, vem crescendo cada vez mais a atuação do Poder Judiciário. Este crescimento deste poder não ocorre de maneira aleatória. A complexidade das relações sociais, a maior consciência de cidadania levam cada vez mais a população brasileira a buscar os seus direitos nos tribunais.

Sem embargo disso, nosso Judiciário adota um grande viés conservador (tal qual nossa sociedade). Muitas vezes sobre o argumento de que não tem competência para decidir, acaba promovendo uma “não decisão” de conseqüências desastrosas.

De outro lado, como estamos diante de uma sociedade em que aqueles que chegam aos postos-chave da república são privilegiados. A mudança pelo poder judiciário requer uma intensa modificação da consciência jurídica dos operadores do Direito.

Não é fácil essa mudança. Desde a Revolução Francesa o Direito se pautou pela busca da legalidade, confundida com literalidade como pressuposto para segurança jurídica. A legalidade hoje ela tem um viés constitucional. Ao Judiciário deve ser dado cumprir esta missão.

A Teoria das Separações dos Poderes teve um grande mérito de barrar o autoritarismo. No entanto esta não pode ser aplicada no Brasil, da mesma forma que na França, ou em qualquer outro país. Cada povo, cada País, tem sua realidade histórica diferente que exige soluções diferentes.

Este trabalho tem como objetivo estabelecer como esta Teoria deve ser aplicada no Brasil, qual deve ser o papel do Judiciário sobre o prisma constitucional. Tendo como premissa que uma visão constitucional não pode ser abandonada por qualquer interpretação jurídica.

ABSTRACT

In Brazil, after the Constitution of 1988 was enacted, we have the increasing of judicial branch activities. These growing of his activities can be tributed to more constiency of citizenship. Brazilian people came each more often to the Courts.

It must be recalled that brazilian Judiciary branch is very conservative. Many times judges argued that the have no competency to decide, and these results in a “non liquet” decision itself.

By the other side, we faced a society who officials arrived to their positions as we have been at monarchy system, by inheritance. Judiciary branch must be changed by those who have the judiciary skills – lawyers, judges, procecuters, - law actors-.

It is not easy change mentalities. Since French Revolution, the law search for legality, who is misunderstanding as legal security. Legality today have constitutional sources. Judicial branch have this important duty beyond the rule of law.

Separation of powers was an important theory to stop dictators and ditactorships. However, these theory cannot be applied in Brazil as it was in France, or in any other country. Each people, each Nation, has their own different historic reality who has different remedies and solutions.

This dissertation aims to contribute how must be the role of Judicial branch, his mission under constitutional system. Any construction of constitutional system must considered the view of rule of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. O DIREITO E O PAPEL DO OPERADOR JURÍDICO	11
1.2. Nosso conceito de Norma	18
2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO LIMITAÇÃO DO PODER	26
2.1. Conseqüências jurídicas da técnica da Separação dos Poderes	29
2.1.1. Juiz mero executor da lei	29
2.1.2. Submissão do Executivo	31
2.1.3. Igualdade perante a lei.....	32
2.1.4. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade – A Posição de Celso Bandeira de Mello	38
3. A SEPARAÇÃO DE PODERES EM HANS KELSEN, OSWALDO BANDEIRA DE MELLO E AGUSTÍN GORDILLO	46
3.1. Posição de Hans Kelsen	46
3.2. Posição de Oswaldo Bandeira de Mello	51
3.3. Posição de Agustín Gordillo	54
4. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA APLICAÇÃO EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA	58
CONCLUSÕES	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva definir qual a aplicação prática que a Teoria da Separação dos Poderes deve assumir em países de modernidade tardia como o Brasil e em especial como deve ser a atuação do Poder Judiciário.

Para tentar atingir este objetivo, primeiramente procuraremos demonstrar ainda que superficialmente qual o nosso conceito de Direito e norma, e qual o papel que deverá assumir o intérprete deste objeto cultural, a partir de uma defesa da Legalidade.

Na segunda parte do trabalho vamos trazer a lume como a idéia da separação de poderes é um instrumento de limitação do Poder, a denominação deste tópico foi tirada da obra de Paulo Bonavides "Do Estado Liberal ao Estado Social".

Na terceira parte colocaremos a posição de três juristas em torno deste fenômeno, os escolhidos foram Hans Kelsen e Oswaldo Bandeira de Mello por terem uma posição dual, em vez da tradicional visão trina da separação dos poderes e Agustín Gordillo, por trazer algumas classificações que historicamente dividiam estas funções e finalizar propondo uma classificação que considera útil.

Na quarta e última parte, a partir das premissas expostas, tentaremos demonstrar como, em nossa opinião, deve ser a leitura deste fenômeno jurídico em países como o nosso, ou seja, países com um grande déficit social, político e jurídico.

Sem dúvida, não objetivamos esgotar o assunto, mas com este trabalho, queremos mais que trazer respostas prontas, suscitar a reflexão e o debate em torno do tema exposto.

Hoje vivemos numa sociedade em que tudo é 'fast', dividindo o mundo entre 'Winners' e 'Losers', tentamos fazer este trabalho com o máximo da ousadia e sem medo do ERRO (com certeza serão muitos), tentamos trazer um pensamento crítico em torno do assunto em pauta, buscamos pensar.

Leandro Konder destaca

A sociedade capitalista, organizada em torno do mercado, exacerba a competição e confere ao movimento da história a aparência do deslocamento cada vez mais acelerado de um locomotiva desembestada.¹

Nós, operadores do Direito muita vezes repetimos, reproduzimos este modo ideológico de ver o mundo, em vez de fazermos hermenêutica de verdade, reproduzimos verdades absolutas produzidas pelo discurso dominante².

Este trabalho se justifica, por fim porque hoje assistimos em nosso País uma mudança de paradigmas, e uma forte valorização do Poder Judiciário como fonte do direito, podemos verificar do recente julgado da lavra do Ministro Joaquim Barbosa demonstrando a força da Jurisprudência³.

¹ Leandro KONDER, *Os Sofrimentos do "Homem Burguês"*, p.73.

² Cf. Ovídio Batista da SILVA, *Processo e Ideologia*: "Enquanto pensarmos o Direito como uma questão lógica, capaz de ser resolvida como qualquer problema matemático; enquanto não perdermos a ilusão de que a lei, fruto, como sistema pressupõe, de um legislador iluminado – tenha univocidade de sentido, a Universidade conservar-se-á imutável em sua metodologia jurídica." P.53

³ **Sindicato e Assistente Simples – 2** Quanto ao pedido de intervenção como assistente simples, também formulado pelo referido sindicato, entendeu-se presente o interesse jurídico do demandante.

1. O DIREITO E O PAPEL DO OPERADOR JURÍDICO

Acreditamos que em todo o trabalho jurídico, ainda que de maneira superficial, o Autor deve demonstrar qual sua visão do fenômeno jurídico e qual o papel do o Operador do Direito diante dele.

Fazemos de início a advertência que hoje há um modismo, principalmente em países atrasados como o nosso, das pessoas seguirem determinada corrente doutrinária de maneira quase fanática, esquecendo muitas vezes de um olhar diante daquilo que interessa: o Direito.⁴

O Direito é um objeto cultural, logo a compreensão de sua finalidade é determinante para definição de que rumo tomará determinada sociedade.

O Direito tem um papel fundamental em nosso mundo; ele legitima as decisões do Estado, o modo de agir daqueles que detém o poder. Essa importância do Direito, por conseguinte, aumenta a responsabilidade daquele que vai manejá-lo.

Asseverou-se que o mero interesse na resolução, como forma de firmar orientação jurisprudencial que eventualmente seria útil, ou não, a determinado sujeito de direito seria insuficiente para que se reputasse presente o interesse jurídico de intervenção em processo judicial. Considerando, contudo, o fato de já ser assistente simples nos autos instituto que vem tentando demonstrar o grave desequilíbrio concorrencial que poderia haver se a inconstitucionalidade do Decreto-lei fosse reconhecida, concluiu-se que o interesse jurídico do SINDIFUMO encontraria amparo na manifesta necessidade de pluralização do debate, concorrendo com os elementos que julgasse úteis à melhor compreensão do quadro em exame e fossem processualmente admissíveis neste estágio do processo. Aduziu-se, ademais, que a decisão que viesse a ser tomada pela Corte durante o julgamento do recurso poderia influir na ponderação e calibração de uma linha histórica de precedentes que tratam sobre sanções políticas, sendo inequívoco que a norma impugnada se aplica especificamente às empresas produtoras de cigarro, cujo mercado parece limitado a poucos produtores. Além disso, as empresas que compõem o sindicato postulante se encontrariam em situação similar à da empresa recorrente. Daí, o interesse da postulante extrapolaria a mera conveniência e o interesse econômico de participação em processo que **definirá orientação jurisprudencial aplicável a um número indefinido de jurisdicionados.** (grifos nossos) RE 550769 QO/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 28.2.2008. (RE-550769)

⁴ Dizemos isso porque muitos vão estudar no Exterior, principalmente Europa ou EUA e importam idéias que muitas vezes que nada tem a ver com nossa realidade jurídica e até mesmo social. Alguns se denominam Luhmannianos, por exemplo, ou Kelsenianos, mas sem ter uma postura crítica diante dessas correntes. Acreditamos que o olhar do operador do Direito não pode se ater de maneira fanática a nenhuma corrente doutrinária, mas sim preocupado em melhor entender o fenômeno jurídico, sendo as correntes doutrinárias instrumentais para este fim, e não um fim em si mesma.

O Direito nem sempre foi pleno, o grande instrumento de decisões de uma sociedade, sua importância veio com a Revolução Francesa, que utiliza o Direito como instrumento de legitimar suas decisões, decorrendo daí a concepção que o Direito é igual à lei, além de pleno e sem contradições.

A lei será elevada a um patamar como grande instrumento de liberdade e igualdade, não podemos negar que em um primeiro momento foi um instrumento de libertação, mas depois se mostrou tão ou mais opressora quanto o regime que derrubou. A igualdade passou a existir apenas no plano formal e não no plano material.

Não podemos deixar de concordar com Lênio Streck quando afirma que sob a ótica do Estado Democrático de Direito em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social e mais ainda ocorre no Brasil uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei.⁵

Sejamos da área jurídica ou não, temos que ter a noção e a compreensão do papel do Direito e de sua produção, com certeza ele decorre de relações de poder, e sem dúvida reflete a concepção de mundo da classe dominante que sem dúvida alguma mantém o discurso individualista do século XIX.

Sem dúvida, algumas conquistas ocorreram no Brasil e no Mundo no último século, mas não foi por bondade dos detentores do Poder, primeiro porque existia um contraponto ao capitalismo, o regime Soviético, com isso o capitalismo tinha que fazer algumas concessões aos oprimidos com medo da revolução socialista. Isto é tão patente que com a derrocada do comunismo muitos dos direitos cedidos aos mais desfavorecidos foram retirados sem nenhuma cerimônia.

⁵ Cf. Lênio STRECK, *Hermenêutica Jurídica e Crise*, p.33.

Em segundo lugar, muitas vezes algumas conquistas estão nos Códigos e Constituições apenas como símbolos para manter a estabilidade social e o *status quo*. Exemplo mais latente disso é nossa Constituição de 1988: ela elenca direitos sociais que se fossem aplicados de verdade desde seu nascimento, estaríamos com certeza em outro país.

Em um país como o nosso e tantos outros de terceiro mundo aquele que trabalha com o Direito tem que ter uma posição crítica em relação à dogmática, não de negá-la, mas sim para determinar seu conteúdo de maneira a não corresponder aquilo que querem os detentores do poder. Faz-se aqui necessária a palavra de Jacinto Coutinho:

*Falar de dogmática – enquanto descrição das regras jurídicas em vigor (Haesaert) –, contudo, não é falar de dogmatismo; e isto é despreciando discutir. Sem embargo, não são poucos os que confundem – e seguem confundindo – os dois conceitos, com efeitos desastrosos para o Direito.*⁶

A partir do exposto, acreditamos que o Direito é um conjunto de normas (princípios e regras) escalonadas, onde uma norma retira o fundamento de validade a partir de uma superior, dotadas de coercibilidade com o fulcro de regular a vida social.⁷ E como bem afirma Norberto Bobbio, “*cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada*”⁸.

⁶ Jacinto COUTINHO, *Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei*, p. 36

⁷ Este conceito foi inspirado a partir da leitura de Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Celso Bandeira de Mello.

⁸ Cf. Norberto BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 27.

Como bem adverte o Autor citado, para que haja uma sanção institucionalizada é necessário um mínimo de organização, ou seja, um Ordenamento Jurídico.

Além do que uma norma jurídica só existe a partir de um ordenamento jurídico, como bem nos ensina Santi Romano:

Ante todo, hay que tener siempre presente, lo cual, por el contrario, no ocurre, que no hay norma que pueda aislarse completamente de todas las demás que pertenecen a um determinado ordenamiento jurídico.⁹

A compreensão do Fenômeno Jurídico, não pode ser feita de maneira isolada, a parte será compreendida a partir do todo, na maioria dos países, inclusive no nosso, quem determinará o norte, o caminho a ser seguido será a Constituição, que seguindo o conceito acima de Direito, está no vértice da Pirâmide.

Parece que estamos dizendo o óbvio, e estamos, mas em países como o nosso, muitos “juristas” esquecem desta premissa básica, e principalmente no campo do Direito Privado, em vez de interpretar o Código Civil à luz da Constituição, fazem o contrário, adaptar a Constituição ao Código Civil.¹⁰

Esta visão do Direito impede vê-lo como algo pessoal ou divino, decorrente de uma vontade de uma pessoa. O Direito tem que surgir a partir de Instituições impessoais que serão verdadeiras garantias dos cidadãos, ou para utilizar uma

⁹ Santi ROMANO, *Fragments de um Diccionario Jurídico*, p. 241.

¹⁰ Infelizmente, o primário estágio de desenvolvimento da consciência jurídica existente em nosso país nos obriga a escrever o que seria algo natural e óbvio.

linguagem Weberiana seria em vez da dominação carismática ou tradicional, a dominação legal.¹¹ Será a garantia de um governo de leis e não dos homens.

A defesa da legalidade se faz necessária, não como defesa de um formalismo, mas pelo contrário, defesa diante do que alguns vêm pregando que seria a exarcebação dos poderes do Poder Executivo, através de regulamentos autônomos.

A legalidade hoje não significa literalidade, mas respeito ao Direito, onde se encontra não apenas à Lei, mas principalmente a Constituição. Esse perigo democrático que hoje é cada vez mais forte devido ao *'tsunami'* neoliberal, já era nos alertado pelo Mestre Geraldo Ataliba, que afirmava:

O Legislativo não pode assistir às usurpações como se fosse descrente da força que hauriu na representação de que é titular. As classes jurídicas na luta pela valorização das instituições terão a justificação de sua posição¹²

E com precisão cirúrgica afirma também que *"multiplicaram-se usurpações pelo Executivo, com freqüência assustadora"*.¹³

¹¹ Numa breve alusão a Weber nós ainda não sofremos o que ele chama de dominação legal, essa burocratizada, ela está apenas positivada, mas não existe na prática. Apenas para conhecimento, este falava de outros 2 tipos de dominação: a tradicional, a quem nós estamos mais próximos, que seria a crença numa santidade ou dos poderes senhorias, a dominação patriarcal, ainda enraizada em nossa inconsciente e olha como cabe bem o que Weber diz desse tipo de dominação: *"Estão investidos em seus cargos por privilégio ou concessão do senhor"* e afirma também *"As relações gerais são reguladas pela tradição, pelo privilégio, pelas relações de fidelidade feudais ou patrimoniais, pela honra estamental e pela "boa vontade". E a carismática que é em virtude de devoção afetiva à pessoa do senhor e a seus dote sobrenaturais (carisma), a escolha do quadro administrativo deriva do carisma."* Max WEBER, *Sociologia*, in passim.

¹² Gerado ATALIBA, *República e Constituição*, p. 19.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

É comum o argumento daqueles que defendem uma nova leitura da legalidade, que é necessário sua remodelação em face do mundo globalizado, da velocidade das mudanças, necessário para que os países se adequem a nova ordem mundial.

Estes argumentos são falaciosos, refletem uma ideologia (a neoliberal) de captura do Estado, onde este servirá para atender aos interesses da globalização financeira, e com isso refutamos essa quebra de legalidade, ou seja um maior poder ao Executivo para atender não aos interesses do bem comum, mas de grupos determinados, por isso em obra monumental, Fabio Konder Comparato afirma:

*É contra essa falsificação privatista do sistema ético que a humanidade é agora convocada a reagir. É preciso voltar a distinguir, como salientou a filosofia grega, o bem comum do interesse particular, e é indispensável mostrar a todos que um regime político de supremacia do interesse público sobre o privado é não só possível, mas urgentemente necessário.*¹⁴

É na mesma linha, a posição de Moncada, não aceitando qualquer negociação com princípios arduamente conquistados pela humanidade:

A dinâmica administrativa de nossos dias não é argumento bastante para a eliminação da reserva da lei no âmbito das prestações económicas e sociais. A tese de que é preferível uma administração operativa embora autónoma a uma administração que não actua, tendo em vista os interesses e necessidades sociais em causa, não

¹⁴ Fábio Konder COMPARATO, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 499.

*é convincente nem sequer do ponto de vista sociológico em que a sua defesa costuma ser colocada. Não está provado que a dispersão das actividades administrativas conduza sempre aos melhores resultados e sobretudo não é possível provar que administração funciona tanto mais eficientemente quanto mais tênue fosse a sua vinculação à lei.*¹⁵

A defesa da legalidade, do Direito, hoje é uma defesa da cidadania, é o pressuposto da igualdade e do primeiro passo para transformação social, como nos ensina Geraldo Ataliba, a positivação das regras é melhor que nada.¹⁶

Hoje, esta quebra da legalidade, do Estado Democrático de Direito faz com que surjam perante a ordem jurídica figuras que nada tem a ver com o Ordenamento Jurídico, permitindo a ausência do Estado para os mais necessitados.

Na verdade sabemos que o Estado só se ausenta para os mais humildes, na verdade o neoliberalismo permite a captura deste por parte das grandes empresas nacionais e multinacionais, seja de maneira ilícita ou lícita (agências reguladoras e PPPs) e não faz nada de novo nisso, Sérgio Buarque de Holanda já identificava esta mistura do público com o privado na nossa história quando afirmava que *“não era fácil aos detentores das posições públicas de*

¹⁵ Luís S. Cabral de MONCADA, *Lei e Regulamento*, p.220.

¹⁶ Hoje a uma verdadeira cruzada contra a Legalidade, mas não por acaso, ela reflete outros interesses que não são jurídicos, tampouco confessáveis. O Discurso dominante através de vários meios faz com que a sociedade acredite na incapacidade do Estado para ser eficaz, só a iniciativa privada tem esta capacidade, no primeiro também só há corrupção, o segundo está livre. Este pensamento mentiroso se instala inconscientemente nas pessoas que passam acreditar, reproduzir, e o pior, defender esta ideologia. Os Operadores do Direito têm que estar sempre alerta para estas armadilhas da linguagem, pois ao contrário das ditaduras militares por mais violentas que fossem, sabíamos que estávamos enfrentando, hoje o totalitarismo é silencioso, utilizando não apenas o aparelho estatal, mas toda a estrutura dominante, principalmente os meios de comunicação de massa. Não temos dúvida que uma desconstrução da legalidade é um dos pressupostos para a derrocada do Estado Democrático de Direito.

*responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público*¹⁷.

O Direito não pode refletir, e pelo contrário, tem que ser utilizado pelo Operador do Direito, que antes de tudo é um Cidadão, como um instrumento de enfretamento do sistema neoliberal, fortalecendo a atuação do Estado na garantia dos Direitos Fundamentais.

Em resumo, o Direito tem que ser algo impessoal, fruto das instituições e seu fim será determinado pela consciência jurídica de cada sociedade, que irá ou não consagrar as prescrições positivadas para atingir os fins determinados pela Constituição.

1.2. Nosso conceito de Norma

Ainda que superficialmente, queremos trazer a baila nosso conceito de Norma. Em nossa opinião a norma é o produto da interpretação, ela não significa o que está escrito de maneira literal no texto.

Como bem afirma Alexy não podemos confundir a norma com seu enunciado normativo, ele nos ensina que a norma é o significado do enunciado normativo e para demonstrar com clareza essa afirmação, nos ensina: *“El hecho de que la misma norma puede ser expresada a través de diferentes enunciados normativos pone de manifesto que hay que distinguir enunciado normativo y norma”*.¹⁸

¹⁷ Sérgio Buarque de HOLANDA, *Raízes do Brasil*, p.145.

¹⁸ Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 51

E com inteligência afirma: *“Hay que mencionar, además, que lãs normas pueden ser expresadas también sin recurrir a enunciados, por ejemplo, a través de lãs señales luminosas de um semáforo”*.¹⁹

Com isso podemos afirmar que uma norma pode ser expressa de diversas maneiras. A norma é o produto da interpretação, Com certeza é o sentido dado ao texto, ao enunciado normativo pelo intérprete.

Sem dúvida este caminho traçado pelo intérprete não pode ser o da literalidade do texto, ele tem que conjugar os princípios do direito positivo para que a norma seja válida perante o sistema. Não há uma arbitrariedade nesse sentido dado pelo intérprete, o Direito positivo é a baliza e o fim que o acompanhará nessa interpretação. Acreditamos que este ponto de vista está em conformidade com que Celso Antônio Bandeira de Mello afirmou :

A norma jurídica, com suas palavras, persiste no mundo do “dever-ser”, os fatos e comportamentos assistem no mundo do “ser”, cada qual pertencendo a um plano lógico irredutível ao outro, como ensinou Kelsen. Sem embargo, a norma existe para ser aplicada, e para tanto, necessita ser entendida. É o problema da “interpretação”, que necessariamente precede a aplicação. A interpretação é feita por homens, que entendem as normas em função dos condicionantes aludidos. Assim, é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que aplica, sim, é a própria norma,

¹⁹ *Op.cit*, p. 51.

*porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que lhe resulta da interpretação.*²⁰ (grifos do original)

Sem dúvida é de fundamental importância aclarar o que pensamos em torno de uma Classificação, de uma opção. Esta não pode ser algo aleatório, tem que ter um fundamento, em nossa opinião, científico. Na maioria das vezes, uma boa classificação, impede discussões jurídicas estéreis.

Sem contradizer o dito acima, fundamental também para aquele que escrever, como sempre alerta o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, é o autor clarear para o leitor, o significado das expressões utilizadas. Com certeza isso evitará muitos problemas. Com isso tem inteira razão Genaro Carrió:

*Pienso que em parte no desdeñable lãs disputas entre los juristas están contaminadas por falta de claridad acerca como deben tomarse ciertos enunciados que típicamente aparecen em la teoria jurídica.*²¹

O Direito não é algo divino metafísico, ele é uma construção cultural, o papel da ciência jurídica é extrair o sentido em determinada época, dentro de uma determinada sociedade.

Com isso a ciência jurídica tem função fundamental, através de um processo racional, onde a norma é uma estrutura lógica, de sistematizar o Direito, trazendo classificações que sejam úteis ao estudo deste.

²⁰ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p.665.

²¹ Gerano CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 22.

Cabe bem aqui citar Celso Antônio Bandeira de Mello: “*percebe-se que é completamente vã a procura de um conceito verdadeiro, excludente de quais outros, por falsos, com validade universal para ato administrativo*”.²²

Concordando com o Professor acima citado, não pode o Direito buscar essências como se houvesse algo intrínseco nas palavras que tivessem um conceito mágico. Os conceitos, as classificações, nascem em virtude de uma racionalidade, baseada nos princípios lógicos, da não contradição, da identidade e do terceiro excluído.

Esta racionalidade também não pode ser aleatória, um fim em si mesmo, o Direito como objeto cultural existe para servir aos homens, e razão assiste a Miguel Reale quando querendo delimitar o âmbito de atuação do operador do direito, que deve ser o apenas jurídico, assevera: “*essas ciências que têm, por objetivo o próprio homem ou as atividades do homem buscando a realização de fins especificamente humanos*”.²³

Essa brilhante expressão nos permite nos afirmar que o Direito tem que delimitar seu campo de atuação. O que pertence a história do direito, a filosofia do direito, são tão importantes quanto estes, ou talvez até mais, mas nada tem a ver com a ciência jurídica. Esta deve se limitar apenas ao campo jurídico.

A afirmação acima pode trazer um certo calafrio, pois hoje no Brasil e no mundo há uma proliferação quase que devastadora de teorias que misturam principalmente economia e direito, tememos até pelo fim da ciência do direito, e o surgimento de uma disciplina, economia do Direito.

²² *Op. cit.*, p. 362.

²³ Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, p. 30.

Bom esclarecer que quando defendemos que a ciência jurídica deve ater-se apenas ao Direito, é uma maneira de ver o fenômeno jurídico, e não vislumbramos outra correta, a primeira vista pode parecer uma visão conservadora, retrógrada, mas pelo contrário, é uma posição que institucionaliza os procedimentos, traz mais segurança jurídica à sociedade.

O problema é que muitos que criticam esta posição confundem o positivismo, com literalidade da lei, mera interpretação gramatical. Num País em que o maior documento jurídico é composto de palavras abertas, princípios como dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, não tem posição mais avançada do que ser um “positivista”.

Sem dúvida, impossível em breve estudo esgotar assunto tão interessante, por isso para estudar a aplicação de separação dos poderes no Brasil, se fez necessário essa delimitação do que entendemos pelo estudo do direito, sob pena de não fazer isso, deixar o leitor totalmente perdido.

Arrematamos este assunto com Pontes de Miranda que afirma: *“O ser juridicamente e o não-ser juridicamente separam os acontecimentos em fatos do mundo jurídico e fatos estranhos ao mundo jurídico”*.²⁴

Bom esclarecer que as classificações existem para facilitar o estudo, elas têm que ter uma utilidade por isso para o mesmo fenômeno podemos ter mais de uma classificação, não existindo uma mais certa que a outra, podendo sim, como nos ensina Carrió, ser uma mais útil ou menos útil para dada situação. Muitas vezes se perde tempo entre os estudiosos do Direito, cada um querendo afirmar que sua classificação é a única verdadeira, o Mestre Genaro Carrió, nos alertou para isso:

²⁴ Pontes de MIRANDA, *Tratado de Direito Privado, Tomo 4*, p.8

Otras veces lãs discrepâncias entre los juristas presuponem una creencia errônea sobre el papel o función que dsempeñãm las clasificaciones. Esto es um vicio que no es privativo de los juristas, pero que asume entre ellos rasgos particulamente nocivio.²⁵

Este alerta há tempo feito por Carrió, cabe como a luva nos entraves jurídicos de hoje, muitas vezes, assuntos sem importância, ou por implicância pessoal são gastos rios de tinta para defender posições, às vezes, indefensáveis, por vaidade jurídica, quando poderia está fazendo ciência jurídica de verdade.

Excelente a comparação de Carrió:

(...) decidirse por una clasificación no es como preferir um mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como estes uma cierta realid geográfica, que sirve de tribunal napeable, con sus rios, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mapa mal olvida. Dedicirse por uma clasificación es más bien como optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses. Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y este falso, sino porque el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer com menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas.²⁶

²⁵ *Op.cit*, p.72.

²⁶ *Op.cit*, p.73.

Esta afirmação reforça de uma vez por todas que um estudioso do direito não pode em momento algum, afirmar que seus estudos, sua classificação é a única correta. Pelo contrário, dentro de um Estado Democrático de Direito, de um país constitucional, a diversidade ideológica, jurídica tem que ser respeitada e praticada a todo o momento. É inclusive norma constitucional, como a previsão de plebiscitos.

As classificações, as divisões, são técnicas de didática, o direito não é algo estanque, dividido em belos compartimentos. Ele está em constante alteração. No caso do Direito Administrativo, especificamente, sua autonomia científica didática existe por ter princípios e normas que justificam isso. Merkel, já falava disso:

Lo que justifica la separación de una ciencia del derecho administrativo dentro del total del sistema total de la ciencia jurídica, esbleciéndola como disciplina jurídica independiente, es la circunstancia de que todo el derecho comprendido con el nombre de derecho administrativo ofrece características comunes que permiten diferenciarle de resto do campo jurídico.²⁷

Alfredo Becker nos alertava também para este “problema” da autonomia:

Pela simples razão de não pode existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a autonomia (no sentido de independência relativa) de qualquer outro ramo do direito positivo é sempre e unicamente didática para, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de regras

²⁷ Adolfo MERCKEL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 123.

*jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo organico e que une este grupo a totalidade do sistema jurídico.*²⁸

A opção por determinado Autor, a crítica a outro, não significa que as classificações estejam erradas, mas que elas, em nossa opinião, não servem para explicar o fenômeno estudado, não por isso, menos importante.

²⁸ Alfredo BECKER, *Teoria Geral do Direito Tributário*, p. 31.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO LIMITAÇÃO DO PODER

A idéia da separação dos poderes antes de ser albergada no âmbito jurídico, era uma idéia política, trazia em si a luta contra o antigo regime, a derrubada de vetustas instituições era seu objetivo, por isso o Mestre Cearense Paulo Bonavides afirma com sua precisão peculiar:

Antes, porém que a realidade contradissesse aquele majestoso sistema de idéias ou pusesse abaixo aquele esboço otimista de organização social, em que a razão humana anunciava, no plano teórico, a obra da perfectibilidade das instituições, tudo levava a crer no triunfo dos esquemas de técnica constitucional do liberalismo.

Um desses esquemas foi a divisão dos poderes, que tinha como objeto precípua servir de escudos aos direitos da liberdade sem embargo sua compreensão, rigorosamente doutrinária conduzir ao enfraquecimento do Estado...²⁹ (grifo nosso)

Ao trazer a baila a técnica da Separação de Poderes, que Aristóteles já havia mencionando, Montesquieu traz uma preocupação que é a com a Estabilidade Política, isso fica claro quando ele afirma que todo aquele que tem Poder, tende a abusar dele e que não poderia ficar concentrado na mesma pessoa o poder legislativo, junto com o executivo, e ele tem uma afirmação que nos é verdadeira até os dias atuais: “*Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo*”.

²⁹ Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 73.

É bom mais uma vez lembrar Paulo Bonavides para colocar que não foi Montesquieu o primeiro a falar sobre divisão dos poderes, teve precursores na Idade Média e na Antiguidade.³⁰

Uma grande importância da revolução burguesa foi colocar o Homem como motor da história, este fato ninguém nega, isso se deveu a ideologia da separação dos poderes.

Com isso a revolução burguesa, que na França, teve o nome de Revolução Francesa alcançou o Poder a partir de lutas sangrentas, o Terceiro Estado que albergava tanto operários quanto os burgueses chegaram ao Poder, mas aqueles que iam deter de fato seria determinados pelo Direito, quando juridicizados privilégios econômicos. Após a Revolução nada foi alterado, o tráfico de escravos continuou a valer, por exemplo.

No Estado Absolutista todos os poderes ficavam concentrados nas mãos do Monarca, com isso este fazia o que bem entendia, com o mecanismo de Separação dos Poderes, ninguém deteria o poder absoluto do Estado.

O Liberalismo, com isso preocupado em não voltar para o Absolutismo, divide as funções antes concentradas em uma só pessoa, em três órgãos distintos que seriam independentes, mas harmônicos entre si.

É inegável que apesar de construída sobre uma realidade histórica peculiar, a doutrina da separação dos poderes é um paradigma seguindo nas democracias ocidentais.

³⁰ Paulo BONAVIDES, *Ciência Política*, p. 136, o Mestre afirma: “O princípio da Separação de Poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de Direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu todavia precursores, já na antiguidade, já na idade Média e tempos modernos. O Autor dentre outros cita, Aristóteles, Marsílio de Pádua, Bodin e destaca Locke, em que diz deste: “menos afamado que Montesquieu, é quase tão moderno quanto este, no tocante a separação de poderes”.

Sem dúvida nenhuma, o grande objetivo dos defensores desta teoria era a busca definitiva da liberdade por isso não queriam correr o risco de retornar ao absolutismo.

A liberdade ia decorrer neste sistema de governo porque não haveria temor por parte dos cidadãos em relação ao Poder como ocorria no Absolutismo.

Com isso podemos afirmar que a Revolução Francesa marca o início do Estado de Direito. A derrocada da Monarquia Absolutista e a emergência do Estado Liberal, transformar a sociedade. Em vez da vontade o que passa a predominar é a Lei.

O Estado deixa de ser algo pessoal, e passa a ser impessoal. Os direitos ditos naturais passam a ser positivados, a separação de poderes constitui também uma dessas conquistas para garantia desses direitos inalienáveis. A lei atinge seu apogeu, consagrada pela Constituição de 1791.³¹

Como bem afirma Pausakanis, o poder em vez de ser de um homem em relação a outro homem, é transposto para realidade, como sendo de maneira objetiva e imparcial.³²

O Direito conseqüentemente seria infalível, fruto da razão, seria também pleno, não existiriam lacunas. O progresso da humanidade mostrou a deficiência desse pensamento.

De toda sorte não podemos negar a importância da Revolução Francesa para história da humanidade e em que pese ter a burguesia ter se apossado do poder

³¹ *“Não há na França autoridade superior à lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”*(art.3º)

³² E.B. PAUSAKANIS, *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, p. 119.

cometido barbaridades tão cruéis quanto o sistema que derrubou. Ela foi de vital importância para mostrar que o Homem é capaz de transformar sua história.

2.1. Conseqüências jurídicas da técnica da Separação dos Poderes

2.1.1. Juiz mero executor da lei

Uma das grandes conseqüências que esta técnica produziu foi a idéia que o Juiz estava vinculado de maneira absoluta a literalidade da lei. Com isso a lei teria a capacidade de trazer, principalmente ao Juiz, uma resposta pronta e acabada para o problema apresentado. Bastaria ao Juiz, uma dedução lógica para descobrir o que a lei pretendia prescrever.

O Estado burguês é logo um Estado legalista, como havia a crença absoluta na soberania popular, expressada pelo Parlamento, que representava a vontade geral, só a lei limitava, logo, o Judiciário estava totalmente vinculado a esta.

Esta concepção fica clara com a existência e proliferação dos códigos que seriam os remédios para qualquer disputa jurídica. O juiz, caso não soubesse a solução deveria se valer da interpretação sistemática para *descobrir* a “vontade do legislador”, sendo esta “solução”, mais um remédio para frear a interpretação jurídica.

Em conseqüência disso cria-se o mito da neutralidade do Juiz, sendo ele apenas a boca da lei, como se o Juiz não vivesse em sociedade, e ao proferir sua

sentença não sofresse influências de sua formação, cultura, psicológica, religiosa, dentre outras.

Se exige do Poder Judiciário uma nova postura, como bem afirmou Mauro Cappelletti :

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. ³³

Infelizmente tal pensamento não ficou no século XIX; até os tempos de hoje alguns operadores do direito crêem na falácia da infalibilidade da lei ³⁴, negando até mesmo natureza jurídica a princípios constitucionais e normas programáticas.

³³ Mauro CAPELLETTI, Acesso à justiça, p.9.

³⁴ Ovídio Batista SILVA faz essa crítica na obra *Processo e ideologia*, e com razão, põe a culpa na formação dos estudantes de direito, que são ensinados a compreender o Direito, sempre a partir da lei, como esta fosse infalível. Com precisão ele afirma: “O Direito, tanto na Universidade quanto na prática, continua sendo uma ciência demonstrativa, não uma ciência da compreensão, construída dialeticamente. A retórica, enquanto ciência da argumentação forense, ainda não teve seu reingresso autorizado na Universidade brasileira. O ensino do Direito, em nosso país, tenta normatizar os fatos dando-lhes o sentido de uma norma, mesmo que o processo tenha como objeto a lide, que é um pedaço da história humana. Nossa metodologia universitária cuida dessa parcela da história como se estivesse a tratar de um problema geométrico. Como preconizara Savigny. O Estudante não tem acesso aos “fatos”, apenas às regras”. pp. 36-37.

2.1.2. Submissão do Executivo

Uma outra conseqüência jurídica fundamental para o Estado de Direito é a submissão da atividade executiva à lei. Como aprofundaremos no tópico concernente a função administrativa, esta somente pode agir mediante lei, como bem afirma Geraldo Ataliba: “*a teoria da divisão do poder conclui por afirmar que a atividade administrativa há de ser precedida pela legislativa e nesta encontra o próprio guia, o próprio fundamento e o próprio limite*”.³⁵

Com certeza esta é, em nossa opinião, a conseqüência mais importante para a construção do Estado Democrático de Direito, ela limita e impõe balizas aos detentores do Poder Executivo.

Podemos afirmar com convicção que esta conseqüência não encontrou guarita ainda em países periféricos como o nosso, apenas foi positivada, mas não se enraizou na cultura social e jurídica de nossa sociedade, por exemplo.

Nossa tradição autoritária ainda faz com que a nação aceite passivamente, por exemplo, o abuso das medidas provisórias, que é a encarnação da negação deste princípio. Uma verdadeira excrescência jurídica.

Decorre para os indivíduos uma garantia que não será alvitado em sua liberdade e propriedade sem uma lei que determine tal medida. Estas conquistas em países mais avançados já fazem parte da cultura do povo.

Em países de modernidade tardia como o nosso, o máximo que atingimos foi positivar as regras do Estado Democrático de Direito, mas não o realizamos de fato.

³⁵ Geraldo ATALIBA, *República e Constituição*, in passim.

O que de fato ocorre em nosso país (e em muitos países de modernidade tardia) não um Estado de Direito, tampouco uma verdadeira democracia, mas a existência de regras procedimentais para determinar quem possuirá o Poder.³⁶

2.1.3. Igualdade perante a lei

Com certeza a igualdade, o fim da supremacia da nobreza foi uma das conquistas das revoluções burguesas, mas essa vitória não foi um mar de rosas. Serve aqui a seguinte descrição de Eric Hobsbawn:

*Já era suficientemente amarga a acusação de que a prosperidade material do trabalhador pobre freqüentemente não era maior do que no passado, e, às vezes, pior do que em períodos guardados na memória.*³⁷

Havia uma igualdade formal, mas esta igualdade como a história demonstrou produziu grandes deformidades sociais, não havia uma igualdade material.

Esta igualdade foi um instrumento que possibilitou a burguesia acumular mais capital, aumentando o fosso entre esta e a classe proletária. Essa forma jurídica sofre ataques de estudiosos marxistas do direito como Michel Mialle, afirmando que as pessoas embora reconhecidas como sujeitos de direito, nem por isso eram

³⁶ Mesmos essas regras nem sempre foram, nem temos a garantia que serão sempre cumpridas. Basta lembrar, a tentativa de fraude em 1982 (ainda a época da Ditadura) contra a eleição de Leonel Brizola para Governador do Rio. Fraude esta compactuada pelo Sistema Globo de Comunicação (Tvs, rádios e jornais). Outro fator que gera desconfiança que estas regras possam ser quebradas é a resistência à possibilidade de recontagem de votos da urna eletrônica, a partir do voto impresso.

³⁷ Eric HOBBSBAUM, *A era das Revoluções*, 1789-1848, p.323.

submetidas a um estatuto jurídico idêntico como os indígenas e europeus e afirma, vejamos:

*A noção de sujeito de direito é bem, pois, uma noção histórica, com todas as conseqüências que esta afirmação acarreta. Ouçam-nos bem: não se trata de lamentar ou de recusar que os indivíduos são sujeitos de direito. Em dado sentido, esta aquisição é portadora de uma libertação já que postula a destruição das relações tradicionais extremamente constrangentes. Ao abolir os privilégios em 4 de agosto de 1789, e, em seguida a votar a Declaração do Homem e do Cidadão, poucos dias depois, os burgueses do fim do século XVIII fazem estalar uma organização social opressora para uma larga maioria. Nessa medida, a burguesia revela-se revolucionária, mas nessa medida apenas. É preciso compreender que, ao fazer isso, o novo sistema jurídico não cria ex nihilo uma pessoa nova. Pela categoria de sujeito de direito, ele mostra-se como parte de sistema social global que triunfa neste momento: o capitalismo. É preciso, pois, recusar todo o ponto de vista idealista que tenderia a confundir esta categoria com aquilo que ela é suposta representar (a liberdade real dos indivíduos). É preciso tomá-la por aquilo que ela é: uma noção histórica.*³⁸ (grifo nosso)

Essa igualdade era o supra sumo do liberalismo, a supremacia do 'laissez faire', 'laissez passe'r, com isso a força de trabalho passa a ser tratada com mercadoria, ou seja, o trabalhador passa a ser mais uma mercadoria dentro do

³⁸ Michel MIAILLE, *Uma introdução crítica ao Direito*, p.115.

sistema capitalista. Decorrência disso será uma profunda desigualdade decorrente em que o trabalhador teria o salário e o capitalista o lucro, fruto da mais valia onde trabalhador “vende” sua força de trabalho ao capitalista.

Hoje esta igualdade apenas formal está superada, os Estados preocupados com a eliminação das desigualdades através de suas instâncias jurídicas têm criado mecanismos de compensação para redução das diferenças.

Se em países mais desenvolvidos o sistema do ‘*laissez faire*’, ‘*laissez passer*’ para dizer o mínimo foi um desastre do ponto de vista social, este não pode ser implantado em países atrasados, como bem afirma Boaventura Souza Santos: “*precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal. Fica evidente que um conceito de um Estado fraco é um conceito fraco*”.E arremata: “*Nunca os incluídos estiveram tão incluídos e os excluídos, tão excluídos*”.³⁹

Sabemos que igualdade real é impossível, mas acreditamos ser plenamente alcançável aquilo que Avelãs Nunes denomina “*direito a um grau razoável de igualdade*” quando diz:

No conceito de necessidades básicas tende hoje a incluir-se também a idéia de que o desenvolvimento implica o direito a um grau razoável de igualdade entre os cidadãos do mesmo país, no que toca designadamente à repartição do rendimento e ao acesso às condições básicas de desenvolvimento e promoção social. Falar

³⁹ Boaventura Souza SANTOS defende Estado forte. Correio do Povo. Secção Geral. Porto Alegre, 6 de abril de 1998, p.9 in Lênio STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* ,p.64

*deste direito a um grau razoável de igualdade significa afastar a velha concepção de que crescer é concentrar (...)*⁴⁰

Como bem afirma este Autor, esta “nova igualdade” passa pela organização da sociedade. E em nossa opinião, nesta organização, o Direito tem o papel fundamental de determinar o caminho a ser seguido por determinada Sociedade para consecução desta igualdade.

A igualdade não pode ser visto apenas do ângulo formal, este é o primeiro passo, importante sim, mas para que seja um Estado legítimo, seus cidadãos têm que ter uma razoável dignidade em suas vidas, tendo acesso aos direitos mais básicos como saúde e educação.

Não podemos esquecer que o tratamento dado às pessoas pelo Estado tem que ser impessoal, como bem assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o princípio da impessoalidade:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas, ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções, ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia(...)⁴¹ (grifo nosso)

⁴⁰ Antônio José AVELÃS NUNES, *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, p. 112-113.

⁴¹ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 110.

Geraldo Ataliba, também defendia que só pode haver legalidade combinada com igualdade:

*“A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.”*⁴² (grifo nosso)

O Mestre Pernambucano Souto Maior Borges, também nos ensina quando afirma:

*Por isso pode descrever a relação entre isonomia e legalidade como uma relação conversa: nenhuma isonomia, sem legalidade, nenhuma legalidade, sem isonomia. E enunciar por esta via um só princípio, um só direito-garantia, a legalidade isonômica: ninguém deve fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei isônoma.*⁴³ (grifo nosso)

Buscamos com isso neste tópico demonstrar que a igualdade formal é um pressuposto para atuação do Estado na redução das desigualdades materiais.

⁴² Geraldo ATALIBA, *República e Constituição*, p. 160.

⁴³ Souto maior BORGES, Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do Tributo in *Revista Diálogo Jurídico*, p.3.

Apenas a Lei igualitária é insuficiente, mas é o início de uma correta atuação estatal. Sem dúvida assiste razão Afonso Queiró quando afirma que *“aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu”*.⁴⁴

Por isso valiosa a afirmação de Alexy ao determinar que o tratamento legal da igualdade tem que atender as diferenças existentes na sociedade, ele afirmou:

*Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los respectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si há de tener algún contenido.*⁴⁵

O nosso sistema jurídico já positivou estes Direitos, falta ainda a consciência jurídica dos nossos operadores para efetivá-los e não deixá-lo apenas como meras palavras em nosso ordenamento jurídico. Isto sim, uma violência silenciosa e perversa que perpetuará cada vez mais as desigualdades existentes.

Com isso, crescem, em importância, as chamadas ações afirmativas, e grupos vulneráveis passam a ter maior oportunidades, possibilitando uma verdadeira concreção do princípio da igualdade. Toda desigualdade legislativa ou administrativa tem que ser bem fundamentada assiste razão Luis Roberto Barroso que afirma: “a

⁴⁴ Afonso Rodrigues QUEIRÓ, *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo* in Revista de Direito Administrativo, vol. 6, p.47.

⁴⁵ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 384.

*desequiparação, ademais, terá de ser necessária para realização do objetivo visado, vedando o excesso, isto é, o tratamento diferenciado além do que imprescindível”.*⁴⁶

Diante da importância de consagração do princípio da igualdade, compartilhamos o entendimento do Professor Celso, que resumimos a seguir. Este tem que ser a guia-mestra das decisões judiciais.

2.1.4. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade – A Posição de Celso Bandeira de Mello⁴⁷

Para Celso Bandeira de Mello o art 5º não apenas nivela os cidadãos perante a lei, mas nem a própria lei pode ser editada em descompasso com a isonomia. O princípio da isonomia é dirigido tanto ao aplicador da lei quanto ao legislador. Cláusula constitucional da igualdade tem como destinatário primeiro o legislador. Primeira e fundamental limitação.

Para Bandeira de Mello a Lei não pode ser instrumento de privilégios, mas instrumento regulador da vida social que vise tratar os cidadão de maneira isonômica. Princípio da legalidade e igualdade é imanente a todas as leis. Nem todos os indivíduos podem ter as mesmas obrigações.

A norma legal determina restrições. Deveres e obrigações são diferentes entre as pessoas. Ex: Sociedades comerciais x sociedades comuns.

⁴⁶ Luis Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p.244.

⁴⁷ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*.

Quaisquer elementos residentes nas pessoas, coisas, ou situações podem ser escolhidos pela como fator discriminatório, de regra, não é o traço de diferenciação escolhido que deve ter algo que afronte o princípio isonômico.

São permitidas as discriminações quando compatíveis com a cláusula legislativa apenas e tão somente quando existe vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade da diferença acolhida residente no objeto e a desigualdade no tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses protegidos na constituição.

Fator ou objeto algum pode ser escolhido de maneira aleatória, isto é, sem pertinência com a diferença procedida. A norma jurídica não pode fazer discriminações infundadas.

Características para identificação do desrespeito a isonomia:

I - Elementos tomados como fator de desigualação - investigar o critério discriminatório.

II - Correlação lógica abstrata existente entre o fator elegido em critério discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diferenciado-justificação racional.

III - Consonância desta correlação lógica abstrata e os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados - verificar in concreto se a discriminação acolhida tem fundamento no sistema constitucional. Tem que haver a consonância dos três critérios acima.

A lei não pode eleger um critério diferencial, um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar. O traço diferencial adotado, necessariamente há de residir nas

pessoas, causa ou situação discriminada, elemento algum que não nelas mesmas poderão servir de base para sujeitá-los a regimes diferentes.

O princípio da igualdade tem dois objetivos: tolher favoritismos, além de ser uma garantia do indivíduo. Celso Bandeira de Mello adverte para os mandamentos aparentemente genéricos, mas que de algum modo contém uma particularidade para favorecer um indivíduo. Possibilidade de cumprimento formal do mandamento, mas descumpra em sua substância.

A inviabilidade da norma pode ser tanto lógica quanto material. A lógica consiste em figurar uma situação atual irreproduzível por força da própria abrangência racional do enunciado. Beneficiando por exemplo aqueles que praticaram determinado ato, no ano anterior, sendo certo e conhecido que apenas um indivíduo praticou tal ato. A material consiste quando na reprodução da hipótese, a descrição consiste numa situação cujo particularismo revela uma tão extrema, da improbabilidade de recorrência que valha como denúncia de propósito, fraudulento, de singularização absoluta do destinatário.

Pode a lei dirigir a um indivíduo sem discriminar. Ex: Será concedido prêmio, ao primeiro que inventar o carro a água. A Lei se diz geral quando apanha uma classe de sujeitos. Generalidade opõe-se a individualização, que sucede toda vez que se volta um único sujeito, particularizadamente, caso em que se deve nominá-la *a lei individual*.

Abstração da lei é diversa, o contraponto do preceito abstrato é concreto. Toda norma abstrata é geral. A generalidade pode ser concreta, porém a abstração necessita da generalidade. A regra é geral porque apanha toda uma classe de indivíduos, se no futuro se venha colocar vários na mesma situação, ou seja uma situação reproduzível, renovação da situação, a lei será abstrata e geral, porém se

contempla uma situação já existente e que não se repetirá mais será geral e concreta. A generalidade da lei não traz consigo qualquer predicação quanto à concreção ou abstração.

Com isso a *regra geral* nunca poderá ofender a isonomia pelo aspecto da individualização, vez que seu enunciado é, de si mesmo, incompatível com tal possibilidade. A *regra abstrata* também jamais poderá adversar o princípio da igualdade, ou seja, não pode ter a individualização absoluta, tem que haver a possibilidade da norma incidir novamente para albergar uma categoria de indivíduos.

Para Celso Antônio, a *regra individual* poderá ou não incompatibilizar-se com o princípio da igualdade no que tina a singularidade do sujeito. Para ser compatível tem que se reportar ao futuro. Caso se refira ao um sujeito atual, determinado ou determinável, estará transgredindo a isonomia.

A regra concreta será harmonizável com a igualdade quando além de concreta seja geral e não será se for concreta e individual. É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas, situações ou coisas mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes.

Discriminação alguma pode ser feita, por exemplo, em razão da área espacial que determinada classe esteja habitando. A discriminação ocorrerá não em função do lugar, mas o que nelas exista para justificar a diferenciação.

Quando a lei de maneira válida colhe indivíduos e situações a partir de tal data, não está em rigor erigindo o tempo, per se, na verdade quando a lei faz referência ao tempo, aparentemente como elemento pra discriminar determinadas situações, o que na verdade está prestigiando como fator de desequiparação é a própria sucessão de fatos ou de “estados” transcorridos ou a transcorre. Ex:

Estabilidade após dois anos, o tempo é neutro, o que decorreu ao longo dele, uma certa sucessão, persistência no cargo que será o fator de estabilização.

Os que já existem recebem um dado tratamento, o que venha receberão outro. É a diferença entre existir e não existir (ter ocorrido ou não ter ocorrido) que o Direito empresta força de fator distintivo entre situações para lhes atribuir disciplinas diversas. E mesmo nas hipóteses acima, não é ilimitada a possibilidade de discriminação. Os fatos já existentes foram e continuaram sendo, todos eles tratados do mesmo modo, salvo se, por outro fator logicamente correlacionado com alguma distinção estabelecida, venham a ser desequiparados.

Para Bandeira de Mello, a data, na faz mais senão recobrir acontecimento ou acontecimentos que são eles mesmos as próprias raízes da desequiparação realizada. Tomar o tempo como elemento de discriminação pode significar afronte à isonomia

Aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessário e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomados como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio da isonomia. Fatos ou situações que nele (tempo) transcorreram e por ele se demarcaram, este sim, que podem ser erigidos em fatores de discriminação, desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado e a disparidade do tratamento quem em função disto se adota.

A remissão por ser fator neutro, é inexorável, não existe regulação normativa sem referência temporal. O tempo é apenas uma referência. O que se põe em pauta são sempre as pessoas, fatos ou situações, pois nelas que residem às diferenças.

A Lei não pode tomar tempo ou data como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares, sem com isto pelejar à arca partida com o princípio da igualdade. O que se pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido por ele delimitado. São os fatos e acontecimentos que estão alojados no tempo e não o inverso.

Se forem iguais os fatos, não há como diferenciá-los, sem desatender ao princípio da isonomia. O que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuam em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicado nas coisas. Tem-se que buscar as diferenças na própria situação, fato ou pessoa e não num fator alheio que em nada lhes agregam peculiaridades desuniformizadoras.

Professor Celso afirma que é irracional, ilógico, buscar um elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fator de sua peculiarização. Correlação lógica abstrata existente entre o fator elegido em critério discrimen e a disparidade legal decidida em função dele, este é o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico. Esta conexão lógica determinará ou não a validade de uma regra

Tem se que investigar, de um lado, aquilo erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. É agredida a norma isonômica quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravem imposto.

Necessita o fator de discriminação, necessariamente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. A lei não pode conceder tratamento específico vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

A mesma lei dependendo da realidade histórica do momento surgirá ou não como afrontosa ao princípio da igualdade. Para que a discriminação seja legal é necessária a ocorrência de 4 elementos: Não atingir de modo absoluto e individual um só indivíduo, situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito, sejam efetivamente distintas entre si, existam nelas as diferenças, não algo externo, correlação lógica abstrata existente entre o fator elegido em critério *discrimen* e a disparidade legal decidida em função dele, estabelecida pela norma jurídica e consonância desta correlação lógica abstrata e os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados - verificar in concreto se a discriminação acolhida tem fundamento no sistema constitucional.

O último elemento encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, mesmo que real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. A diferença tem que ser constitucionalmente pertinente. Ex: criar favores para grupos estrangeiros (ofensa ao art. 170 e 171 §§1º e 2º), para empresas de porte médio (ofensa, ao art. 173,§4).

Não bastam os pressupostos fáticos diversos, nem o fundamento lógico, tem se que estar prestigiado na carta maior. Não se pode legalmente interpretar como desigualdades, certas situações quando a lei não haja assumido o fator tido como desequiparador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas,

acidentais, cerebrinas, ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de se considerar; se a lei propôs discriminação e compatibiliza-se com os princípios já colocados, não como negar a discriminação, porém se a distinção não procede de lei, não se pode forçar a interpretação para discriminar que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.

Com absoluta razão Celso Bandeira afirma que a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. A presunção genérica e absoluta da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe.

Há ofensa ao princípio constitucional da isonomia quando: a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e determinada. A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” - que não descansa no objeto - como critério diferencial. A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. A norma supõe relação de pertinência lógica abstrata, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

3. A SEPARAÇÃO DE PODERES EM HANS KELSEN, OSWALDO BANDEIRA DE MELLO E AGUSTÍN GORDILLO

Escolhemos estes três Autores para ilustrar três visões diferentes e mais detalhadas em torno da separação dos poderes, Kelsen e Oswaldo Bandeira de Mello com uma visão dual, porém distintas entre eles e Agustín Gordillo com uma visão trina.

3.1. Posição de Hans Kelsen⁴⁸

Este autor traz a tona a dificuldade de se conceituar o que seria o Estado, esta palavra teria vários significados, para ele um modo de simplificar seria apenas compreender Estado a partir do ponto de vista puramente jurídico. O Estado seria apenas um fenômeno jurídico.

Kelsen coloca, fazendo uma comparação com o indivíduo, apesar de ter sido o Direito criado pelo Estado, ele regula a conduta deste, assim como regula a conduta do homem, e afirma que existe tanto um conceito biofísico do homem como jurídico, logo há um conceito jurídico de Estado e um sociológico. Logo, podemos concluir que Estado e Direito são na concepção Kelseniana conceitos diferentes. Para ele a concepção sociológica de Estado, pressupõe uma concepção jurídica.

⁴⁸ Nesta parte como dito buscou-se demonstrar o pensamento do Autor, foi retirado nesse caso principalmente do livro *Teoria Geral do Direito e do Estado*, não acreditamos que seja necessário colocar rodapés em todos os parágrafos por isso remetemos o leitor a este livro e a outros dois, a saber: *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral das Normas*.

Kelsen não admite ver o Estado como entidade sociológica ou psicológica para ele é atribuir um caráter pessoal a algo que tem caráter normativo. Este modo errado na visão dele tem um caráter ideológico que seria de demonstrar um suposto interesse coletivo, ocultando os conflitos de interesse existentes.

Outra teoria que ele enfrenta, é a teoria orgânica, para ele o defeito desta está em não explicar cientificamente o que seria o Estado. A teoria para ele mais bem sucedida é aquela que vê o Estado em termos de dominação. Ou seja, para esta teoria alguns detêm o poder do Estado e outros estão subordinados. Para ele, esta dominação só será legítima se ocorrer de acordo com a ordem jurídica válida.

Para Kelsen só há um conceito jurídico de Estado, ou seja, seria ordem jurídica centralizada. Estado, a partir de uma visão Kelseniana seria uma organização política que regularia o uso da força, e teria o monopólio desta, logo, essas características podemos ver na visão de Kelsen é a mesma do Direito, por isso a ordem que constitui o Estado, é a ordem coercitiva do Direito.

Para Kelsen um órgão do Estado é qualquer órgão que cumpra sua função determinada pelo Direito, seja uma função criadora ou aplicadora do Direito. Bom destacar que Kelsen afirma que não basta demonstrar qual sujeito exercerá a função, mas cabe ao Direito revelar o procedimento para que um sujeito seja um órgão do direito.

Ao contrário do pensamento predominante que fala em tripartição dos poderes, Kelsen assim com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, tem uma visão dicotômica da separação dos poderes.

Para ele o conceito de “separação de poderes” designa um princípio de organização política. Este conceito pressupõe que os chamados três poderes podem

ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto para o Autor em tela essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Para ele não há três funções, mas duas básicas do Estado, que seriam a criação e aplicação do Direito. Além disso, para Kelsen, não seria possível definir as fronteiras separando as funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação do Direito-subjacente ao dualismo do poder legislativo e executivo(no sentido mais amplo), tem apenas caráter relativo, a maioria dos atos do Estado, sendo , ao mesmo tempo, para ele, atos criadores e aplicadores do Direito.

Para Kelsen é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.

Para Kelsen a base da ação do poder, seria as ações de legislar e executar. Legislar seria a ação de criação de normas gerais, por conseqüência executar seria a aplicação destas normas.

Por legislação seria a sanção de normas gerais como já dito. Destaque que um órgão só é legislativo quando esteja autorizado à criação de normas gerais. Bom destacar que para Kelsen nunca ocorre na realidade política que todas as normas gerais da ordem jurídica nacional tenham sido criadas exclusivamente por um órgão designado legislador.

Para ele o Poder legislativo seria aquele com capacidade jurídica para elaborar leis, ou seja, editar normas gerais, Poder legislativo seria aquele órgão do Estado que teria a faculdade de criar normas, ou seja seria a fonte de todas as normas gerais. Bom destacar que Kelsen ressaltava que excepcionalmente por

delegação legislativa pode outros órgãos exercer a competência legislativa, mas sempre de acordo com determinado no Direito.

Para ele quando o Executivo edita um “decreto-lei” (como chama o exercício desta competência no âmbito do Executivo) ele está exercendo função legislativa. Lógico que seria uma função atípica deste órgão. Lembra ele também que o veto do Poder Executivo, não é excepcional, faz parte da vida corrente do Executivo, mas está dentro da Função Legislativa.

Para Kelsen o Poder Judiciário exerce função legislativa no Controle Judicial das Leis e ao emitir Precedentes Judiciais. O Controle de Constitucionalidade das leis seria uma função legislativa negativa. A criação do Precedente para ele vincula e com isso está no mesmo nível da atividade legislativa.

Para Kelsen as funções do Poder Executivo e Judiciário são de fundo a mesma visto que os dois aplicam a lei. A diferença está apenas que em um caso a execução está nas mãos dos tribunais e em outro nos órgãos executivos.

Logo para ele a função de execução estaria dividida em função jurídica e executiva. Para ele não haveria separação de poderes, seria uma aparente separação o que ocorreria é uma distribuição de poderes e predominância de uma função em cada um dos poderes.

Para Kelsen uma separação rigorosa dos poderes judiciário e executivo (administrativo) seria impossível, já que não seriam funções essencialmente distintas. Ele afirma que a função judiciária é execução no mesmo sentido em que a função comumente descrita por este termo, a função judiciária também irá consistir na execução de normas gerais.

Um aspecto que o Autor demonstra é que há uma nítida tendência de tornar o processo administrativo semelhante ao judiciário.

Para ele o fato de o controle da administração ser feito pelos tribunais pode ser uma luz para demonstrar a insuficiência e a deficiência da doutrina da separação dos poderes.

Ele destaca o papel histórico da separação dos poderes quando afirma que os poderes legislativo, executivo e judiciário, que os formularam o princípio da separação tinham em mente, não são 3 funções do Estado distintas logicamente, mas competências que o parlamento, o monarca e os tribunais adquiriram ao longo da história na chamada monarquia constitucional.

A significação histórica do princípio chamado “separação de poderes” encontra-se precisamente no fato de que ele opera antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes. Ele ressalta que o controle das funções legislativa e executiva pelos tribunais significa que as funções legislativa, executiva e judiciária são combinadas na competência dos tribunais.

Kelsen finaliza afirmando que o princípio de uma separação de poderes, compreendidos literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é, essencialmente democrático. Ao contrário, corresponde à idéia de democracia é a noção de que todo o poder deve está concentrado no povo, e, onde não é possível democracia direta, mas apenas indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo.

Para Kelsen, caso esse órgão tenha apenas funções legislativas, os outros órgãos que têm de executar as normas emitidas pelo órgão legislativo devem ser

responsáveis para com ele, mesmo que também tenha sido eleitos pelo povo. É o órgão legislativo que tem o maior interesse numa execução rigorosa por ele emitidas.

O controle dos órgãos das funções executiva e judiciária pelos órgãos de função legislativa para o Autor corresponde à relação natural existente entre estas funções. E conclui que a democracia exige que o órgão legislativo seja dado o controle sobre os órgãos administrativo e judiciário.

3.2. Posição de Oswaldo Bandeira de Mello⁴⁹

Assim com Kelsen, este Autor, traz uma concepção de divisão dos poderes do Estado também dicotômica, como já dito, mas formulada de outra maneira, como veremos a seguir.

Para este Autor, o Estado-poder constitucionalmente estruturado tem como fulcro que seria a razão de ser de sua existência, atingir o bem comum do Estado-Sociedade. A ação normativa legislativa seria complementada por outras normas jurídicas, que dispõe sobre sua execução. Seriam os regulamentos e instruções.

A realização em concreto de todas essas normas Jurídicas, para Oswaldo Bandeira de Mello, envolveria a ação executiva do Estado-poder. A ação legislativa estabeleceria os escopos e balizas da ação executiva, mais ou menos rígidas, e, dentro destas, ela se moveria com maior ou menor liberdade, conforme o caso.

⁴⁹ Conclusões retiradas a partir *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol I. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

Além da ação legislativa e da executiva, existiria para o autor, uma outra ação, a ação judicante. Esta ação seria aquela que se aplicaria à norma jurídica disposta pela ação legislativa aos casos concretos.

Antes de emitir sua opinião em torno da separação das ações do Estado, ele traz uma classificação que não adota, mas que acreditamos ser válida citar aqui. Seria uma classificação dos atos jurídicos a partir de seu valor formal.

Nesta classificação a lei, além de ser matéria da regra jurídica imperativa, geral, abstrata, e impessoal como expressão do Poder Legislativo tem o valor de se impor, imediatamente, de modo superior a qualquer manifestação do Estado-poder, a todas autoridades e todos os componentes do Estado-sociedade, e de se impor a outros mandamentos imperativos anteriores, sendo seu poder limitado apenas pelos textos constitucionais.

Sua força jurídica derivaria do caráter de inovar, de maneira absoluta a ordem jurídica, derogando a anterior, dentro da estrutura constitucional vigente.

Já a sentença, além da sua natureza de resolução da controvérsia jurídica entre as partes para aplicação do Direito ao caso concreto, tem um valor formal, que consistiria no trânsito em julgado da decisão proferida. Insuscetível de modificação pelo próprio julgador, e sua força jurídica consiste no estabelecimento da coisa julgada.

O ato executivo, além da realização concreta da lei, como participante da ação do Estado-poder, tem o valor de presunção de verdade, e que consiste inder, em princípio, de prova, e pode ser, desde logo, exigível o que traria como conseqüência a força jurídica da auto-tutela, logo a possibilidade de auto-

executoriedade, quando não obedecido, ou seja a execução de ofício de seus atos, sem prévia autorização do poder judiciário.

Depois de trazer ao leitor esta idéia, o autor faz uma proposta de classificação das funções do Estado, que seriam duas, a Administrativa e a Jurisdicional.

Para ele tanto a ação legislativa quanto executiva, corresponderiam a duas expressões distintas de uma mesma faculdade do Estado-poder, que seria a integração da ordem social.

A ação judicial seria diferente pois, teria como fulcro manter a ordem jurídica, caso fosse ameaçado. Esta ação atuaria no presente, voltado para o passado. Para ele na função administrativa, através das ações legislativa e executiva, se exterioriza de modo direto pela coletividade, na jurisdicional isso seria de modo indireto.

Outra diferença para este Autor é que na ação administrativa, tanto executiva quanto legislativa o objeto da ação é a utilidade pública a ser alcançada mediante a promulgação de normas jurídicas e execução de atos jurídicos concretos. Assim o direito seria mero instrumento para atingir a utilidade pública.

Já na função jurisdicional o objeto seria o próprio direito. A justiça seria a virtude que presidira essa ação, na ação administrativa seria a prudência.

A partir disso ele afirma, o Poder Público uno se vale de duas faculdades distintas, ou seja se exterioriza através de dois poderes fundamentais: o político, de integração da ordem jurídica e o jurídico de reintegração dessa ordem jurídica. Com isso substitui uma concepção trina por uma dual dos poderes básicos do Estado.

Com isso ele diz que a função administrativa se expressa através do poder político normativo de estabelecimento da regra jurídica objetiva e do poder político executivo de sua efetivação. Constitui, assim, dois momentos sucessivos e

necessários para realização da utilidade pública, de maneira direta e imediata. A função jurisdicional se expressaria pelo poder jurídico de julgar.

Depois o Autor defende sua proposta, e faz crítica a outras classificações; primeiro ele diz que na ação executiva tem a norma como limite ou condição da ação; já na judiciária tem a norma jurídica como seu objeto.

Afirma também que a ação legislativa e executiva, apesar de realizadas por órgãos distintos são expressão da mesma faculdade. Afirma que a separação em órgãos distintos da ação administrativa, quanto à separação do órgão judicante é um mero problema de organização não está relacionada com a natureza das funções.

Por isso ele finaliza dizendo ser mais acertado afirmar que os chamados poderes legislativo e executivo são distintos, mas harmônicos, pois constituem estruturas orgânicas autônomas que se entrosam na sua atuação, enquanto o Poder Judiciário é independente deles, formando um sistema orgânico à parte. E assevera que o Poder Legislativo e Executivo constituem dois sistemas orgânicos autônomos por razões formais e constitucionais, mas são o mesmo poder, o Político. Já o Judiciário, pela sua natureza e objeto constitui um sistema orgânico à parte, e participante de outro poder, o Jurídico.

3.3. Posição de Agustín Gordillo⁵⁰

Este Autor crítica a concepção de dividir os poderes através de uma divisão orgânica. Para ele o essencial é uma divisão de função e não apenas de órgãos. Até

⁵⁰ Conclusões retiradas a partir do Tomo I do *Tratado de Derecho Administrativo*.

porque ele diz que os órgãos judiciais e legislativos também realizam função administrativa.

Ele afirma para seguir o princípio que o poder contenha o poder é imprescindível que o poder estatal seja exercido por órgãos diferenciados.

As dificuldades de classificação passam a surgir quando órgãos não se limitam a sua função correspondente.

Gordillo traz a tona que normalmente se conceitua função legislativa como criação de normas gerais de conduta e imperativa para todos os habitantes e que a função jurisdicional é imperativa para solucionar as controvérsias entre as partes, determinando o direito aplicável e afirma que não há um conceito de função administrativa que seja harmonizado com os demais.

Ele diz que primeiro se sustentou que função administrativa é a que realiza o Poder Executivo, critério insuficiente porque os demais Poderes também a realizam.

Depois afirma que função administrativa seria aquela que restaria depois de excluídas as funções de legislação e jurisdição, mas para o Autor este critério nada soluciona.

Afirma ainda que por causa do fracasso do conceito orgânico e do negativo, foi tentado definir a função administrativa a partir de sua forma material, como a atividade prática que o Estado desenvolve para cuidar, de modo imediato, dos interesses públicos que assume fins próprios e atividade concreta do estado dirigida a satisfação das necessidades coletivas, de maneira direta e imediata, outro conceito foi atividade do Estado dirigida a criação ou proibição de algo novo em casos individuais. Traz também mais dois conceitos materiais.

Ele critica esses conceitos porque para ele apesar de trazer uma idéia do que é administração são conceitos imprecisos. Ele diz que estas definições conceituam a função administrativa como algo concreto em casos individuais, diferenciando da função legislativa que seria abstrata e geral e da jurisdicional, individual, mas abstrata. Ele traz o exemplo do regulamento para desmontar esta classificação material.

O Autor no fundo considera esta classificação um retorno ao critério orgânico, pois há funções semelhantes às legislativas e judiciais que não podem ser enquadradas neste conceito e são funções administrativas.

Ele também não aceita o critério material porque seria aceitar que não houvesse divisão dos poderes já que se partisse de um critério material todos os órgãos exerceriam todas as funções.

Gordillo afirma que nenhum dos critérios citados é suficiente para distinguir as funções do Estado, isso porque há atos materialmente legislativos que são organicamente administrativos, atos materialmente administrativos que são organicamente legislativos e atos materialmente administrativos que são organicamente judiciais.

Com isso ele destaca que esta mistura de funções em sentido material que realizam os órgãos estatais demonstra que não se pode encontrar um critério orgânico ou material positivo e puro para conceituar cada um das funções. Para Gordillo é necessário buscar um critério misto que combinado com outros elementos forneça um conceito útil.

Para ele o regime jurídico da função legislativa se aplica unicamente aos atos que sejam materialmente legislativos e que, além disso, sejam produzidos por um órgão legislativo. Seria um conceito orgânico-material.

Também seria um conceito orgânico-material o de função jurisdicional para não confundir com algumas decisões dos Poder Executivo. Para ele função jurisdicional seria aquela decisão com força de verdade legal de controvérsias entre as partes, feita por um órgão imparcial e independente.

E em relação à função administrativa, que não é exclusiva de nenhum órgão e que não há um conteúdo próprio que a caracterize, seu conceito será uma soma de conclusões. Para ele será toda atividade que realizam órgãos administrativos e autoridades administrativas independentes, um critério subjetivo. Também será toda atividade exercida por órgão legislativo excluído a função legislativa (em sentido material e orgânico) e por último, toda a atividade que realizam os órgãos judiciais, excluída a função jurisdicional (em sentido material e orgânico) que especificamente realizam.

Finaliza afirmando que função administrativa é toda atividade que realiza os órgãos administrativos e a atividade que realizam os órgãos legislativos e jurisdicionais, excluídos respectivamente os fatos e atos materialmente legislativos e jurisdicionais.

4. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA APLICAÇÃO EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA

Preocupação. Esta é a palavra que deve estar a mente de todo o operador jurídico realmente interessado na efetividade do fenômeno jurídico. E por quê dizemos isto?

Sob o pretexto de um novo mundo, de uma nova ordem mundial, e outras bobagens semelhantes alguns “juristas” pregam escancaradamente a fragilização de uma das maiores conquistas da humanidade que custou a vida de milhares de pessoas : O Estado Democrático de Direito.

Essa fragilização do Estado Democrático de Direito ocorre a partir de um clamor de uma nova leitura da legalidade ⁵¹ como já dito no começo deste trabalho, ou seja, entendemos isso como um retorno ao absolutismo (do ponto de vista dos poderes atribuídos ao executivo) combinado economicamente com um retorno as profundezas do liberalismo (o malfadado neoliberalismo). Essa combinação explosiva é bom para todo mundo, menos para as camadas mais sofridas da população dos países de 3º mundo, ou seja, para maioria da população mundial.⁵²

⁵¹ Alguns autores que defendem esta “nova legalidade”, Carlos Ari Sundfeld, Leila Cuellar, Vera Scarpinella Bueno, Alexandre Aragão, Humberto Ávila, dentre outros. Do lado contrário, Celso Bandeira de Mello, Marcelo Figueiredo, Sílvio Ferreira da Rocha.

⁵² Temos um laboratório vivo que é a América Latina de como esta visão de mundo se reflete no Direito, como já dissemos o Direito legitima as decisões do Estado, então o neoliberalismo encontra guarita no Direito para justificar suas atrocidades. Argentina, Peru, Brasil, dentre tantos outros tiveram seus ordenamentos jurídicos totalmente modificados para atender aos “interesses da modernidade”, privatizações, demissão de servidores, fim dos direitos trabalhistas, mercantilização da educação, da saúde, dos direitos mais fundamentais são feitos através do Direito, vale ressaltar o cinismo daqueles que fazem a mudança, utilizam o discurso da eficiência da iniciativa privada, ou não falam em retirada dos direitos trabalhistas, ou fim dos monopólios estatais, mas adoram a palavra **flexibilização**. Utilizam eufemismo para justificar a destruição dos direitos fundamentais.

A partir do que já foi exposto, acreditamos que a aplicação da teoria da separação dos poderes em países de modernidade tardia tem que se concretizar em seus ordenamentos jurídicos mediante a realidade concreta de cada povo como bem afirma Marcelo Figueiredo:

*Desse modo, será na análise concreta desse ou daquele ordenamento jurídico que será possível dizer, com alguma segurança, se há ou não respeito e atendimento ao princípio da separação de poderes, e, ainda, se aquele Estado tem, efetivamente, mecanismos aptos a corrigir os desequilíbrios eventuais ou circunstâncias que ocorrem de tempos em tempos ao longo da história.*⁵³

Sabemos que há uma concepção geral que influencia, mas não pode determinar uma aplicação de um modelo teórico de maneira absoluta em países pobres igualmente como foi concebida nos países europeus onde essas idéias brotaram e adquiriram forma própria.

E Marcelo Figueiredo finaliza:

A teoria da separação dos poderes, entretanto, não resolve de forma absoluta - nem sequer poderia - o delicado problema do equilíbrio entre os "poderes" do Estado. Deveras, como é sabido, cada Poder exercer sua função própria, não com exclusividade. Cada Estado, por intermédio da sua Constituição e de seu sistema de governo

⁵³ Marcelo FIGUEIREDO, *As agências reguladoras - O Estado Democrático de Direito e sua função normativa*, p. 53.

*deve encontrar a solução que melhor implemente o princípio e a teoria do checks and controls. Sabemos também, que a produção normativa, em sentido amplo, hoje é compartilhada. Não é só afeta ao Poder Legislativo. Já a Administração cabe ao Executivo apenas quando encarada em sentido estrito.*⁵⁴

Sem dúvida, o Direito brasileiro caminha cada vez mais para dar força aos precedentes judiciais como podemos auferir da leitura dos artigos 285- A e 543-B do código de processo civil brasileiro⁵⁵.

Do que já foi escrito neste trabalho, no tocante ao Brasil, acreditamos que a melhor concepção de visualizar a separação dos poderes é aplicação do modelo citado, mas não aceito por Oswaldo Bandeira de Mello que determina um valor formal a cada um dos atos pertinentes as respectivas funções.⁵⁶

Acho que esta leitura criará para aqueles verdadeiros defensores do Estado Democrático de Direito, uma bandeira sólida de luta contra os defensores dos interesses que não são de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.⁵⁷

⁵⁴ *Ibid.*, p. 54

⁵⁵ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

⁵⁶ Acreditamos que a posição de Gordillo também seja de índole formal, definida pelo regime jurídico, apesar dele não afirmar literalmente isso. Ele faz uma ginástica para juntar dois critérios quando seria mais fácil e útil classificar a partir da forma jurídica.

⁵⁷ Siqueira CASTRO, defende uma posição dual: *“A bem dizer, as precariedades teórico- jurídicas da tese separatista saltam à vista. Vale reparar primeiramente, que a especialização funcional da soberania em três poderes distintos e independentes não responde a diferença, ontológica entre as funções ditas legislativa, executiva e judicial; é que a rigor, o poder estatal exerce-se em apenas duas direções fundamentais, sendo uma no sentido da criação ou modificação do direito (função normativa) e a outra no sentido de aplicação do direito (função de execução), que a doutrina norte-americana, com inteira procedência, distingue rule making e law enforcement. Queremos dizer com isto que, em essência, as funções jurisdicionais e administrativas são indistintas, posto que ambas se propõem à aplicação concreta do direito ou dos princípios e valores dele emergentes, não tendo por finalidade*

Ao considerar que a lei tem o valor formal de apenas ela poder inovar, e limitada apenas pela constituição, do ponto de vista jurídico e lógico nenhum outro instrumento poderá inovar na ordem jurídica.

Esta afirmação que parece óbvia, infelizmente em países como o nosso tem que ser repetida a exaustão porque ainda não faz parte da cultura jurídica de nosso povo, ainda enraizado por séculos de dominação autoritária. E com mais absoluta certeza, nossa garantia está no Poder Judiciário.

Se exige do Poder Judiciário uma nova postura, como bem afirmou Mauro Cappelletti :

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação⁵⁸.

precípua a criação da norma agendí, isto em que peso o maior ou menor índice de subjetividade que subjaz a atividade de interpretar e aplicar regras abstratas ou legisladas”. O Devido Processo Legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, p.251.

⁵⁸ Mauro CAPELLETTI, *Acesso à justiça*, p.9.

A restrição a qualquer bem do individuo ou a sua liberdade, só pode advir de lei anteriormente editada.⁵⁹ Esta afirmação decorre da simples leitura do texto constitucional.

Queremos dizer que com isso a lei em países de fragilidade institucional como o nosso tem que ter uma força muito maior que em países em que a democracia já faz parte da cultura do povo.⁶⁰

Não podemos em nenhum momento negociar esta verdadeira garantia da sociedade. Ela vai garantir que os fins determinados pela Constituição serão alcançados, que um país construirá seu caminho de maneira livre, e não de acordo com a vontade de um déspota, seja para atender interesses próprios, seja para atender interesses internacionais.⁶¹

Por isso, temos que citar aqui Ruy Cirne Lima para nos defender daqueles que lutam por uma quebra da legalidade por via transversa dos Regulamentos, Instruções normativas, portarias, dentre outros similares, ele afirmava: “*Diz- que a lei*

⁵⁹ Celso Antônio BANDEIRA DCE MELLO, “Regulamento e princípio da legalidade”, p. 42 in Revista de Direito Público, nº 96.

⁶⁰ Importante é a passagem de Siqueira CASTRO que corrobora o que dizemos: “*É claro, que o autoritarismo latente e cíclico em nossas instituições políticas, aliado à indolência e até mesmo a missão a salvaguarda da Constituição, foi grandemente responsável pela estreiteza empírica desse instrumento protetor das liberdades públicas, como de muitos outros, no sistema jurídico brasileiro. Por outro lado, as medievais e promíscuas relações entre o domínio público e privado na formação institucional do Brasil degeneram entre nós num laissez-faire “repressivo”, não raro “militarizado”, para a manutenção do legado do tipo colonial e aristocrático. Esse interpatrocínio que jungia o setor público e o privado num pacto oficioso, mas por certo ideologizado para preservação das elites dominantes, acabou por gerar uma burocracia com interesses privados e “clientelistas, afinal responsável pelos precários resultados na experiência da representação política e partidária no Brasil, o que até hoje coloca o nosso País, em termos de democracia representativa, num estado de pré-modernidade”. O Devido Processo Legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, p. 413.*

⁶¹ Vale aqui ressaltar que na América Latina principalmente na década de 90 e começo desta década, vários governos como o do Brasil (Collor, FHC), Argentina (Carlos Menem), México (Carlos Salinas), Bolívia (Sanz Lozada e Carlos Mesa), Peru (Fujimori). Todos estes governantes foram cães de guarda de interesses da globalização financeira, entregando ou tentando entregar a multinacionais o patrimônio nacional. A maioria destes governantes foram aliados do poder pela população e muitos se encontram exilados, como não poderia ser diferente nos EUA.

é imodificável por isso que os regulamentos e disposições autonômicas não a podem derogar ou abrogar”⁶² (grifo no original).

A legalidade, hoje entendida como respeito ao Direito, é a garantia de que o Estado não ira surpreender o cidadão, e atuará mediante os limites impostos pela ordem legal, ou seja todos seus atos tem que ter previsão legal.

O Poder político deve atuar na linha preconizada por Meirelles Teixeira:

Realmente, o poder político deve manifestar-se desde logo, e primariamente, como norma jurídica, isto é, como regras gerais e impessoais, de aplicação uniforme, que assegurem estabilidade, ordem e justiça nas relações individuais e sociais.⁶³ (grifo no original).

E este autor traz uma afirmação que é uma pá de cal naqueles defensores da quebra da legalidade: “Nos países de constituição rígida, somente ao Poder Constituinte, isto é, a Constituição, é lícito estabelecer competências secundárias ou anômalas”⁶⁴. (grifo no original)

E arremata:

não é lícito, portanto, seja ao legislador ordinário, seja aos agentes executivos, aos juizes ou aos intérpretes, criarem novas exceções

⁶² Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, p.37

⁶³ J.H. TEIXEIRA MEIRELLES, *Separação de Poderes e Direito Adquirido na Concessão de Serviço Público*, p.18-19.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 38.

*ao princípio constitucional geral da separação dos poderes e da indelegabilidade das competências, estabelecendo novas participações secundárias, a violadores daquele princípio.*⁶⁵

A partir do que foi citado fica sem nenhuma resposta no âmbito jurídico da nossa Constituição qualquer flexibilização da legalidade.

Quando descrevemos a opinião de Hans Kelsen, mostramos que ele considera a atividade legislativa superior as demais e até esta é dada o controle das demais atividades, não chegamos a este exagero, mas consideramos a atividade legislativa primordial ao Estado Democrático de Direito. Até por isso podemos ser considerados repetitivos na defesa da Legalidade.

Bom destacar que entendemos esta legalidade decorrente da constitucionalidade, toda interpretação jurídica tem que ter o viés constitucional para ser legítima, ou seja, as normas inferiores tem que ser legítimas em relação as superiores.

Importante destaque de Otto Kimminich :

*O Estado de Direito vincula o legislador ao direito. Essa idéia, que já dominava o Estado de Direito da monarquia constitucional, há de se fazer presente de forma ainda mais marcante, no Estado de Direito democrático da República.*⁶⁶

⁶⁵ Op.cit, p.39.

⁶⁶ Otto KIMMINICH, “Jurisdição Constitucional e princípio da divisão de poderes”, p.19 in *Revista de Direito Público*, nº 92.

Se esta idéia é fundamental é um país bem mais desenvolvido que o nosso como a Alemanha, imagina o quanto devemos batalhar por isso em países como o Brasil e toda a América Latina.

Sem dúvida, enquanto a sociedade civil não adquirir a consciência de sua Constituição e ela for meramente destinada os órgãos oficiais, sua força normativa ficará em muito reduzida, importante para demonstrar isto, a passagem brilhante de Carlos Roberto Siqueira Castro:

*Por isso mesmo, a extração em máxima potência da força normativa da Constituição, não apenas por seus intérpretes e aplicadores oficiais, mas, sobretudo por parte de todo o conjunto da cidadania, é que pode impulsionar a transformação em realidade de muitas idealizações constitucionais.*⁶⁷

A quebra da legalidade, e a concentração de poderes no poder executivo gerará alguém com Poderes maiores que os ditadores militares e outros governantes da nossa história, diante das possibilidades não apenas políticas como econômicas que temos hoje.

Uma correta aplicação da teoria da separação dos poderes em países de modernidade tardia passa por uma submissão total do Executivo à lei, com eficácia reforçada em relação aos países originários desta idéia.

Outra questão que enfrentamos é qual o papel do Poder Judiciário em países periféricos. De pronto enfrentamos dois problemas a questão do limite da atuação do

⁶⁷ Op. cit., p. 68-69.

Judiciário e do processo de “desacreditação” pela mídia do Poder Judiciário para atender aos mesmos interesses daqueles que querem a flexibilização da legalidade, ou seja, submeter o Estado a arbitragem privada.

Em países como o nosso, assolados pela corrupção, nossa última esperança reside neste Poder. Por isso acreditamos que o Judiciário tem papel fulcral para transformação social se for um poder realmente independente dos demais.

Por isso cabe de início a advertência de Luiz Guilherme Marinoni:

Além disso , como o juízo arbitral, em alguns casos, afsta a justiça estatal, é preciso muito cuidado para que não se passe a cuidar dessa “justiça alternativa” deixando-se de lado a justiça estatal. O perigo de a onda neoliberal influenciar aqueles que se preocupam com o processo civil, fazendo com que a “justiça estatal” seja posta de lado, como algo obsoleto e inútil, é muito grande. Ora, a “justiça” do Estado sempre vai se ro único socorro, principalmente aos menos favorecidos, bem como a única saída para direitos não disponíveis e absolutamente fundamentais para o homem. Em outras palavras, e fazendo-se breve comparação, espera-se que a arbitragem, frente à justiça do Estado, não se transforme em um “plano de saúde privado” frente à esquecida “saúde pública.⁶⁸ (grifo nosso)

⁶⁸ Luiz Guilherme MARINONI, *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 36.

Essa advertência se faz necessária para afirmar que não tem sentido jurídico permitir a Arbitragem no país quando for para decidir direitos indisponíveis e interesses do Estado.

Mais uma vez, estamos falando do óbvio, mas temos que repetir isto a exaustão para que cada vez mais nossos operadores do Direito tenham consciência jurídica da impossibilidade da arbitragem para resolver as questões acima citadas.

Agora iremos tratar de qual deve ser o papel do Juiz e por conseqüência da função judiciária em países como o nosso. Ainda não apenas nossos juízes, mas os operadores do Direito em geral estão presos à idéia de literalidade da lei e devido a formação educacional e cultural uma visão autoritária do Estado.

Por uma nova forma de agir também do Poder Judiciário, é a posição de Andréas Krell:

*cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação de serviços sociais básicos no Estado Social. Visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais*⁶⁹.

Acreditamos que todo o operador do direito e especialmente o Juiz tem que ter a noção de Estado Democrático de Direito presente em qualquer ato jurídico, ou

⁶⁹ Andreas, KREEL, *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*, p.29 "In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. 25-60p.

seja elevar a Constituição ao seu digno patamar, imprimir em suas decisões um sotaque constitucional como nos ensina Jacinto Coutinho.⁷⁰

Cabe aqui citar Lênio Steck, quando afirma que *“com isso conceitos como soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentárias cedem lugar a legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade”*.⁷¹

Como temos um país defasado socialmente e uma Constituição de ideal progressista, que consagra o Estado Democrático de Direito em sua plenitude determinando salário mínimo digno, educação, saúde, saneamento o papel do Poder Judiciário se transforma no grande garantidor destes direitos fundamentais sob o risco dele não respeitar a Constituição.

Não podemos permitir a existência deste paradoxo que é a consagração destes direitos e falta de efetividade. Na história recente da nossa Constituição foi curto o período em que foi respeitada, fazendo com que Fabio Konder Comparato afirmasse: *“não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em viogr.(..) A constituição é hoje o que a Presidência (da República) quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário.”*⁷²

Em países como o nosso não precisa o Judiciário criar correntes como do Direito Alternativo, Direito Livre, basta aplicar a Constituição que seu papel será relevante para o desenvolvimento social e jurídico da nossa nação.

Basta os juizes transportarem sua submissão à Lei, **a uma real submissão à Constituição**. Sem dúvida a racionalidade formal do modelo liberal, através da qual, para resolver os casos concretos, o juiz procedia a um mero

⁷⁰ Op. cit., p.40

⁷¹ Op. cit., p. 14.

⁷² In *Folha de São Paulo*, 10-05-98, p.1-3.

processo silogístico lógico-formal de subsunção do fato à norma, mostra-se insuficiente com as novas demandas, principalmente em países como o nosso.⁷³

Vale a lição de Juarez Freitas⁷⁴:

Merece realce que o Direito Administrativo – e o Direito em geral – é aberto. Vale dizer, a idéia de um suposto conjunto auto-suficiente de regras – mesmo que dotados de textura aberta – não representa viabilidade no plano empírico. Como objeto de cognição, o sistema aperfeiçoa-se no intérprete, sendo ele quem outorga, por assim dizer, unidade no Sistema Administrativo.

Dessa maneira, para além da distinção entre “compreender” e “explicar, imperioso tornar vívida e, especialmente, prática a compreensão de que o núcleo do sistema é constituído de valores e de princípios que transcendem o âmbito da lógica estrita, por ter o decisor que operar com inferências não – dedutivas, eis que sua cognição não comporta rígida dicotomia entre sujeito e objeto.

O Direito prescrito pela Constituição de 1988, em vez de manutenção, é de transformação do *status quo*. A lei deixa de ser uma simples reguladora de conflitos intersubjetivos e passa a assumir a feição de um instrumento político de governo.

⁷³ A política salvacionista neoliberal mostrou se incapaz de solucionar nossos problemas, dados divulgados pelo IPEA revelam que 1% dos brasileiros mais ricos detém 13% da renda nacional, e 50% dos brasileiros mais pobres ficam com 13,3%. Além disso temos 21,9 milhões de indigentes (12,9%) da população. Gostaríamos que cada Juiz, Advogado, Promotor tivessem estes números em mente na hora de suas decisões, petições, pareceres, ou utilização de qualquer instrumento jurídico. *O GLOBO*, 01 de junho de 2005.

⁷⁴ Juarez FREITAS, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p.53

Essa mudança de paradigmas modifica o papel e a função desempenhada pelo judiciário. Em vez de tratar de conflitos intersubjetivos de menor complexidade, agora tem que resolver litígios coletivos. Assim, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

*(...) os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (class action, ação pública). Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas pela política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.*⁷⁵

Com isso assiste razão Otto Kimmich quando leciona:

*Todos os detentores de alguma forma de poder, num Estado cuja Constituição define-se em favor do Estado de Direito, estão obrigados a buscar, de forma contínua e ininterrupta, seja no Executivo, no Legislativo ou Judiciário, a realização da justiça material.*⁷⁶

⁷⁵ Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, "O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?". In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000, p. 355.

⁷⁶ Op. cit., p.21.

Como demonstramos no capítulo anterior Oswaldo Aranha afirmava que a utilidade pública era perseguida de maneira direta apenas pelo Executivo, e Legislativo, que faziam a parte da Administração, e que o Judiciário atingia esta utilidade pública de maneira indireta ao resguardar a ordem jurídica.

Acreditamos que uma compreensão coadunada com a nossa realidade e a Constituição o prosseguimento imediato do bem comum cabe a todas as esferas do Poder.

Um Judiciário ativo não significa rebelde em relação às normas jurídicas, basta olhar nossa Constituição para ver o que ela determina compromissos que exigem uma participação direta do Poder Judiciário, sendo cumpridor dos seus mandamentos constitucionais.

Ressaltamos para finalizar que uma leitura deste paradigma revolucionário que foi a Separação dos Poderes tem que ser adequado a realidade concreta de cada povo.

Sem dúvida, o logo após a Revolução Francesa a força da legalidade e da segurança jurídica determinaram os rumos do Direito. Definitivo é Chãim Perelman:

Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia-se acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia-se difundido a idéia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das cortes e dos tribunais. Este modo de ver subordinava, mais nitidamente do que nunca, o poder

judiciário ao poder legislativo e favorecia uma visão estatizante e legalista do direito.

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar ao seu retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução eqüitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito.⁷⁷ (grifo nosso)

Ousada é a posição Também Dalmo Abreu Dallari, que mostra a força do Juiz:

para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juizes.⁷⁸

Posto isto, em nosso país, a interpretação deve ser de um legalidade reforçada que significa respeito ao Estado Democrático de Direito e total submissão do Executivo às leis e à Constituição, além de uma participação ativa do Poder Judiciária na consecução dos fins determinados pela Constituição, sob pena de negar sua própria missão constitucional.

⁷⁷ Chãim PERELMAN, Lógica Jurídica, p 184 e 185.

⁷⁸ Dalmo Abreu DALLARI, Poder dos Juízes, p.82.

Não pregamos aqui uma atuação irresponsável do Poder Judiciário, ou um agir livre deste. Assim como os demais Poderes, a fonte deste será a Constituição. Com a missão de dar eficácia. Relevante é afirmação de Carlos Roberto Siqueira Castro:

Nada obstante, e em que pese a inserção da interpretação judicial da constituição no jogo do perde e ganha que encerra o fenômeno permanentemente conflitual da Política nas sociedades de massas, é certo que os órgãos da Justiça angariam respeito e credibilidade como árbitros das contendas de interesses políticos e econômicos na medida em que exerçam seu nobilitante ofício com independência, imparcialidade, e sobretudo sem partidarismo, de qualquer espécie. Devem exercê-lo, além disso, sem descurarem da técnica e dos métodos consagrados pela hermenêutica jurídica, sob pena de se afastarem do seu leito científico e seguro de onde promana a legalidade de seu ofício. A não ser assim, os aplicadores das leis pela via da jurisdição se exporiam à pecha da insensatez e da aventura incerta além das fronteiras da legalidade que, como temos asseverado, há de ser legítima e conducente à justiça social.⁷⁹

Infelizmente, no Brasil, ainda temos, entre os operadores do direito, uma visão individualista, fruto ainda de uma época, mesmo que necessário, da ruptura, com o advento da revolução francesa com a idade média, em que colocava, o **indivíduo** como o centro de tudo.

⁷⁹ Op. cit. p.249.

Desnecessário dizer, que apesar desta concepção ter tido o mérito de colocar o homem como responsável pelas suas próprias decisões, teve grandes repercussões sociais negativas, gerando uma exploração do homem pelo homem. Tal pensamento individual, egoísta, trouxe danosas conseqüências a humanidade como o Nazi Fascismo.

Posto isto, afirmamos categoricamente, desde o início do nosso trabalho que para compreensão do fenômeno jurídico, fazemos a seguinte afirmação “**não há vida jurídica fora do direito**”. Esta afirmação a primeira vista parece ser paradoxal com o que afirmamos anteriormente, e redundante mas não é. Fenômenos com do Direito Alternativo mostram que a frase não é redundante.

O que pensamos, é que o problema não se encontra no Direito, mas naqueles que operam o Direito, ou seja, em nós, homens e mulheres. O que está escrito literalmente nas constituições, nos códigos e leis de nada valem, e o nosso **país** é um bom exemplo disso, se Juízes, Procuradores, Promotores, Estudantes, Advogados não tiverem uma consciência jurídica apurada, crítica e transformadora. Destaque que isso não é favor, mas fazer o que a Constituição determina.

Em nossa opinião, o direito não é um fim em si mesmo, como sempre nos afirma Celso Bandeira de Mello, existe para servir, para atender a finalidades constitucionalmente determinadas em nosso **Diploma Maior**, qual seja, o bem comum, a felicidade do povo. Direito é instrumento não um fim em si mesmo.

Necessário para uma discussão fluir de forma saudável, o estabelecimento de premissas, e da compreensão que cada um tem do fenômeno jurídico, assim evita os ruídos da comunicação. Foi isso que tentamos fazer ao longo deste trabalho.

Afirmamos que falta consciência jurídica em nosso País, quando praticamente tudo, para ser aplicado no Poder Judiciário, até pouco tempo atrás, necessitava está literalmente escrito. Como a interpretação fosse algo quase que um **crime** contra o **Direito**.⁸⁰

Explicamos isso, porque nosso país, é historicamente um país novo, ficamos independentes de Portugal apenas em 1822, e tivemos pouco tempo de Democracia Formal. Dizemos democracia formal, porque num país que assola o mundo com as estatísticas sociais, não se cabe falar em democracia num sentido mais amplo.

Outro fato é que a nossa Constituição de 88 não tem nem 20 anos, ou seja, grande parte dos operadores do direito aprenderam o “direito” sobre outro paradigma, e mudar isso não é tão fácil.

A Constituição de 1988, apesar de ter sido constantemente violada, é um belo documento para aquele que enxerga o Direito, sob a ótica da solidariedade, da construção de um país mais democrático e acessível a todos os cidadãos.

Antes se fazia uma leitura da Constituição a partir das leis, agora se opera, e com razão, o contrário, a Constituição como o paradigma da interpretação, precisamos, com certeza, de mais avanços, e para isso necessário um Judiciário mais forte e atento aos graves conflitos sociais existentes.

Temos a opinião que todo o texto constitucional é de aplicabilidade imediata, opera-se direto na vida do cidadão. Não foi outro o entendimento de Flávia Piovesan acerca da força da Constituição:

⁸⁰ Assiste razão Ovidio Batista da SILVA, quando em sua obra *processo e ideologia* afirma que o medo da interpretação é que esta não deixa de ser um “roubo” daqueles que detém o poder na esfera legislativa e executiva principalmente.

*A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de normas constitucionais. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.*⁸¹

Como afirma Lenio Streck o problema eficaz do texto constitucional passa, fundamentalmente, pelo tipo de justiça constitucional praticado em cada país⁸².

Com isso a função do Direito, não é mais aquela do Estado Liberal-Abstencionista. A nossa Constituição encarna o compromisso com a transformação econômica e social do país. O Juiz, assim, adquire fundamental importância na construção da real democracia.

Com isso as premissas ditas anteriormente, como a função do Direito, fortalecimento do poder judiciário, consagração do Estado Democrático de Direito, tem que ser aplicadas da mesma maneira a qualquer ramo do Direito, assim como todos os outros.

Acreditamos que o STJ, por exemplo, com todo o respeito errou na seguinte decisão:

⁸¹ Flávia PIOVESAN, *Direitos Humanos E O Direito Constitucional Internacional*, pp. 79-80. Exemplo que confirma esta afirmação: Alienação fiduciária para atender as elites financeiras foi igualada a prisão por falta de pagamento ao depositário infiel, um evidente retrocesso, em que demonstra o quão o interesse público é determinado em verdade pelos grandes interesses corporativos e privados. O judiciário omisso chancelou essa excrescência. Precisamos de 20 anos após a Constituição para dar um passo para mudar esta realidade.

⁸² C.f. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, *passim*.

CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR. DEFICIÊNCIA. ORDEM. NOMEAÇÃO.

Os impetrantes, portadores de deficiência (termo utilizado pela CF/1988), insurgem-se contra a posição em que figuram na lista geral dos candidatos aprovados e classificados no concurso público em questão. Havia 272 vagas e foram aprovados seis candidatos portadores de deficiência (reservadas a eles 14 vagas - 5% do total), figurando os impetrantes em 3º (nota 63,35) e 4º (nota 60,60) na lista especial, mas em 607º e 608º na lista geral, que continha 610 nomes. Anote-se, primeiramente, que não impugnavam os critérios adotados no edital, mas apenas a aplicação deles, daí não haver censura quanto ao exame da controvérsia pelo Poder Judiciário, pois não se está a questionar o mérito administrativo. É consabido que o art. 37, VIII, da CF/1988 reserva vagas aos portadores de deficiência para o provimento de cargos ou empregos públicos. O percentual mínimo de 5% (art. 37, § 1º, do Dec. n. 3.298/1999) e o máximo de 20% (art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990) são assegurados, ressaltado que devem os portadores de deficiência concorrer em igualdade de condições com os demais candidatos (art. 37, caput, do referido decreto). Porém o que se reserva são vagas e não posições na classificação do certame. A lista geral de aprovados e classificados, além de demonstrar o desempenho conforme a nota obtida, tem por finalidade orientar o preenchimento das vagas existentes enquanto ordena a seqüência do chamamento dos candidatos. Assim, nos casos em que há portadores de deficiência aprovados, a lista geral não pode ser elaborada tão-somente com base na nota final: para que se dê efetividade ao

mandamento constitucional, todos os candidatos portadores de deficiência aprovados, ainda que com médias inferiores aos demais (tal como no caso), devem posicionar-se dentro do número total de vagas existentes. Com esse entendimento, ao considerar o número de vagas existentes, as classificações obtidas na lista especial e as notas finais obtidas, a Seção, por maioria, assegurou aos impetrantes figurar na lista geral em 269º e 270º, respectivamente, e não em 60º e 80º, tal como pleiteado. Os impetrantes defendiam que se elaborasse a lista conforme a proporção de um portador de deficiência aprovado para cada 19 outros candidatos (entendimento acolhido pelos votos vencidos). Precedentes citados: MS 8.411-DF, DJ 21/6/2004, e MS 8.482-DF, DJ 14/9/2005. (MS 11.983-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/12/2007).

Acreditamos que para consagrar o princípio da igualdade acima mencionado, o Judiciário deveria atender os argumentos dos impetrantes. Imagine se não seja possível nomear o 269º e 270º por alguma contingência, o princípio constitucional da igualdade será desprezado. Nesse caso o Judiciário não iria invadir o mérito, apenas dar mandamento constitucional a sua função precípua de guardião da Constituição.

De outro lado o Judiciário quando “quer” realiza de maneira plena sua função constitucional, exemplo maior é quando obrigou o Presidente do Senado a completar a formação da CPI dos Correios porque a base governista não queria indicar os nomes.

Garantindo o direito constitucional das minorias o STF com inteira razão consagrou este entendimento que vale a pena ser transcrito:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. - O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. - A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas

legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. - Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 - RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. - A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias

que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. - Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. - A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO REFLETE UMA REALIDADE DENSA DE SIGNIFICAÇÃO E PLENA DE POTENCIALIDADE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES PÚBLICAS. - O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa

organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. - O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional inseqüente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta. - A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo.

O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as

suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes. - A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República. LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL - AUTORIDADE DOTADA DE PODERES PARA VIABILIZAR A COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - O mandado de segurança há de ser impetrado em face de órgão ou agente público investido de competência para praticar o ato cuja implementação se busca. - Incumbe, em consequência, não aos Líderes partidários, mas, sim, ao Presidente da Casa Legislativa (o Senado Federal, no caso), em sua condição de órgão dirigente da respectiva Mesa, o poder de viabilizar a composição e a organização das comissões parlamentares de inquérito (MS 24831 / DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 22/06/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

O agir constitucional que nos fala Lenio Streck tem que ser permanente e em todos os ramos do Direito para que tenhamos uma forte formação de uma

consciência jurídica comprometida com os valores estabelecidos na Constituição de 1998.

No Direito penal o dogma da separação de poderes ainda é forte, vejamos o julgado abaixo do STF:

Furto Qualificado e Hibridismo Penal

A causa de aumento de pena relativa ao concurso de pessoas no crime de roubo (CP, art. 157, § 2º) não pode ser aplicada ao crime de furto quando existe, para este, idêntica previsão legal de aumento de pena (CP, art. 155, § 4º, IV). Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus em que pleiteada a anulação de todo o processo criminal ou o restabelecimento do acórdão do tribunal de origem, mais benéfico ao paciente, que, ao aplicar à pena de furto simples a majorante prevista para o crime de roubo, reduzira a sanção imposta. Rejeitou-se, ainda, a alegação de ilegalidade no reconhecimento da reincidência, a traduzir bis in idem. Asseverou-se que o recrudescimento da sanção resultaria da escolha do paciente por continuar delinqüindo. Precedentes citados: HC 92626/RS (j. em 25.3.2008); HC 73394/SP (DJU de 21.3.97); HC 74746/SP (DJU de 11.4.97); HC 91688/RS (DJU de 26.10.2007). (HC 93620/RS, rel. Min. Eros Grau, 8.4.2008. (HC-93620)

Neste sob o argumento de que o Judiciário estaria legislando se recusa aplicar a previsão de aumento de pena do Roubo para o Furto, que em pese o Roubo seja mais grave, seu aumento é menor que o furto.

Em nossa opinião, não estaria o Judiciário legislando, mas fazendo uma aplicação sistemática do direito, e garantindo mais uma vez o princípio da isonomia.

Temos que ter cuidado para não ter uma ditadura do Poder Judiciário, em decisão considerada histórica⁸³, o STF determinou que aqueles que mudarem de partido **poderão** perder seus mandatos. E o TSE editou resoluções para solução destes casos.

Um dos argumentos das decisões defendendo que não interferiria no princípio da segurança jurídica, mesmo tendo jurisprudência do STF em contrário, era que esta interpretação viria da própria Constituição.

Como todo o respeito ao STF, somos totalmente a favor da fidelidade partidária, no entanto, acreditamos que esta não foi a melhor maneira de solucionar o problema, por dois motivos: O TSE extravasou suas funções (por determinação do STF) em sua resolução⁸⁴, substituindo, aí sim o Poder Legislativo e criando hipóteses de perda de mandato que **não existem na constituição da república**.⁸⁵ Sendo este rol taxativo.

A atuação do Judiciário deve encontrar seus limites no próprio texto constitucional. Não pode este, ser casuístico, sob pena de perder a própria credibilidade o que seria muito ruim para democracia brasileira.

⁸³ MS 26602/DF, rel. Min. Eros Grau, 3 e 4.10.2007. (MS-26602)MS 26603/DF, rel. Min. Celso de Mello, 3 e 4.10.2007. (MS-26603) MS 26604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 3 e 4.10.2007. (MS-26604)

⁸⁴ 22610/2007

⁸⁵ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
- III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
- V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Não podemos esquecer que os juízes assim como demais operadores do direito são formados numa sociedade extremamente complexa com isso cresce o papel das faculdades nessa formação jurídica, infelizmente a importância dada a matérias do direito privado em relação ao direito público ainda é muito grande, não que o direito civil, comercial não seja importante, mas estes também tem que ser vistos sobre uma ótica constitucional. Precisamos constitucionalizar o nosso ensino, mas isso já é outra história.

Mais uma vez, mais que uma questão de leis, uma questão de consciência jurídica. Não precisamos inventar a roda. Basta aplicar a Constituição Federal.

CONCLUSÕES

1. O Direito tem um papel fundamental em nosso mundo, ele legitima as decisões do Estado, o modo de agir daqueles que detêm o poder. Essa importância do Direito, por conseguinte aumenta a responsabilidade daquele que vai manejá-lo.

2. Sem dúvida é de fundamental importância aclarar o que pensamos em torno da Classificação. Esta não pode ser algo aleatório, tem que ter um fundamento, em nossa opinião, científico. Na maioria das vezes, uma boa classificação, impede discussões jurídicas estéreis.

3. Com isso a ciência jurídica tem função fundamental, através de um processo racional, em que a norma é uma estrutura lógica de sistematizar o Direito, trazendo classificações que sejam úteis ao estudo deste. Essa brilhante expressão permite nos afirmar que o Direito tem que delimitar seu campo de atuação, o que pertence a história do direito, a filosofia do direito, tão importante quanto, ou talvez até mais, nada tem a ver com a ciência jurídica. Esta deve se limitar apenas ao campo jurídico.

4. Bom esclarecer que quando falamos que a ciência jurídica deve ater-se apenas ao Direito, é uma maneira de ver o fenômeno jurídico, e não vislumbramos outra correta, a primeira vista pode parecer uma visão conservadora, retrógrada, mas pelo contrário, é uma posição que institucionaliza os procedimentos, traz mais segurança jurídica à sociedade.

5. Bom esclarecer que as classificações existem para facilitar o estudo, elas têm que ter uma utilidade por isso para o mesmo fenômeno podemos ter mais

de uma classificação, não existindo uma mais certa que a outra, podendo sim, como nos ensina Carrió, ser uma mais útil ou menos útil para dada situação.

6. As classificações, as divisões, são técnicas de didática, o direito não é algo estanque, dividido em belos compartimentos. Ele está em constante alteração.

7. Sejam da área jurídica ou não, temos que ter a noção e a compreensão do papel do Direito e de sua produção, com certeza ele decorre de relações de poder, e sem dúvida reflete a concepção de mundo da classe dominante que sem dúvida alguma mantém o discurso individualista do século XIX.

8. Muitas vezes algumas conquistas estão nos Códigos e Constituições apenas como símbolos para manter a estabilidade social e o *status quo*. Exemplo mais latente disso é nossa Constituição de 1988, que elenca direitos sociais que se fossem aplicados de verdade desde seu nascimento, estaríamos com certeza em outro país.

9. Em um país como nosso e tantos outros de terceiro mundo aquele que trabalha com o Direito tem que ter uma posição crítica em relação à dogmática, não de negá-la, mas sim para determinar seu conteúdo de maneira a não corresponder aquilo que querem os detentores do poder.

10. O Direito é um conjunto de normas (princípios e regras) escalonadas, onde uma norma retira o fundamento de validade a partir de uma superior, dotadas de coercibilidade com o fulcro de regular a vida social.

11. A compreensão do Fenômeno Jurídico, não pode ser feita de maneira isolada, a parte será compreendida a partir do todo, na maioria dos países, inclusive o nosso quem determinará o norte, o caminho a ser seguido será a Constituição.

12. A legalidade hoje não significa literalidade, mas respeito ao Direito, onde se encontra não apenas à Lei, mas principalmente a Constituição.

13. O Direito tem que ser algo impessoal, fruto das instituições e seu fim será determinado pela consciência jurídica de cada sociedade, que irá ou não consagrar as prescrições positivadas para atingir os fins determinados pela Constituição.

14. Com isso podemos afirmar que uma norma pode ser expressa de diversas maneiras. A norma é o produto da interpretação; com certeza é o sentido dado ao texto, ao enunciado normativo pelo intérprete.

15. A idéia da separação dos poderes antes de ser albergada no âmbito jurídico, era uma idéia política, trazia em si a luta contra o antigo regime, a derrubada de vetustas instituições era seu objetivo.

16. É inegável, em que pese às mutações que esta doutrina sofreu de país para país em tempos históricos diferentes que ela até hoje é um paradigma nas ditas Democracias, principalmente Ocidentais.

17. Com isso podemos afirmar que a Revolução Francesa marca o início do Estado de Direito. A derrocada da Monarquia Absolutista e a emergência do Estado Liberal, transformaram a sociedade. Em vez da vontade o que passa a predominar é a Lei.

18. Uma das grandes conseqüências que esta técnica produziu foi a idéia que o Juiz estava vinculado de maneira absoluta a literalidade da lei. Com isso a lei teria a capacidade de trazer, principalmente ao Juiz uma resposta pronta e acabada para o problema apresentado. Bastaria ao Juiz, uma dedução lógica para descobrir o que a lei pretendia prescrever.

19. Uma outra consequência jurídica fundamental para o Estado de Direito é a de submissão da atividade executiva à lei.

20. Podemos afirmar com convicção que esta consequência não encontrou guarida ainda em países periféricos como o nosso, apenas foi positivada, mas não se enraizou na cultura social e jurídica de nossa sociedade, por exemplo.

21. O que de fato ocorre em nosso país (e em muitos países de modernidade tardia) não um Estado de Direito, tampouco uma verdadeira democracia, mas a existência de regras procedimentais para determinar quem possuirá o Poder.

22. Havia uma igualdade formal, mas esta igualdade como a história demonstrou produziu grandes deformidades sociais, não havia uma igualdade material.

23. A igualdade formal é um pressuposto para atuação do Estado na redução das desigualdades materiais. Apenas a Lei igualitária é insuficiente, mas é o início de uma correta atuação estatal. Sem dúvida assiste razão Afonso Queiró quando afirma que *“aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu”*.

24. É necessária a consagração do primado da igualdade e Professor Celso Antônio tem total razão quando afirma - há ofensa ao princípio constitucional da isonomia quando: a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e determinada. A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” - que não

descansa no objeto-como critério diferencial. A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. A norma supõe relação de pertinência lógica abstrata, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, *desequiparações* que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

25. O nosso sistema jurídico já positivou estes Direitos, falta ainda a consciência jurídica dos nossos operadores para efetivá-los e não deixá-lo apenas como meras palavras em nosso ordenamento jurídico. Isto sim, uma violência silenciosa e perversa que perpetuará cada vez mais as desigualdades existentes.

26. Para Kelsen uma separação rigorosa dos poderes judiciário e executivo (administrativo) seria impossível, já que não seriam funções essencialmente distintas. Ele afirma que a função judiciária é execução no mesmo sentido em que a função comumente descrita por este termo, a função judiciária também irá consistir na execução de normas gerais.

27. O controle dos órgãos das funções executiva e judiciária pelos órgãos de função legislativa para Kelsen corresponde à relação natural existente entre estas funções. E conclui que a democracia exige que o órgão legislativo seja dado o controle sobre os órgãos administrativo e judiciário.

28. Para Oswaldo Bandeira de Mello tanto a ação legislativa quanto executiva, corresponderiam a duas expressões distintas de uma mesma faculdade do Estado-poder, que seria a integração da ordem social.

29. A ação judicial seria diferente, pois teria como fulcro manter a ordem jurídica, caso fosse ameaçado. Esta ação atuaria no presente, voltado para o passado. Na função administrativa, através das ações legislativa e executiva, se exterioriza de modo direto pela coletividade, na jurisdicional isso seria de modo indireto.

30. Com isso ele destaca que esta mistura de funções em sentido material que realizam os órgãos estatais demonstra que não se pode encontrar um critério orgânico ou material positivo e puro para conceituar cada um das funções. Para Gordillo é necessário buscar um critério misto que combinado com outros elementos forneça um conceito útil.

31. Acreditamos que a aplicação da teoria da separação dos poderes em países de modernidade tardia tem que se concretizar em seus ordenamentos jurídicos mediante a realidade concreta de cada povo.

32. Sabemos que há uma concepção geral que influencia, mas não pode determinar uma aplicação de um modelo teórico de maneira absoluta em países pobres igualmente como foi concebida nos países europeus onde essas idéias brotaram e adquiriram forma própria.

33. Queremos dizer que com isso a **lei** em países de fragilidade institucional como o nosso tem que ter uma força muito maior que em países em que a democracia já faz parte da cultura do povo.

34. A legalidade, hoje entendida como respeito ao Direito, é a garantia de que o Estado não ira surpreender o cidadão, e atuará mediante os limites impostos pela ordem legal, ou seja, todos seus atos tem que ter previsão legal.

35. Bom destacar que entendemos esta legalidade decorrente da constitucionalidade, toda interpretação jurídica tem que ter o viés constitucional para ser legítima, ou seja, as normas inferiores tem que ser legítimas em relação as superiores.

36. Uma correta aplicação da teoria da separação dos poderes em países de modernidade tardia passa por uma submissão total do Executivo à lei, com eficácia reforçada em relação aos países originários desta idéia.

37. Em países como o nosso, assolados pela corrupção, nossa última esperança reside neste Poder. Por isso acreditamos que o Judiciário tem papel fulcral para transformação social se for um poder realmente independente dos demais.

38. Acreditamos que todo o operador do direito e especialmente o Juiz tem que ter a noção de Estado Democrático de Direito presente em qualquer ato jurídico, ou seja, elevar a Constituição ao seu digno patamar, imprimir em suas decisões um sotaque constitucional

39. Em países como o nosso não precisa o Judiciário criar correntes como do Direito Alternativo, Direito Livre, basta aplicar a Constituição que seu papel será relevante para o desenvolvimento social e jurídico da nossa nação.

40. Essa mudança de paradigmas modifica o papel e a função desempenhada pelo judiciário. Em vez de tratar de conflitos intersubjetivos de menor complexidade, agora tem que resolver litígios coletivos.

41. Um judiciário ativo não significa rebelde em relação às normas jurídicas; basta olhar nossa Constituição para ver o que ela determina compromissos

que exigem uma participação direta do Poder Judiciário, sendo cumpridor dos seus mandamentos constitucionais.

42. Posto isto, em nosso país, a interpretação deve ser de uma legalidade reforçada que significa respeito ao Estado Democrático de Direito e total submissão do Executivo às leis e à Constituição, além de uma participação ativa do Poder Judiciária na consecução dos fins determinados pela Constituição, sob pena de negar sua própria missão constitucional.

43. Demonstramos com alguns julgados a contradição de algumas decisões da nossa Suprema Corte e do STJ em relação a aplicação dos princípios da isonomia e do perigo da ditadura do judiciário.

44. A atuação do Judiciário deve encontrar seus limites no próprio texto constitucional. Não pode este, ser casuístico, sob pena de perder a própria credibilidade o que seria muito ruim para democracia brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição* 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Regulamento e Princípio da Legalidade*. *Revista de Direito Público*. out.–dez., 1990, nº 96, pp. 42-50.

_____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo, Vol I*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação do Direito*. 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste dos Santos. 10ª ed., Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ciência Política*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Souto Maior. “Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do Tributo” in *Revista Diálogo Jurídico*. Acessado em www.direitodopublico.com.br em 20 de agosto - http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-SOUTO-MAIOR-BORGES.pdf

BECKER, Alfredo. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Lejus, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrote, 1973

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

COUTINHO, Jacinto. *Dogmática Crítica e limites lingüísticos in Revista Crítica à Dogmática..* Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol.1 n. 3, 2005.

DALLARI, Dalmo Abreu. *Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?”. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 11, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamnetal à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores 2007.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I 7ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HOBBSAWN, Erica J. *A Era das Revoluções*. Trad. Marcos Penchel e Maria Tereza Lopes Teixeira. 3ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo, Martins Fontes, 1992.

KIMMINICH, Otto. Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes. *Revista de Direito Público*. out.–dez., 1989, nº 92, pp. 17-33.

KONDER, Leandro. *Os Sofrimentos do “Homem Burguês”*. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006..

MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. *Separação de Poderes e Direito Adquirido na Concessão de Serviço Público*, São Paulo: 1956.

MERKEL, ADOLFO. *Teoria General del Derecho Administrativo*. Cidade do México: Editora Nacional, 1973.

MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomos 4 e 5 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970..

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

PASUKANIS, E.B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PERELMAN, Chaiim. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K.Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4 ed. São Paulo, Max Limonad, 2000, 79/80.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROMANO, Santi. *Fragmentos de um Dicionário Jurídico*. Trads. Santiago Sentis Melendo e Marino Aye. Buenos Ayres: Ediciones Jurídico Europa – América, 1964.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo [1ª parte]. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, out.–de

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SILVA, Ovídio Batista . *Processo e ideologia*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ªed., Rio de Janeiro:
Editora Forense,2004

WEBER, Max. *Sociologia*. Org.Gabriel Cohn. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2002.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)