

O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988: DIFICULDADES, AVANÇOS E FUTURO ¹

Heraldo Garcia Vitta²

Sumário: Introdução. 1. A Soberania Estatal. Aspectos político e jurídico. 2. A separação de Poderes. 3. As tradicionais funções do Estado. 4. A Constituição brasileira: a realidade nacional. 5. Bibliografia.

INTRODUÇÃO



ão se pode estudar tema *político-institucional*, sobretudo atinente ao *Poder Judiciário*, sem uma breve referência à *separação dos poderes do Estado*; e não se pode analisar a divisão ou separação dos ‘poderes estatais’ sem *noção segura de soberania*. Essa é a *premissa básica à configuração, extensão e lindes do Poder Judiciário*.

Por isso, num certo sentido, o estudo perpassa na seara da *ciência política*; contudo, não entranha na essência dela, pois a ‘tese’ deste trabalho é *jurídica*, formal.

Inicialmente, o artigo refere, numa apertada síntese, à soberania, no *plano histórico* e no *plano jurídico*. Depois, alude à *separação das funções estatais* bem como aos pontos essenciais do *Poder Judiciário*, *na atualidade, em face da Constitui-*

¹ Artigo extraído da palestra proferida no dia 30 de outubro de 2013, em Campo Grande (MS), no evento *25 Anos da Constituição Federal Brasileira*, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (MS)

² Juiz Federal e Presidente do Juizado Especial Federal em Campo Grande (MS). Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUCSP. Professor da Escola do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul. Juiz do TRE-MS, biênio 2013-15. Diretor da Escola do TRE-MS.

ção brasileira.

Procura-se demonstrar a necessidade de um Judiciário independente, forte, *alijado das questões políticas*, e voltado para o respeito à *Constituição e às leis do país*.

1. A SOBERANIA ESTATAL. ASPECTOS POLÍTICO E JURÍDICO.³

1. A princípio, numa *perspectiva histórica*, a soberania foi concebida numa acepção meramente *política*, cujo conceito ainda não tinha delimitação, devido às circunstâncias da época; *forças antagônicas combatiam a independência do Estado*: a Igreja, o Império Romano e o Feudalismo.

Contudo, com o perpassar dos anos, no século XIII, houve o agigantamento da Coroa; dentre os poderes que ficaram nas mãos do rei, estava o *supremo Poder Judiciário*. Assim, o rei era o soberano de todo o regime; os juristas da época afirmavam o poder do rei como ‘suprema senhoria judiciária’.

O entendimento de que tudo devia concentrar-se na Coroa foi reforçado com a ideia da *unidade do Estado*, isto é, à medida da necessidade de um *centro unificador do poder*. Assim, o conceito de soberania, na origem, *relativo e comparativo* (com outras ‘potências’), tornou-se *superior, supremo*.

De todo modo, apenas no século XV, reconhece-se o *pleno significado* da *res publica*; o termo tinha sentido somente à comunidade que *não reconhecesse autoridade superior*; aí está o *primeiro impulso* à nova determinação de *conceito de Estado*, pois a *independência* era estranha à antiga doutrina do Estado.

2. Posteriormente, o conceito de soberania desenvolveu-se no sentido de *elemento do Estado*; Bodin, em 1576, no livro *Six Livres de La République*, foi o primeiro autor a mencionar o poder da *soberania do Estado – supremo e independente* (*su-*

³ Jellinek, *La Dottrina Generale del Diritto dello Stato*, p.51 e ss; Heraldo Garcia Vitta, *Soberania do Estado e Poder de Polícia*, p.15 e ss.

prema potestas); e Loyseau, em 1608, *com base no direito feudal*, afirma ser a soberania inerente ao *território do Estado*. Esse livro (*Traité des Seigneuries*), afirma Jellinek, embora ignorado pela literatura, contribuiu para história da origem da ideia de soberania.⁴

Portanto, o conceito de *soberania* desenvolve-se no *absolutismo do Estado*; o *poder estatal é o único titular originário* de todos os direitos.

Contudo, devido à *nova doutrina do Estado*, capitaneada por diversos autores, dentre eles Hobbes, Blackstone, Rousseau;⁵ e à *teoria constitucional*, com Thomas Smith, Hoocker, Locke, Montesquieu, Sieyès e Benjamin Constant, a *soberania do povo* alcança prestígio. Assim, a *Constituição norte-americana* (1787) e a experiência da *Revolução Francesa* (1789) consolidou a teoria de que o *poder, inalienável, pertence ao povo*; trata-se da *soberania do povo*.

3. Já, numa *perspectiva jurídica*, a *soberania é potestade máxima*, ou seja, *capacidade jurídica exclusiva – do Estado – de autodeterminação e auto-obrigação*;⁶ a soberania é *una* (unidade da soberania) e *indivisível* (pois pertence à ‘nação’).⁷ Logo, o Estado estabelece *suas próprias normas*, as quais o *vinculam*. Jellinek afirma: “todas as *garantias do direito públi-*

⁴ ob.cit., 63.

⁵ O *Livro de Mêncio* – do autor de mesmo nome, que viveu entre 371.a.C e 289 a.C, portanto, *muito antes de Locke e Rousseau* - mencionava o povo, e não o governante, como expoente de qualquer Estado. Segundo ele, o soberano, embora derivado do céu, *não devia ignorar o bem-estar do povo, sob pena de ser deposto* (Michael H.Hart – *As 100 Maiores Personalidades da História*, p.512).

⁶ Jellinek, ob.cit., p.76

⁷ León Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, p.127. Aponta esse autor francês, a soberania é poder de vontade e de comando, com independência. Com conseqüências, ela é: *una, indivisível, inalienável* (caso contrário, desapareceria) e *imprescritível* (ainda que um usurpador a exerça, não a adquire). No entanto, em nossos dias, fala-se na *crise do conceito de soberania estatal*, devido à denominada globalização, com o intercâmbio econômico e cultural dos diversos países, e às lides internacionais. Não concordamos com essa ideia; mas o tema foge de nosso propósito, neste trabalho.

co visam, em primeiro lugar, a assegurar o *vínculo* do poder estatal às *normas por ele emanadas*.⁸

Mas o *Poder* do Estado é *uno*; não comporta divisões nem partições. De acordo com o autor argentino Basabilvaso, poderá haver apenas *diferenças quanto ao grau* (um poder é mais forte que outro), mas *nunca de natureza (essência)*. Já, as *funções do poder* são múltiplas, assim como os *órgãos* que as exercem.⁹

2. A ‘SEPARAÇÃO DE PODERES’

4. Essa ideia de *unidade* do Poder Estatal e da soberania foi concebida, a princípio, tendo em vista *Estados unitários*, isso no século XVI, nos quais o ‘poder’ concentrava-se no ‘*órgão central*’. Assim, explicam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Estado unitário* “é o caracterizado pela *centralização política*, no qual existe um único polo *constitucionalmente* capacitado a produzir, *com autonomia, normas jurídicas*.”¹⁰

A *unidade do Poder* decorre, a nosso ver, da noção de *Poder Estatal, absoluto e monárquico*; de fato, expõe Carré de Malberg, o Estado *unitário é soberano*; e sua potestade é *summa potestas*, pois é independente perante o exterior; e no interior (do Estado), está acima de qualquer outra potestade.¹¹

5. Pois bem; a *divisão de poderes* do Estado foi sistematizada, numa *concepção atual*, com o trabalho de *Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu*; no conhecido livro *O Espírito das Leis*, o filósofo francês ressaltou a *tripartição das fun-*

⁸ ob.cit., p.73.

⁹ *Derecho Administrativo*, t.V, p.98 e rodapé 33, com citação de Carré de Malberg, *Ensayo de Interpretación de La Doctrina de La Separación de los Poderes*, Buenos Aires, 1944, p.47.

¹⁰ *Curso de Direito Constitucional*, p.282. Grifos nossos. Esclarecem, esses autores, o Estado unitário admite entidades descentralizadas, porém, sem autonomia; atuam, portanto, por *delegação* do órgão central.

¹¹ *Teoría General del Estado*, p.99.

ções estatais; como forma de *evitar-se a tirania*, as *funções do Estado* deveriam ser entregues aos *diferentes órgãos* desse mesmo Estado. Aduz, ainda, o autor:

“... mais c’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porte à en abuser; il va juqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites. Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, Il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir...”¹²

5-A. Já, a *positivação da Separação e Independência dos Poderes* ocorreu no século XVII, com a *Declaração de Direitos da Virgínia*, de 12 de junho de 1776. Nessa linha, a *Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791*, ao aludir à *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*,: ‘Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a *separação dos Poderes*, não possui Constituição.’¹³

Essa é a redação do artigo XVI, da *Declaração dos Direitos do Homens do Cidadão*, de 1789.¹⁴

5-B. Logo, a ‘separação de poderes’ tornou-se dogma; inclusive nos *Estados Federados*.

Com efeito, em 4 de julho de 1.776, lançou-se a *Declara-*

10. De *L’Esprit des Lois*, t.I, p.223: “É uma experiência eterna, segundo a qual todo homem que exerce o poder, tende a cometer abusos; assim, é preciso encontrar limites. Quem diria! A virtude mesma tem necessidade de limites. Para que não haja abuso do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”. Contudo, antes desse autor, Aristóteles ‘dividiu o Estado’ em *três poderes essenciais*: “O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.” (*A política*, p.127).

¹³ Gabriel Wedy, *A Separação dos Poderes e a Independência do Poder Judiciário, Direito Federal, Revista da Ajufe nº 92*, p.27

¹⁴ No Brasil, o alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, pouco antes de ser preso, detinha um livro, uma coletânea dos escritos que condensava princípios, direitos e deveres *universais*: a Declaração de Independência, os artigos da Confederação e as constituições de algumas ex-colônias inglesas, dentre outros. Infelizmente, essa obra caiu nas mãos das autoridades da época. Dá para imaginar as consequências disso!

ção de Independência de treze colônias inglesas, com ruptura definitiva da Grã-Bretanha; em 15 de novembro de 1.777, o Congresso dos representantes das colônias [o mesmo que tinha votado a Declaração de Independência], reunidos, em Filadélfia, votaram os *Artigos da Confederação*,¹⁵ e, assim, criaram a *Confederação*, na qual os treze Estados ‘guardavam’ a sua *soberania interior, absoluta*. Posteriormente, em 21 de fevereiro de 1.787, o Congresso adotou resolução, que determinava uma convenção em Filadélfia, com o fim de *revisar os artigos da Confederação*.¹⁶

Pois bem. Na Convenção de Filadélfia, em 1.787, delegados dos doze Estados – Rhode Island recusou enviar representantes – lançaram os fundamentos do *Estado Federal norte-americano*. Dentre outras manifestações, da convenção, os *Estados federados* abdicaram da *soberania*; e ficaram com a *autonomia*.

Portanto, na *Federação*, os Estados federados detêm *autonomia*, ou seja, círculo de atribuições, demarcado na *Constituição*; autonomia essa evidenciada nas *organizações política e administrativa* (auto- administração; autogoverno). Já, a *soberania*, detém-na a União; no Brasil, a *República Federativa [do Brasil]* (arts.1º e 18,CF).¹⁷

5-C. Assim, tanto no Estado Unitário quanto na *Federação* há *separação de poderes (funções) do Estado*: Executivo, Legislativo e Judiciário. Madison, um dos maiores entusiastas do federalismo, em 1º de fevereiro de 1.788, no *New York Packet*, elaborou comentários incisivos a respeito da ‘separação e distinção dos poderes’, na *Federação*:

“L’accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, dans les mêmes mains, soit d’un seul home, soit de

¹⁵ A *ratificação* do documento, pelos Estados, ocorreu somente em 2 de maio de 1.781

¹⁶ Gaston Jèze, *Le Fédéraliste*, Introduction.

¹⁷ Sob o prisma do *direito interno*, a União, assim como os Estados-membros, é pessoa jurídica de Direito Público, *titular de direitos e deveres*.

quelques-uns, soit de plusieurs, soit par l'hérédité, par la conquête, ou par l'élection, peut justement être considérée comme la véritable définition de la tyrannie.”¹⁸

6.O Brasil, como se sabe, adotou, *provisoriamente*, a *República Federativa* no art.1º, do Decreto 1, de 15.11. 1.889. Já, em 24.2.1891, a *Constituição Brasileira* estabelecia:

‘A Nação Brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a *República Federativa* proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.’ (g.n.)

Redação semelhante tem a atual Constituição.¹⁹

6-A. Quanto aos ‘poderes’ estatais, o artigo 2º, da Constituição de 1988, dispõe: ‘São *poderes da União*, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.’

A referência expressa *apenas à União* não exclui idênticos poderes aos *Estados-membros (Federação)*. Pois, o termo União, inserido no artigo 2º, da Constituição, tem significado de uma *síntese jurídica da Federação*; como esclarece José Afonso da Silva, há *tendência unitária da Federação*, representada pela *União*.²⁰

¹⁸ *Le Fédéraliste*, nº XLVII: “A acumulação de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, nas mesmas mãos, seja de um só homem, seja de quaisquer outros, seja de diversos, seja por hereditariedade, por conquista, ou por eleição, pode, justamente, ser considerado como verdadeira definição da tirania.”

¹⁹ Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...). Já, o artigo 18, “caput”, estabelece: ‘A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.’ A doutrina discute se Municípios integram, ou não, a *federação brasileira*.

²⁰ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.494. De acordo com ele, “O Estado federal é, assim, caracterizado por essas duas tendências: a *unitária* representada pela União e a *disjuntiva* (federativa) representada pelos Estados federados.”(idem, *ibidem*, mesma página).

Portanto, também os Estados-membros contêm *Executivo, Legislativo e Judiciário, órgãos constitucionais autônomos*, nos termos da Constituição.

3. AS TRADICIONAIS FUNÇÕES DO ESTADO²¹

7. Assim: os *órgãos* Legislativo, Executivo e Judiciário realizam *funções estatais*, quais sejam: (a) *função legislativa* (de competência do Legislativo); (b) *função administrativa* (de competência do Executivo); (c) *função judicial ou judiciária* (de competência do Judiciário).

Conforme explica Sandulli, os atos dos ‘poderes’ do Estado são caracterizados por particular *valor formal* (regime jurídico) acompanhado de uma particular *força* (eficácia jurídica).²²

Por conseguinte, *habitualmente*: (a) o Legislativo tem *valor formal nas leis*, ou seja, atos normativos, abstratos, gerais, impessoais; as quais *inovam* na ordem jurídica, obedecida a Constituição, além de serem suprimidas apenas por atos dotados da mesma força (*força jurídica*); (b) o Executivo tem *valor formal nos atos administrativos*; pois *podem* ser executáveis e revogados, pela própria Administração [sem ordem judicial] (*força jurídica*); (c) o Judiciário tem *valor formal nas decisões jurisdicionais*; com *caráter definitivo*, isto é, sem que se possa rediscuti-los (*coisa julgada=força jurídica*).

7-A. Esses apontamentos do autor italiano têm sintonia com o direito brasileiro. Porém, (a) especificamente quanto à supressão da *lei* por outra, deve-se mencionar, além da hipótese de *lei* ou de *medida provisória posteriores* – art.62, da CF (igual eficácia=norma posterior revoga a anterior),²³ a *ação*

²¹ Há acirradas discussões a respeito dos órgãos estatais e as respectivas funções. Neste trabalho, o estudo está circunscrito aos “Poderes” Executivo, Legislativo e Judiciário.

Manuale di Diritto Amministrativo, p.8 e ss

Dispõe o artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (D.L.4.657,

direta de inconstitucionalidade, julgada *procedente*, pelo Supremo Tribunal Federal, a qual tem efeito de *expungir da ordem jurídica a lei inconstitucional*.²⁴

Porém, (b) a respeito da *força jurídica dos atos administrativos*, a doutrina brasileira, aceita a tese, defendida neste trabalho, no sentido de que nem todos os atos administrativos detêm a qualidade de *executoriedade*; ao contrário, diversos deles ‘não podem ser executados’, pela Administração, *sem que haja prévia ordem judicial*.²⁵

(c) Logo, há *sujeição* do particular aos ditames da Administração Pública, na medida em que esta tem o ‘poder’ de *produzir efeitos jurídicos*, de forma *unilateral e sem ordem do juiz*, constituindo aquele em obrigações. Isso, evidentemente, *à medida da ordenação jurídica* (Constituição e leis).

(d) Ainda quanto à *força jurídica* dos ‘atos do Executivo’, deve-se referir à possibilidade de a Administração, *sem ordem judicial, decretar nulidades*, conforme observa Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.²⁶ Contudo, se a nulidade puder causar danos, prejuízos, aos particulares afetados, deve haver o *prévio contraditório e ampla defesa*.

(e) Finalmente, inclui-se o regime dos *contratos administrativos*, na medida em que pode ser *alterado e rescindido*

de 4 de setembro de 1942): ‘A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.’

A *existência* de uma norma, isto é, a pertinência dela ao sistema jurídico, nada tem a ver com a validade ou invalidade dela. Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, p.380-1, rodapé 12). Pois, no *controle constitucional pela via incidental (caso concreto)*, “a sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda.”(Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p.302. Grifos originais)

²⁵ Na verdade, apenas nos casos urgentes, ou mediante previsão legal, a Administração poderá *constranger, diretamente, o particular* (executoriedade). Cf: Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso...*, cit., p.416); Heraldo Garcia Vitta (*Poder de Polícia*, p.240).

Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol.I, p.49.

(além de ser decretada a *nullidade*), pela Administração, *de ofício*, e sem precisar socorrer-se do Judiciário. Assim como ocorre com os atos administrativos, antes de rescindir um contrato, ou anulá-lo, a Administração deve proceder ao prévio contraditório e ampla defesa.

(f) Quanto ao Judiciário, *no direito brasileiro*, a sentença, com trânsito em julgado (art.467, do CPC), pode ser *rescindida*, por meio de *ação rescisória* (art.485, do CPC). Além disso, admite-se a ação *querella nullitatis insanabilis*, utilizada nos casos em que a decisão, transitada em julgado, afronte o sistema normativo, como a impossibilidade jurídica do pedido, a falta de citação e outros fundamentos que afetem a essência do *direito processual ou material* da parte.

8.Essas citadas funções, ou atividades,²⁷ são consideradas *normais*, corriqueiras, *típicas*, desses órgãos do Estado. Entretanto, elas não são absolutas, *totalmente independentes*, umas das outras; há *coordenação* entre elas, na forma do *Texto Magno*; ou seja, *nos limites da Constituição*.

Assim: o projeto de lei, *normalmente* de iniciativa e competência do *Legislativo*, pode ser vetado, ou sancionado, pelo Presidente da República, chefe do *Executivo* (CF, art.84, IV e V); o Congresso pode *sustar atos normativos do Executivo* que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de *delegação legislativa* (art.49,V,CF).

9. Além daquelas funções consideradas *típicas*, Executivo, Legislativo e Judiciário detêm ‘atribuições’ excepcionais, *atípicas*: por exemplo, os *regulamentos de leis*, de competência do Executivo (art.84, IV, CF), são *normas gerais, abstratas e impessoais*. Devido a essas características, a *potestade regula-*

As expressões são sinônimas. No entanto: “A *função administrativa* é um conjunto de competências, e a *atividade administrativa* é a sequência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que norteiam e justificam sua existência. A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa.”(Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, pp.33-34. Grifos nossos).

*mentar é atividade materialmente legislativa.*²⁸

Ademais, tanto o *Judiciário* quanto o *Legislativo* emitem atos administrativos (nomeação, remoção e exoneração de servidores, dentre outros), *contratos administrativos* (obras, serviços etc) e *procedimentos administrativos* (licitação e concursos públicos), funções essas *tipicamente* do Executivo; pois, cuida-se de *regime jurídico-administrativo*.

Pode-se mencionar os *Tribunais de Contas*, auxiliares do Legislativo, com atribuição de *julgar* contas dos diversos órgãos do Estado (art.71, CF), cujas decisões são ‘*materialmente jurisdicional*’.²⁹ Idem, quando órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário *julgam* os respectivos servidores públicos, por *infrações disciplinares*.

10. Àquele rol de *função estatal* deve-se acrescentar a função *executiva, política ou de governo*, a qual é exercida nos *termos da Constituição*; trata-se, conforme a expressão de Zanobini, de ‘função superior’, “que encontra na direção suprema do Estado o seu fundamento e a sua causa jurídica.”³⁰ Nesse sentido, dentre outros, Guido Falzone.³¹

É atividade de ‘*direção*’ do Estado, com *ampla discricionariedade* da autoridade (conveniência e oportunidade), cuja disciplina advém, *diretamente, do Texto Constitucional*, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello.³²

²⁸ Advirta-se: no *direito brasileiro*, regulamentos não podem inovar na ordem jurídica.

Mas os atos jurídicos, editados pelos tribunais de contas, podem ser contrastados, por ação judicial (art. 5º, XXXV, da CF – ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a lesão’).

Corso di Diritto Amministrativo, vol.I, p.16.

Il Dovere di Buona Amministrazione, p.10.

ob.cit., pp.380-1. Já, Seabra Fagundes refuta o entendimento da doutrina que aceita a existência da ‘função governativa’, pois, para ele, as funções de legislar, de administrar e de julgar esgotariam a ‘extensão’ da função estatal. (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p.3). Esse autor alude ao fato de o ato político não se distinguir *materialmente* do ato administrativo, porque ambos destinam-se à realização do direito, determinando a aplicação do texto legal a situações concretas.

Como exemplos de atividade política citem-se os seguintes atos do Executivo, indulto, iniciativa de projeto de lei, sanção ou veto dele, convocação extraordinária do Congresso Nacional, manter relações com Estados estrangeiros, celebrar tratados internacionais, declarar guerra, celebrar a paz etc.

10-A. Esclareça-se: adota-se o discrimen - *função administrativa/ função política* - por mera *opção sistemática*; pois, tanto os atos editados na primeira, quanto na segunda, comportam revisão no *Judiciário*, por meio de ação, em face do princípio segundo o qual nenhuma *lesão ou ameaça de lesão* poderá ser subtraída de apreciação pelo magistrado (art.5º, XXXV, da CF). Com efeito, diferente do regime europeu, no qual os atos políticos não seriam suscetíveis de controle jurisdicional,³³ no Brasil esses e aqueles podem ser revistos pelo *Judiciário*,³⁴ de acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.³⁵

Feitas essas considerações de ordem geral, passa-se à esfera, propriamente, do *Direito positivo brasileiro*.

4. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A REALIDADE NACIONAL.

11. Na *Constituição imperial* (1824), havia *quatro poderes*: os três tradicionais e o *moderador*.³⁶ A partir daí, as Cons-

Teriam, portanto, idêntica natureza jurídica (idem, *ibidem*, p.197).

Conforme expõe Sandulli (ob.cit., p.6); segundo o autor, o ato, neste caso, seria subtraído de apreciação jurisdicional, ainda quando emanado de autoridade administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ob.cit., p.381.

Princípios..., cit., vol.I., pp.480-1.

³⁶ O Imperador detinha o Poder Moderador, “cuja competência e capacidade era a de intervir nos atritos entre os Poderes Executivo e Legislativo, para o restabelecimento da harmonia e equilíbrio entre os órgãos do Estado.”(Heber Americano Silva, *Direito Constitucional*, p.86). Segundo esse autor, o imperador governava por meio de um ministério, não estando ele sujeito a responsabilidade, mas sim os seus Ministros. (idem, *ibidem*, mesma página). Não se cuidava, pois, de constituição republicana.

tuições brasileiras referem à *tripartição do poder*: art.15, *CF 1891*; art.30, *CF 1934*; art.36, *CF 1946*; art.60, *CF 1967 e 1969*; art.2º, *CF 1988*.

11-A. Mas a supremacia do Executivo permanecia. O Presidente Artur Bernardes, em 1926, com beneplácito de um *Congresso submisso*, obteve a aprovação de emenda constitucional e, assim, reduziu a jurisdição do Poder Judiciário, ao retirar desse órgão a apreciação de vários atos do Legislativo e Executivo, durante o estado de sítio, o qual, aliás, vigorou em todo o seu mandato (art.60,§5º, *CF 1891*). Nessa linha - diminuição do Poder Judiciário - seguiram-se a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas (art.170), e a ditadura militar (AI 5/68, art.11; *CF 69*, art.157; e *EC 15/85*, art.156,§6º).

Paulo Fernando Silveira esclarece: essas medidas não foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nem depois dos períodos ditatoriais, apesar de elas terem violado direitos individuais e atentado contra a independência dos Poderes.³⁷

11-B. Esse mesmo autor refere às seguintes Constituições brasileiras, que teriam sido *outorgadas*, portanto, elaboradas pelo governo, à revelia da população: 1824, 1891, 1934, 1937, 1967 e 1969.

11-C. Já, quanto à *Constituição de 1946, considerada democrática*, fora elaborada por grupo de notáveis, sem a adequada participação popular; o *analfabeto não votava*, e a *maioria do povo era iletrada*. Assim, apenas a contar da Constituição de 1988, segundo esse Juiz Federal, o povo começou a tomar consciência da correta representação congressual.³⁸

12. Logo, em que pesem as normas positivadas nos Textos Constitucionais, o fato é que sempre prevaleceu, desde o início, a *supremacia do Poder Executivo*, em detrimento dos

³⁷ *O Poder Judiciário e os Direitos Individuais (duas poderosas forças antimajoritárias)*, *Direito Federal – “in” Revista da Ajufe*, n.88, p.134.

³⁸ art. e rev. cits., p.126

demais Poderes da República. Basta verificar a *origem do federalismo*: enquanto, na *Federação norte-americana*, os Estados *independentes*, inicialmente, *confederados*, *abdicaram da soberania, em prol da união estável*, (Federação), a *Federação brasileira* advém de uma *descentralização política*: da *unidade (central)* passou-se à *pluralidade de ordenamentos jurídicos* (Estados-membros).

12-A. Veja-se: a primeira Constituição, de 1824 “nasceu com um golpe (a Independência), foi reformada por outro golpe (a Abdicação [de D.Pedro I, em 1831]) e substituída também por outro golpe (a Proclamação da República)”.³⁹

Sob a égide da *Constituição imperial*, o *Judiciário era fiel servidor do governo*; uma mola da máquina administrativa;⁴⁰ ou, nas palavras de José Antônio Pimenta Bueno, o futuro Marquês de São Vicente: “o governo é quem dá as vantagens pecuniárias, os acessos, honras e distinções; é quem conserva ou remove, enfim quem dá os despachos não só aos magistrados, mas a seus filhos, parentes e amigos.”⁴¹

12-B. Ademais, o Brasil submeteu-se à *ditadura militar*, nos últimos tempos, *de 1964 a 1985*. Apenas em 1988, com a promulgação da Carta Política, obteve-se uma *Constituição democrática*.

Apesar disso, quase *não há relação de cidadania* entre o povo e o ‘Chefe do Executivo’ [na prática, quem dá ordens]; mas simples *dependência ou proteção pessoal*, análoga à que há entre *pais e filhos, ou entre padrastos e enteados*. Pois, segundo Fábio Konder Comparato, “o povo não foi *educado a exercer direitos e a exigir justiça*, mas tem sido habitualmente

³⁹ Heber Americano Silva, ob.cit., p.86.

⁴⁰ Visconde do Uruguai, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, t.II, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862, p.261, “apud” Fábio Konder Comparato, *O Poder Judiciário no Regime Democrático*, “in” *Cidadania e Justiça*, n.13, p.9.

⁴¹ *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, 2ªed., Rio de Janeiro, 1957, p.39, “apud” Fábio Konder Comparato, art. e ob.cits., p.9.

domesticado a procurar auxílios e favores.”⁴²

13. Assim, a ‘origem centralizada’ do Estado brasileiro talvez seja um dos motivos para as *imoralidades administrativas* praticadas: (a) autoridades políticas editam normas espúrias, írritas, inconstitucionais, inclusive com o uso vezeiro de Medidas Provisórias, muitas vezes devido à omissão do próprio Parlamento, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e do Judiciário; (b) o Chefe do Executivo elabora decretos, contendo direitos e deveres aos cidadãos, sem *devida previsão legal*; (c) as *agências reguladoras* (símbolo do regime neoliberal) emitem atos administrativos em afronta escancarada à *Constituição e às leis*; (d) *licitações e contratos administrativos* são realizados de forma abrupta, mediante modificações legislativas urgentes, não plenamente justificadas, sem falar na escolha arbitrária do vencedor e no superfaturamento de obras públicas; (e) colhem-se ‘mensalões’ para políticos satisfazerem a vontade do Executivo.

Enfim, existe, de fato, gama de corrupção, que esgarça o *conceito de República*.

O jurista e professor, Geraldo Ataliba, ensina:

“Todos os *mandamentos constitucionais* que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia (*cheks and balances* do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial e Ruy [Barbosa]) e demais procedimentos a serem observados no *relacionamento entre os poderes*, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o *princípio republicano*, realçando sua função primacial no sistema jurídico.”⁴³

13-A. Na verdade, explica Fábio Konder Comparato, há *costume político* no qual as relações entre o *Executivo e os demais Poderes* do Estado são de quase *vassalagem*; há *submis-*

⁴²art. e rev. cits., p.9. Grifos nossos.

⁴³ *República e Constituição*, p.37.

são geral à pessoa do Presidente da República ou do Governador de Estado; “o que representa, de certa forma, a *transposição na esfera estatal* do tradicional relacionamento do coronel do interior com os seus agregados e capatazes”.⁴⁴

14. Na década de 90, o *modelo neoliberal* (nesse protótipo, o ‘mercado’ dita as ‘regras econômicas’, sem, ou com mínima interferência do Estado),⁴⁵ impingiu expressivas *privatizações do capital nacional*, que foram consumadas, rapidamente, ‘*numa batida de martelo*’.⁴⁶

Claro, faltou análise detida, acurada, desses ‘movimentos políticos alvissareiros’, idealizados pelo *consenso das grandes nações*. Essa suposta nova ideologia acarretou a venda dos ‘ativos nacionais’, sem observância da Constituição e, possivelmente, comprometendo o *erário*.

De acordo com o jurista e professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar os *20 anos da Constituição de 1988*, a Carta Magna brasileira tem *dois pilares fundamentais*; o primeiro, assinala um *vetor social*, e reserva ao Estado importante papel nesse campo; o segundo, uma perspectiva enfatizadora da *soberania nacional* e do *empresariado genuinamente brasileiro*.⁴⁷

14-A. Além disso, o *uso indiscriminado* do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), mediante *juros subsidiados*, para fornecer *empréstimos a grandes conglomerados*, também *comprometeu, e ainda compromete, o*

⁴⁴ art. e rev. cit., p.9.

⁴⁵ A intenção do ‘sistema neoliberal’ pode ser sintetizado do seguinte modo: grupos econômicos desejavam transitar pelas vias do mercado, sem as peias ou laços jurídicos, sem observar as normas constitucionais e legais dos países periféricos. Daí a necessidade de alijar o Estado desse contexto. Conseguiram, com êxito!

⁴⁶ Quem não presenciou nos noticiários televisivos a expressão de algumas autoridades no momento culminante do trespasse do capital nacional aos grandes conglomerados internacionais?

⁴⁷ *Revista do Advogado*, n.99, p.38. O autor critica as emendas constitucionais aprovadas na década de 90, com a finalidade de investir contra a Constituição, a soberania e os interesses nacionais. (idem, ibidem, p.39)

erário, porque a diferença, entre os juros, adotados pelo banco de fomento, e os juros do mercado, é honrada pelos *contribuintes*; pois, para esse desiderato, o Governo Federal: (a) emite títulos públicos, cujo resgate é feito a juros proibitivos, pagos aos detentores desses papéis; ou (b) aporta recursos federais, diretamente no banco. Em suma, os *impostos dos contribuintes são destinados ao pagamento dessa e de outras benesses!*

São bilhões de reais em jogo. Expõe o ilustre economista e professor Dércio Garcia Munhoz, “ao final de 2011, a *Dívida Mobiliária Federal Interna alcançara perto de R\$ 2,0 trilhões – mesmo após compensados aproximadamente R\$ 580,0 bilhões de depósitos do Tesouro no BC – ou em torno de US\$ 1,1 trilhão.*”⁴⁸

15. Talvez por isso, a magistratura [sobretudo a Federal] sofre *desfalque nos subsídios (remuneração)*; aumentos *irrisórios, parcelados, que nem mesmo refletem o período inflacionário*, ferem de morte a necessária *independência* que deve haver entre os Poderes da República (art.2º, CF; cláusula pétreia, art.60, §4º, III); a *irredutibilidade de subsídios* (art.95, III, CF); e o *dever jurídico de reajuste anual* (art.37, X, com redação da EC 19/98).

Nunca é demais lembrar; *magistrados não podem receber auxílios, contribuições, custas ou emolumentos de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas* (art.95, parágrafo único, IV, CF, acrescido pela EC 45/04).

Hoje, infelizmente, juízes realizam concurso público para cartório de notas e de registro, para o Ministério Público, dentre outras carreiras, cujas remunerações são superiores àquela da magistratura. Mesmo porque, o juiz, ao aposentar-se, *só pode exercer a advocacia* no juízo ou tribunal do qual se afastou, *após três anos do afastamento* (art.95, parágrafo único, V,

⁴⁸*Dívida Pública. Os juros afogam o Tesouro, a agricultura, as estatais, a previdência e os servidores federais são os eternos bodes expiatórios*, “in” *Entre Crises- 40 anos da Economia do Brasil*, p.312.(grifos originais)

acrescido pela EC 45/04). Outra restrição!

16. Talvez o Judiciário ‘pague o preço’ por constituir Poder ausente de afinidades políticas; no Brasil, seus integrantes não são eleitos;⁴⁹ e o artigo 95, parágrafo único III, *veda o juiz dedicar-se à atividade político-partidária*.

Essa vedação aos magistrados [participar de atividade político-partidária] é correta; a política está recoberta por paixões, impulsos e lutas pelo poder. Já, o magistrado deve ser sereno nas suas conclusões, analisar os fatos à luz do Direito; verificar a prova dos autos com isenção e equilíbrio. *A função jurisdicional não se amolda à função política*.

16-A. Ainda na esteira de Fábio Konder Comparato, membros dos *Tribunais Superiores* têm feito pronunciamentos públicos sobre temas de governo, sem qualquer ligação com os interesses da magistratura. O problema é que se perde a *isenção para julgar* as causas que, eventualmente, envolvam os governos ou parlamentares envolvidos.⁵⁰

Magistrados, especialmente das Cortes Superiores, após a exoneração, candidatam-se a cargos *políticos*. O problema é a *politização do Poder*, e a *massificação* das decisões judiciais. *A popularização do magistrado* (e não da instituição) pode levá-lo a decidir de acordo aos anseios populares (normalmente, identificados com a mídia), os quais *nem sempre se amoldam à Constituição e às leis do país*.

17. A respeito da ‘feição política’ no Judiciário, é preciso mencionar alguns dados a respeito da *competência do Conselho Nacional de Justiça*, órgão instituído pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004.

Esse importante órgão de fiscalização do Judiciário exerce *função administrativa* (art.102, §4º, CF); *submete-se ao regime jurídico-administrativo, e, por consequência, à Constitui-*

⁴⁹ Falta ao aparato do Judiciário o uso cotidiano de informes aos cidadãos a respeito de suas decisões. A TV Justiça, vista por poucos, prende-se muito às decisões do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰ art. e rev. cits., p.12

ção e às leis; e ao controle jurisdicional. O regime jurídico dos atos e providências do CNJ é o *Direito Administrativo*; por isso, podem ser contrastadas, em ações judiciais propostas, originariamente, no *Supremo Tribunal Federal* (art.102, I, ‘r’, CF).

Portanto, o CNJ não detém competência para ‘cassar’, revogar’, ou mesmo anular, atos judiciais, sentenças, despachos, acórdãos – pois estes não são exarados na função administrativa, mas na função judicial, ou jurisdicional. Essa vedação é absoluta; nem mesmo de maneira cautelar e provisória, sob pena de malferir o regime Democrático de Direito (art.1º, “caput”,CF) pode o CNJ imiscuir-se na função jurisdicional.

17.A. Logo, na função administrativa (a única que o órgão exerce), após o vitaliciamento magistrado (art.95,I, CF), o CNJ não pode declarar-lhe a perda do cargo, incumbência essa somente da função judicial (sentença). Pois, o predicado vitaliciamento (cargos vitalícios: magistrados, membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas) confere a prerrogativa ao titular de perder o cargo somente por sentença judicial.

17-B. Ademais, se é certo que ao CNJ e aos demais órgãos correccionais competem estabelecer metas para atingir-se a eficiência no ‘trabalho judiciário’, de outro, deveriam procurar diálogo constante no Executivo e no Legislativo, visando à aprovação de leis, atos e providências, a fim de aprimorar as condições materiais do Judiciário, mediante a instalação de varas, criação de cargos, aquisição de prédios, computadores etc. A ineficiência do Judiciário, a lentidão dos processos, está ligada, necessariamente, à falta de meios para atuação expedita.

Metas, relatórios e estatísticas são louváveis, por motivos óbvios, pois atendem à ‘eficiência’ (art.37, “caput”, CF/88); contudo, não podem ser um fim em si mesmo, pela possibilidade de desvio de finalidade da função jurisdicional: a decisão do magistrado, embora não deva ser proferida tardiamente, não

pode ser emitida de inopino, sem estudo acurado e sensato.

Contudo, infelizmente, inúmeros magistrados preocupam-se, *em demasia*, com *estatísticas e metas*; e isso, parece claro, influencia as *decisões [judiciais]*, porque são elaboradas de forma rápida, mas *além do necessário e possível*, ou seja, *sem reflexão*, e atingem a *essência da jurisdição: fazer justiça concreta*.

17-C. Alias, o artigo 93, alínea XIII, da CF, acrescida pela emenda 45/04, estabelece regra segundo a qual ‘*o número de juízes deverá ser proporcional à efetiva demanda e à respectiva população.*’

Essa regra está ligada a outra, de direito *fundamental*: a *razoável duração do processo* judicial [e administrativo] e *meios que garantam* sua celeridade (art.5º, LXXVIII, acrescido pela EC 45/04).

18. O *controle estatístico e de metas exacerbado*, aliado ao *volume de processos no Judiciário*, leva à ‘*jurisprudencialização*’ das *decisões judiciais*; os juízes decidem como pensam os tribunais.

De efeito, ainda que uma das *independências* da magistratura seja a *ausência de subordinação hierárquica*, na realidade, os juízes monocráticos, de primeira instância, adotam, nas suas decisões, como *razões para decidir*, os acórdãos das Cortes.

Pois, na expressão de Paulo Faraco de Azevedo, a “*independência do Judiciário* há de ser entendida em todos os sentidos, mas sobretudo relativamente *aos demais poderes e órgãos* que os exercitam dentro do Estado.”⁵¹

18-A. Levado isso a extremo, juízes de primeira instância seriam meros reprodutores de decisões dos tribunais; carimbadores de papel. Isso se deve, possivelmente, por outro motivo: a intenção de o magistrado ser agraciado por cargo no tribunal. Mas o suposto *sacrifício pessoal* do magistrado, visando à as-

⁵¹ *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*, p.63

censão funcional na carreira, pode redundar no *sacrifício da própria sociedade*.

19. Sem falar nas *ações diretas* de constitucionalidade/inconstitucionalidade (inclusive as *liminares* nessas ações) e nas *súmulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões *devem ser seguidas* pelos magistrados do país (art.102, §2º, CF, alterada pela EC 45/04; art.103-A, CF, acrescentado pela citada EC).

Aliás, na ADC 4-DF, que *impede magistrados deferirem liminares ou antecipação de tutela contra pessoas jurídicas de direito público*, considerou-se *vinculativa a liminar deferida, naquela ação*, pelo Supremo Tribunal Federal.

Não resta muito aos tribunais inferiores e aos magistrados de primeira instância! Esperam-se mudanças no projeto do Código de Processo Civil!

20. O problema começa a ficar bastante complicado; o magistrado, ao julgar o caso concreto, precisa *sopesar* a situação: *valorar fatos* e normas, bem como verificar as respectivas *consequências jurídicas*. O Juiz não é um autômato, uma máquina de fazer pães. Expõe o autor belga, Chaïm Perelman:

“Com efeito, o juiz não é um autômato: concede-se-lhe um poder de *apreciação*, condição de seu poder de decisão. A qualidade que se exige dele é ter discernimento, ou seja, ser capaz de apreciar os *diferentes aspectos de um problema*, de pesar o pró e o contra.”⁵²

20-A. Expressões como interesse público, interesse social, ordem pública, boa-fé, má-fé, razão, proporção, moralidade, abuso de poder (político, econômico etc) e outras, são *conceitos indeterminados, fluidos, imprecisos, ou práticos*; explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Ao lado de conceitos, apoderados de conotação e denotação *precisas, unívocas*, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se carac-

⁵² *Ética e Direito*, p.513.

terizam como *plurissignificativos*.⁵³

Em todo conceito há *zona de certeza positiva* (é seguro que é) e *zona de certeza negativa* (é seguro que não é);⁵⁴ nesses âmbitos, certeza positiva, certeza negativa, o magistrado tem *dever inarredável* de verificar se a *situação concreta se amolda, ou não, ao conceito (contido na norma)*

Assim, não faz sentido o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o Judiciário não pode analisar o *mérito* do ato administrativo. Isso ocorre em muitos casos, especialmente, na imposição de *penalidades administrativas em geral*.

21. O problema parece subsumir-se no *conceito de mérito [do ato administrativo]*. De acordo com essa corrente – que nega a possibilidade de o juiz perquirir a escolha da *Administração Pública* – mérito seria âmbito de ‘liberdade’ de atuação do agente público, demarcado na lei, para decidir o caso concreto, mediante critérios de *conveniência e oportunidade*. Nessa linha, a escolha da Administração não poderia ser invalidada pelo Judiciário, exceto em situações bem específicas, a exemplo do *desvio de poder, ou da incompetência da autoridade (vícios de legalidade)*.⁵⁵

21-A. Mas o conceito de *mérito*, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, esclarece a distinção da *discricionariedade*. Segundo esse jurista:

“Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que venha efetivamente a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo *critérios de conveniência e oportunidade*, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante *a impossibilidade de ser objetivamente*

⁵³ ob.cit., p.983. Grifos nossos.

⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob.cit., p.990, com citação de Fernando Sainz Moreno..

⁵⁵ Também há uma corrente que refere à possibilidade de o Judiciário verificar a razoabilidade e proporcionalidade da decisão administrativa.

identificada qual delas seria a única adequada.”⁵⁶

Logo, perante o caso concreto, se o magistrado não puder saber, *objetivamente, de maneira segura*, se a escolha feita pela Administração foi correta, ou incorreta,⁵⁷ *prevalece* a opção feita por ela, sob pena de o Judiciário invadir a competência do Executivo, na *função administrativa*, violando o artigo 2º, da CF (‘divisão de poderes’). Mesmo assim, dentre outros pontos, o juiz deve perquirir o *desvio ou abuso de poder*, os *motivos* do ato (teoria dos motivos determinantes) e a *competência legal* da autoridade.

22. Portanto, numa ação judicial, o magistrado, em princípio, não pode limitar-se a proferir sentença de improcedência, sob fundamento de que não está impedido de verificar o *mérito* do ato administrativo. Exceto na hipótese da “*impossibilidade de ser objetivamente identificada qual das opções seria a única adequada ao interesse público,*” situação em que prevalece a escolha da Administração.

22-A. Já, na *imposição de penalidades administrativas*, o Judiciário compete verificar, dentre outros: (a) se a sanção imposta teve base na *prova dos autos* – o que pressupõe a constatação dos *motivos* -, e se a decisão foi *motivada*; (b) se houve contraditório e ampla defesa e observância do procedimento legal; (c) se houve *justiça*, no caso concreto, com a observância da *razoabilidade e proporcionalidade*.

22-B. Porém, quando houver fundadas *dúvidas* a respeito da ‘*condenação administrativa*’, deve *prevalecer* o princípio da *presunção da inocência*. Trata-se de conclusão que advém do *regime democrático de Direito*, base de todo ordenamento jurídico. *A dignidade da pessoa humana impõe, no caso de dúvi-*

⁵⁶ ob.cit., p.981. Grifos nossos.

⁵⁷ Poderá haver casos em que se sabe, *seguramente*, que a opção escolhida não foi a melhor para o interesse público; “o fato de não se saber o que uma coisa é, não impossibilita se saber que ela não é!” (Queiró). Assim, o magistrado pode anular a decisão administrativa.

da, a *absolvição* do suposto infrator.⁵⁸

22-C. Além disso, *na dúvida* quanto à *escolha da penalidade imposta, ao administrado, pela Administração*, deve *prevalecer* à que lhe causar *menos sacrifício*, ou seja, a sanção de *menor gravidade*. A Administração deve fixar-se no ato *menos gravoso do administrado*. Pois, o Direito não é limitação, mas ‘reconhecimento da *liberdade humana*’ (Windscheid).

22-D. Nessas hipóteses, ao magistrado compete, alternativamente, conforme solicitação do autor da ação: **(a)** *anular* a decisão administrativa, para que a Administração imponha a *pena de menor gravidade*; **(b)** *impor*, ao infrator, essa penalidade; ou, se for o caso, *absolvê-lo* da imputação.⁵⁹

23. Assim, compete ao magistrado *qualificar os fatos em vista das consequências jurídicas*. Isso tem reflexo na *ponderação das provas*, pelo juiz; *quanto mais graves forem as consequências, maior rigor* deve ter o magistrado quanto à *prova dos fatos*. Chaïm Perelman assinala:

“Por outro lado, é inegável que o juiz se contenterá, para dizer que os fatos estão estabelecidos, com provas bem menores quando se trata de estacionamento ilegal de um veículo do que quando se trata de um indiciamento por homicídio: é obvio que ele *será tanto mais exigente acerca da prova dos fatos, quanto mais graves forem as consequências jurídicas que deles decorrerem*.”⁶⁰

23-A. Vejam-se algumas situações extremas, citadas pelo

⁵⁸ “Pode-se acrescentar, ainda, o brocardo jurídico *in dubio pro reo* (ou o seu correspondente *in dubio pro libertate*), usualmente citado na seara do direito penal mas que, sem dúvidas, tem idêntica aplicação no tema *penalidade administrativas*. Tudo isso constitui indicador para o sistema jurídico de proteção às pessoas, adotado nas modernas nações civilizadas.” (Heraldo Garcia Vitta, *Poder de Polícia*, p.225, rodapé 290, “in fine”. Grifos originais).

⁵⁹ Ao contrário do que afirmávamos (*Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo*, p.89), há situações em que o *próprio magistrado*, numa *ação judicial*, poderá *impor penalidade* ao infrator (Heraldo Garcia Vitta, *Poder de Polícia*, p.163. Grifos originais). Evidentemente, o juiz não pode impor penalidade mais grave do que aquela solicitada pelo autor da ação.

⁶⁰ ob.cit., p.510. Grifos nossos.

autor, nas quais a magistratura, buscando *justiça*, fez afirmação *contrária à verdade dos fatos*.

No século XVIII, nos tribunais ingleses, os roubos de objetos cujo valor superava 40 xelins eram apenados com morte. Então, para evitar essa sanção drástica, os tribunais ingleses estimavam em 39 xelins a importância de um roubo, *mesmo que o valor real ultrapassasse o montante*.

Na Alemanha, antes de 1914, havia punição para quem fizesse passeata com bandeira vermelha, no dia 1º de maio. A polícia confiscou uma bandeira, que servia de prova material da acusação; porém, no dia do julgamento, patenteou-se que a *bandeira era cor-de-rosa, e não vermelha*.

Dado regulamento municipal proíbe circulação de automóveis num certo parque público. Mas, e se alguém no parque estiver fulminado por uma crise cardíaca? O policial deve ficar aferrado à letra do regulamento, e não deixar a ambulância entrar no parque; ou permitir a entrada dela, ao *estimar a urgência do caso?*⁶¹

23-B. Assim, entende-se a *atividade judicial* [e a do cientista do Direito] não meramente aplicadora da lei, ao caso concreto, mas *atividade criadora*; sob o véu das *palavras das leis*, “oculta-se uma pluralidade de significações...”.⁶² Tanto a procura pela *decisão do caso concreto*, quanto a *interpretação e a integração da lei* pela ciência do Direito são *atividades criadoras*.⁶³ Mais do que isso, o intérprete não só constrói, “mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso.”⁶⁴

Portanto, o ‘método da subsunção’⁶⁵ nem sempre é sufi-

⁶¹ Ob.cit., p.511

⁶² Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p.78, com citação de autores germânicos.

⁶³ Idem, *ibidem*, p.81.

⁶⁴ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p.33.

⁶⁵ Na subsunção, ocorre o “enquadramento do caso concreto à norma jurídica, medi-

ciente a fim de resolver *problemas concretos* da vida cotidiana, requerendo, dos cultores do Direito, a análise dos *interesses em jogo (ponderando-os)*, que se encontram subjacentes à norma, utilizando-se *princípios, valores e bens* da ordem jurídica, especialmente os estabelecidos na *Constituição*.⁶⁶

24. Quanto aos *avanços*, advindos com a Constituição de 1988, em relação ao Judiciário, as ações *coletivas* (propostas por sindicatos, Ministérios Públicos e demais entidades legitimadas)⁶⁷ despertaram, na população, ‘algum grau de cidadania’, especialmente as *ações civis públicas*, a *ação de improbidade administrativa* e o *mandado de segurança coletivo*.

25. A instituição do *Juizado Especial de Pequenas Causas* (art.98, I e §1º, este renumerado pela EC45/04), agora sacramentado, também é um avanço notável, que dispensa maiores comentários. Mas, o problema desses órgãos é, ainda, a *falta de estrutura* adequada à necessidade da população. *O Juizado acaba mais moroso do que as próprias varas*.⁶⁸

26. De outro lado, com a liberdade de imprensa, de expressão e de informações, os membros do Judiciário precisam

ante a qual verificam-se a premissa menor, o fato; a premissa maior, a norma geral ou o conjunto de normas”. (Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p.198). Acentua a autora: “No primeiro momento, *após a interpretação*, ter-se-á ainda de verificar a *subsunção*, e, portanto, só depois é que se vai colocar ‘alguma’ discricionariedade...” (idem, *ibidem*, pp.197-8. Grifos nossos).

⁶⁶ “Os métodos ou processos de interpretação no direito administrativo são os mesmos dos aplicados no direito em geral: ‘Uma coisa é certa, os princípios gerais, os fins e a equidade (...), a natureza dos objetos, a respectiva *valoração dos interesses em jogo, são diversos em direito administrativo e em direito privado*: isto é, a *ratio legis é diversa nos dois direitos*. De maneira que não é diverso o método, nem são diversos os resultados de interpretação, mas é diverso o significado, e, sobretudo, aquela racional, das duas espécies de normação (...).’ (Federico Cammeo, *Corso di Diritto Amministrativo*, p.242. Pádua, Cedam, 1960, “apud” Heraldo Garcia Vitta, *Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo*, p.107. Grifos nossos).

⁶⁷ Cf.art.5º, XXI; art.5º, LXX; 8º, III; 129, III; 129, §1º, dentre outros, da CF. A ação popular (art.5º, LXXIII,CF), embora importante meio para salvaguardar o interesse público, não tem sido privilegiada. Talvez por conta da propositura de inúmeras ações civis públicas, pelos Ministérios Públicos.

⁶⁸ Assim, como exemplo, em Campo Grande (MS), há apenas um Juizado Especial, com cerca de 12.000 ‘processos’ em tramitação.

acautelar-se, para que não se acomodem num, por assim dizer, ‘*populismo judicial*’. O nunca assaz citado Celso Antônio Bandeira de Mello expõe:

“A grande imprensa é não apenas o *arauto do pensamento das classes dominantes*, mas também o *instrumento* de que elas se valem para *domesticação do pensamento* das classes dominadas.”⁶⁹

Não convém o magistrado, *contra a Constituição Federal*, ou *contra as provas dos autos*, decidir de acordo com os anseios populares, à medida dos *albores midiáticos*, cujos interesses (privados) podem *não coincidir com o interesse público*.

26-A. Resume o magistrado Romano José Enzwiler:

“Assim posto, não é exagero ver caracterizadas as democracias atuais pelo *desinteresse generalizado das pessoas em relação à política*, pela *grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais*, pela *manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação*, pela *corrupção generalizada dos governos*, pela *ausência de fidelidade* dos governantes aos princípios de seus partidos e às propostas de campanha, pela *internacionalização* das questões que, verdadeiramente, configuram a *autodeterminação de uma nação*.”⁷⁰

Evidentemente, o juiz precisa de *coragem* para confrontar a *massificação do direito*, veiculada pela grande mídia nacional. Deve conferir preferência, na aplicação do Direito, aos *direitos e garantias individuais e coletivos*, arcabouço jurídico, contido na Constituição, cuja tônica é a *dignidade da pessoa humana*.

27. Em virtude da *máxima eficácia dos direitos fundamentais*, o Judiciário tem amparado pessoas necessitadas. Os *direitos sociais*, antes considerados *normas constitucionais programáticas* – sem muita aplicação prática, à espera da lei -

⁶⁹ ob.cit., *apêndice, O Neocolonialismo e o Direito Administrativo Brasileiro*, p.1093.

⁷⁰ *Autonomia e Responsabilidade*, “in” *Cidadania e Justiça*, n.13,p.216. Grifos nossos.

têm sido vistos como *normas de eficácia diretamente aplicáveis*, ao nível da Constituição, e independentemente de intermediação legislativa.

Assim, na área da *saúde*, o artigo 198, II, da Constituição Federal,⁷¹ “tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, não dependendo de regulamentação infraconstitucional.”⁷²

Aliás, conforme expõe a eminente magistrada federal Marisa Ferreira dos Santos, o *direito à saúde é direito subjetivo* [público] de todos que estiverem no território nacional, independente de filiação e de contribuição para o financiamento da seguridade social.⁷³

De todo modo, a discussão, na prática, limita-se à ‘reserva do possível’, na qual se procura identificar a limitação de recursos disponíveis diante as necessidades de milhares de pessoas.

27-A. Em suma, parece ganhar foro de legitimidade a tese de o Judiciário garantir e determinar, ao menos, o chamado ‘mínimo existencial’. Pois, essa condição advém da *dignidade da pessoa humana*, fundamento que *legitima a República Federativa do Brasil, e o regime democrático de Direito*.(art.1º, “caput”, III,CF). Isso tem sido observado na área da *saúde pública*, na qual magistrados deferem tutelas e liminares, e julgam procedentes as ações propostas, inclusive com *responsabilidade solidária* da União, do Estado e do Município interessado (art.23,II, CF).

27-B. A *separação de poderes* não pode obstaculizar relações decorrentes da *dignidade da pessoa humana*; Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva expõe:

“Não é possível admitir a preponderância da separação de poderes e das prerrogativas do Legislativo e Executivo em

⁷¹ Esse dispositivo constitucional refere às diretrizes das ações e serviços públicos de saúde, entre os quais (II) ‘atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.’

⁷² Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Júnior, *Curso...*, cit., p.514.

⁷³ *Direito Previdenciário Esquematizado*, p.89.

detrimento da possibilidade de o Judiciário determinar de forma positiva direitos ligados à dignidade da pessoa humana.”⁷⁴

De fato, a simples omissão do órgão governamental, ao não atuar em prol dos *direitos sociais mínimos*, garantidos constitucionalmente, já mostra a vileza, a tirania do Legislativo e Executivo.

Ademais, em nenhum momento a doutrina delineada por Montesquieu *refere à rigidez, à separação absoluta dos poderes estatais*. Isso foi demonstrado por Madison, no Federalista n.67, o qual, referindo-se ao livro do citado filósofo francês, assim se expressou: “...il n’a point entendu proscrire toute *action partielle*, tout *contrôle* réciproque des différents pouvoirs l’un sur l’autre...”⁷⁵

Logo, nas *situações anormais, ou excepcionais* - e a saúde é uma delas, *permanentemente*, no Brasil -, o Judiciário tem dever de determinar à Administração *prestações positivas mínimas de direitos sociais*, em benefício da população, com destaque aos carentes.

28. Quanto ao *futuro*, lógico, é incerto – o futuro é apenas um conceito. Porém, no caso do Judiciário, depende de questões que se encontram *além da técnica*. A *política dos detentores do poder* é decisiva; se busca interesses pessoais, de grupos, ou de pessoas, beneficiando os asseclas, e prejudicando os ‘desafetos’; se almeja corrupção, o enriquecimento ilícito, o poder, a qualquer custo; se pretende amordaçar o Direito, então, pouco restará ao Judiciário, senão combater, com rigor, essas situações infames.

28-A. Se não sobrevierem conceitos e ideias novas, com *ética na política*, provavelmente os detentores do mandato político tenderão concentrar *poderes nas Cortes Superiores do Judiciário*; assim, incentiva-se prática corriqueira, ou seja, a ten-

⁷⁴ *O Poder Judiciário como Efetivador dos Direitos Fundamentais*, “in” *Revista CEJ*, n.37, p.19.

⁷⁵ *Le Fédéraliste*, XLVII, p.400: “Em nenhum ponto proscreve toda ação parcial, todo controle recíproco de diferentes poderes de um sobre o outro.”

tativa de *controle do Judiciário, pelo viés do Executivo*, porque os membros daqueles tribunais são escolhidos pelo Chefe deste Poder.

29. Dessa maneira, ocorrerá certo distanciamento dos magistrados das instâncias inferiores quanto aos *reais problemas* da sociedade brasileira (pobreza, falta de saneamento básico, de creches, de hospitais; abandono de menores e de idosos; saúde e educação públicas sem estrutura etc), comprometendo-se, ainda mais, a *credibilidade do Judiciário*.

30. Finaliza-se mediante palavras do competente jurista, advogado e professor Dalmo de Abreu Dallari:

“A experiência histórica já deixou comprovado que simples *mudanças políticas ou jurídicas formais*, ou simplesmente de alguns *aspectos particulares*, são insuficientes para o surgimento de uma *nova magistratura, independente, forte, dinâmica, e democrática*. Só uma transformação *profunda da estrutura social* poderá propiciar o surgimento de uma nova magistratura, que *não tema os detentores do poder político nem dependa deles* e que, sem constrangimentos nem acomodações, *reafirme em todas as circunstâncias seu compromisso com a justiça*.”⁷⁶

Como dizia Montesquieu: “Até a virtude tem limites”.



5. BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso do Direito Constitucional Positivo*, 29ªed. São Paulo. Malheiros Editores. 2007.
ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, 2ªed., atual.

⁷⁶ *O Poder dos Juízes*, p.58. Grifos nossos.

- Rosaléa Miranda Folgosi. São Paulo, Malheiros Editores. 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 10ªed., amp. e atualiz., São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- AZEVEDO, Paulo Faraco. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2013
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ªed., vol I, “Prefácio de Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo, Malheiros Editores, 2007;
- BASAVILBASO, B. Villegas. *Derecho Administrativo*. t. V. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23ªed. São Paulo. Malheiros Editores. 2008.
- CIDADANIA E JUSTIÇA. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. Nº 13. Ano 7. Brasília – DF. 2004.
- DALLARI, Dalmo. *O Poder dos Juízes*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.
- DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serano. *Curso de Direito Constitucional*, 14ªed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010
- DIREITO FEDERAL. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil. nº 88. Ano 23. Brasília – DF. 2007.
- DIREITO FEDERAL. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil. nº92. Ano 25. Brasília – DF. 2012.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris, Albert Fontemoing, 1906.
- FAGUNDES, Seabra M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ªed. São Paulo. Saraiva. 1984.
- FALZONE, Guido. *II Doveri di Buona Amministrazione*. Mi-lão, Giuffrè Editore. 1953.

- FERREIRA DOS SANTOS, Marisa. *Direito Previdenciário Esquemático*, 2ªed., Coord. Pedro Lenza, Saraiva, 2012.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5ªed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. *Le Fédéraliste*. Paris. V. & Giard e Brière. 1902.
- HART, Michael H. *As 100 Maiores Personalidades da História*, 9ª ed. Trad. Antônio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2003.
- JELLINEK, Giorgio. *La Dottrina Generale del Diritto Dello Stato*. trad. Modestino Petrozziello, Introduzione Generale di Orlando, 3ª ed. Milão, Giuffrè Editore, 1949.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Saraiva, 2005.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ªed., trad. José Lamego. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. trad. José Lión Depetre. 2ª ed. 2ª reimp. México. Facultad de Derecho/Unam. Fondo de Cultura Económica. 2001
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De L' Esprit des Lois*. t. I. Paris. Jean de Bonnot. 1999.
- MUNHOZ, Dércio Garcia. *Entre Crises – 40 Anos da Economia do Brasil*. Brasília-DF, Thesaurus Editora, 2012.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, 1ªed., 3ªtir. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- REVISTA DO ADVOGADO*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXVIII, n.99. São Paulo, 2008.
- REVISTA CEJ*. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano XI, n.37. Brasília-DF, 2007.
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 3ª ed. Nápole. Eugenio Jovene. 1955.
- SILVA, Héber Americano. *Direito Constitucional*, 1º v. 3ªed.

Bauru. Editora Jalovi. 1978.

VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

_____. *Responsabilidade Civil e Administrativa por Dano Ambiental*. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

_____. *Poder de Polícia*. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

_____. *Soberania do Estado e Poder de Polícia*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 8ªed. v.I. Milão. Giuffrè Editore. 1958.