

A DITADURA SUPREMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO¹

THE SUPREME DICTATORSHIP OF NEOCONSTITUCIONALISM

Ives Gandra da Silva Martins²

Resumo

No presente estudo o autor, no contexto do neoconstitucionalismo, retrata o temerário ativismo judicial que vem sendo realizado pela Suprema Corte, tornando o Poder Judiciário um legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes e provocando profunda insegurança jurídica.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Legislador Positivo; Legislador Negativo; Insegurança Jurídica; Separação dos Poderes.

Abstract

It is study in which the author, in the context of neoconstitutionalism, depicts reckless judicial activism that has been held by the Supreme Court, making the judiciary a positive legislator, in flagrant breach of the principle of separation of powers and causing profound legal uncertainty.

Keywords: Judicial Activism; Positive Legislature; Negative Legislator; Legal Uncertainty; Separation of Powers.

Sumário: 1 A ditadura suprema do neoconstitucionalismo. 2 Referências.

1 A DITADURA SUPREMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Grande tem sido a tendência do Supremo Tribunal Federal de se curvar ao pensamento do neoconstitucionalismo, no sentido de que cabe ao Poder Judiciário, em algumas hipóteses, ser legislador positivo defendendo, portanto, uma atuação complementar do Poder Judiciário no vácuo legislativo³.

¹ Artigo recebido em: 17/04/2016. Aceito para publicação em: 09/05/2016.

² Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS. *E-mail:* <igm@gandramartins.adv.br>.

³ Paulo Ferreira da Cunha, catedrático de Coimbra, em prefácio para o livro “Neoconstitucionalismo”, coordenado por Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei

Em contraposição, coloco-me de acordo com os pensadores clássicos, que entendem a separação dos poderes como uma garantia, nos regimes democráticos, cabendo ao Poder Judiciário atuar apenas como legislador negativo. Nesta linha de pensamento encontram-se autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Garcia, Lenio Streck, Alexandre de Moraes, Celso Bastos e outros⁴.

Tenho para mim que aceitar que o Poder Judiciário seja um legislador positivo, é admitir que pessoas não escolhidas pelo povo façam a lei em lugar dos representantes eleitos pela sociedade. Vale dizer, é admitir, numa democracia, que técnicos – o Poder Judiciário é um poder técnico, integrado por magistrados admitidos por concurso público, exceção feita, nos Tribunais, ao décimo constitucional (a cota dos advogados no quinto constitucional, pois os membros do Ministério Público foram no “Parquet” admitidos por concurso), ou no STF, indicados por um homem só, cargos estes preenchidos por nomeação dos Governos dos Estados ou pelo Presidente da República e aprovação do Senado – decidam independente da vontade do povo, que não os elegeu.

E, à evidência, tal postura gera uma profunda insegurança jurídica, na medida em que, não a lei, mas a decisão de um magistrado, é que ditará a norma de conduta do cidadão, valendo muitas vezes sua posição pessoal como aquela que deverá prevalecer, e não o comando legislativo existente⁵.

Martins Riccio de Oliveira e com colaboração de Alejandro Pérez Hualde, Alessandra R. Mascarenhas Prado, Alexandre Garrido da Silva, Alfonso García Figueroa, Ana Paula de Barcellos, Antonio Cavalcanti Maia, Carlos Botassi, Carlos Pinto Coelho Motta, Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Eduardo Ribeiro Moreira, Enéa de Stutz e Almeida, Fábio de Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira, Flávia Piovesan, Gustavo Merçon, Hilda Helena Soares Bentes, Ingo Wolfgang Sarlet, Ives Gandra da Silva Martins, José Carlos Vasconcellos dos Reis, José Vicente Santos de Mendonça, Lenio Luiz Streck, Lilian Balmant Emerique, Luciana Andrea Accorsi Berardi, Luis Prieto Sanchís, Luís Roberto Barroso, Manoel Messias Peixinho, Marcelo Figueiredo, Marcos Juruena Villela Souto, Margarida Camargo, Maria Garcia, Maria Lúcia de Paula Oliveira, Nagib Slaibi Filho, Patrícia Rosset, Paulo Ferreira da Cunha, Regina Quaresma, Rodrigo Tavares, Toshio Mukai, Walber de Moura Agra e Willis Santiago Guerra Filho, escreveu que: *“Um grande e novo fantasma assola os juristas cristalizados: o espectro do Neoconstitucionalismo.” Elevado a tópico corrente da cultura geral, o início do célebre pequeno manifesto de Karl Marx e Friedrich Engels tem sido invocado e glosado para denotar simplesmente, mesmo sem qualquer carga ideológica particular (e assim de novo o convocamos aqui), a resistência à novidade por parte de quaisquer sociedades ou grupos cujo imediato reflexo condicionado é o do medo (motivado muitas vezes pelo desconhecimento), e concomitante rejeição de tudo o que lhes pareça ser novo”*. (p. XXI, 2009).

⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 518) pronuncia-se no sentido de que o Judiciário só pode ser legislador negativo, ao comentar o § 2º do artigo 103, dizendo: *“Ciência. A declaração da omissão de órgão legislativo redundando numa ‘comunicação’: ‘será dada ciência’ ... A decisão, pois, tem caráter meramente declaratório, à moda portuguesa.*

Respeita-se desse modo a independência do Poder Legislativo, bem como a competência deste para decidir a propósito da conveniência e oportunidade de dar exequibilidade à norma constitucional não auto-executável”.

⁵ Escrevi (Folha de São Paulo, 20/05/2011):

O caso dos anencéfalos é típica distorção da segurança jurídica, criada pelo Judiciário. Permite o Código Penal que apenas o aborto sentimental e o terapêutico sejam admitidos, havendo, mesmo os que defendem que tal dispositivo não foi recepcionado pela nova Constituição, que, pela primeira vez, falou em “inviolabilidade do direito à vida”, e não apenas em “preservação dos direitos concernentes à vida”⁶. Eis, pois, a disposição do artigo 128 do CP:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal,

Assim é que o Código Civil declara (artigo 2º do texto atual e 4º do antigo) que os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção, sendo ridículo interpretar que todos os direitos lhe sejam assegurados, menos o direito à vida⁷.

Ora, o STF criou uma terceira hipótese de aborto não constante de lei, ou seja, o aborto eugênico, nada obstante, sobre a matéria, haver inúmeros projetos em discussão no congresso nacional - que não foram aprovados, pois, em todas as pesquisas de opinião pública realizadas pelos diversos órgãos especializados, apurou-se que o povo brasileiro é contra o aborto⁸.

“Este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros - e não por um homem só -, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Poder Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar, substituindo o único poder que reflete a vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas.

Sei que a crítica que ora faço poderá, inclusive, indispor-me com os magistrados que a compõem. Mas, há momentos em que, para um velho professor de 76 anos, estar de bem com as suas convicções, defender a democracia e o Estado de Direito, em todos os seus aspectos, é mais importante do que ser politicamente correto.

Sinto-me como o personagem de Eça, na ‘A ilustre casa de Ramires’, quando perdeu as graças do monarca: “prefiro estar bem com Deus e a minha consciência, embora mal com o rei e com o reino” (“A Constituição conforme o STF”, artigo publicado no jornal Folha de SP, 20/05/2011).

⁶ O “caput” do artigo 5º da CF está assim redigido:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (grifo meu).

⁷ O artigo 2º do Código Civil tem a seguinte dicção:

“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

⁸ Tem o Pacto de São José, do qual o Brasil é signatário, no artigo 4º “caput” o discurso que se segue:

“Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”.

O Supremo, por sobre o Congresso Nacional e contra a opinião pública, decidiu criar uma terceira hipótese de homicídio uterino, legalizando o aborto eugênico, o mesmo que Hitler aplicava não só aos nascituros, mas também aos nascidos, na sua busca insana por uma raça ariana pura.

Ora, a Constituição Brasileira coloca, entre os cinco direitos fundamentais, ou seja, entre os cinco mais relevantes direitos individuais, a segurança, não só aquela física, mas a jurídica, que consiste em o cidadão saber que o direito aplicável é aquele aprovado nas Casas Legislativas e não, o dependente das opiniões individuais de cada magistrado que, de acordo com sua particular visão da Justiça, define, nas hipóteses que lhe são submetidas, o que seria justo e o que não seria, o que deveria ser aplicado e o que não deveria⁹.

Em outras palavras, a partir da adoção do neoconstitucionalismo, nenhum advogado, nenhum jurista poderá dizer o que é legal e o que não é, pois, não obstante o que a lei estabeleça, não se sabe o que o magistrado dirá, no seu poder de ser legislador positivo.

A França, algum tempo atrás, deu exemplo de como o Poder Judiciário não deve ser poder político, no caso da união de pessoas do mesmo sexo, declarando o Conselho Constitucional da França, que não cabe ao Judiciário legislar em matéria que diz respeito ao Poder Legislativo, visto que a união –até mesmo biológica- entre pessoas do mesmo sexo é de natureza diversa daquela entre um homem e uma mulher¹⁰.

⁹ José Cretella Jr. (1989, p. 185) ensina sobre a segurança jurídica: "*Comentamos, neste livro, o ideal dos constituintes, expresso no Preâmbulo, de "assegurar o exercício dos direitos, sociais e individuais, como a segurança", repetindo-se, agora, no art. 5º, que "a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança". Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos "assegurar a segurança", o que reflete a falta de cuidado com a linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação Brasileira. **Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a vis inquietativa impede o homem de agir**" (grifos meus).*

¹⁰ "A Corte Constitucional da França, em 27/01/2011, ao examinar a proposta de equiparação da união homossexual à união natural de um homem e uma mulher, declarou: "que o princípio segundo o qual o matrimônio é a união de um homem e de uma mulher, fez com que o legislador, no exercício de sua competência, que lhe atribui o artigo 34 da Constituição, considerasse que a diferença de situação entre os casais do mesmo sexo e os casais compostos de um homem e uma mulher pode justificar uma diferença de tratamento quanto às regras do direito de família", entendendo, por consequência, que: "não cabe ao Conselho Constitucional substituir, por sua apreciação, aquela de legislador para esta diferente situação". Entendendo que só o Poder Legislativo poderia fazer a equiparação, impossível por um Tribunal Judicial, considerou que "as disposições contestadas não são contrárias a qualquer direito ou liberdade que a Constituição garante" LIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL DA FRANÇA (O Estado de São Paulo – 17/05/2011).

Assim é que preservou a função do Legislativo de legislar sobre a matéria, negando-se a transformar o Judiciário em legislador positivo, com o apoio da manifestação popular, inclusive em comícios. É interessante notar que, um comício promovido pelos que são contrários a equiparar a uma família, duas pessoas do mesmo sexo que vivem juntas, uniu centenas de milhares de pessoas, numa manifestação que ganhou manchetes de jornais em todo o mundo.

No Brasil, nada obstante a clareza da Constituição - que declara que a família é constituída da união entre um homem e uma mulher (art. 226 § 3º) e de que o casamento religioso tem o mesmo efeito do casamento civil (art. 226 § 2º) -, sem emenda constitucional e sem a participação do Legislativo, o STF entendeu que a união familiar e o casamento podem ser também de pessoas do mesmo sexo ¹¹.

Outro ponto de divergência diz respeito àquela sobre o processo de “impeachment” da Presidente Dilma, que hierarquizou o Senado Federal, como Casa Julgadora da Câmara dos Deputados e não apenas da presidente da República.

Reza o “caput” do artigo 86 da CF que:

Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Por tal dispositivo, admitida a abertura de processo de “impeachment” pela Câmara dos Deputados, cabe ao Senado APENAS dar curso ao referido processo, em nenhum momento permitindo a lei maior que o Senado JULGUE A CÂMARA, para dizer se agiu ou não corretamente.

Ora, a autêntica Casa do Povo é a Câmara dos Deputados. Para o Senado o povo escolhe um ou dois nomes INDICADOS SEM OPÇÃO PELOS PARTIDOS, não tendo o pleito o amplo espectro que as eleições para Deputados ofertam para os eleitores.

¹¹ O artigo 226 e §§ 1º a 5º estão vertidos nos termos abaixo:
“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. ...”.

Com todo o respeito que um idoso operador de direito tem pelo talento, cultura e brilhantismo dos 11 Ministros do STF, parece-me que subverteram o princípio constitucional, tornando-se poder constituinte originário sem que para isto tivesse o Supremo competência, visto que é apenas o guardião da CF (art. 102).

A meu ver, cabe ao Senado, uma vez admitido o processo de “impeachment”, apenas julgar o Presidente e nunca julgar, inicialmente, a Casa do Povo e, se entender que a Câmara não errou, julgar, em segundo lugar o presidente. Nenhuma das instituições legislativas está sujeita ao julgamento de outra pela lei maior (artigos 44 a 58), razão pela qual entendo, “data maxima venia”, que os eminentes Ministros do Pretório Excelso invadiram área interdita por ser da competência exclusiva do Congresso Nacional.

Tal poder de se transformar em legislador positivo, que se auto-outorgou o Supremo Tribunal Federal – assemelhando-se muito, em sua ação, àqueles que apregoam a “Justiça Alternativa”, no Rio Grande do Sul, ou seja, que cada magistrado pode decidir de acordo com seu conceito de justiça, independente da lei escrita –, parece-me trazer para a democracia brasileira especial insegurança jurídica, pois, a partir desta visão, nem sempre o que a lei diz é que norteará a conduta de cada brasileiro, mas sim o que o Poder Judiciário dirá. Mesmo que contra a lei, no exercício de seu auto-declarado poder de criação de hipóteses de conduta que entenda não prevista pela norma, ou na efetiva ausência de lei, indesejada pela cidadania.

A meu ver, inclusive, a própria Constituição foi dilacerada, nesta postura de legislador positivo adotada pela Suprema Corte, visto que proíbe que o Poder Judiciário seja legislador positivo.

Analisando a norma do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, assim redigido:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Com Bernardo Cabral, Sydney Sanches e Odir Porto, em jantar em Brasília, todos fomos unânimes em concluir que não poderia, o Supremo Tribunal Federal, nas Ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ao declarar a

inconstitucionalidade da postura do Congresso Nacional, legislar em nome do Parlamento¹².

Como se percebe, a redação do dispositivo determina, claramente, que a Corte Suprema comunicará ao Congresso que sua omissão é inconstitucional, para que o Parlamento faça a lei. Mas não impõe prazo, nem sanção para que o faça¹³.

No referido jantar, fiz menção a que, não havendo prazo nem sanção, o Congresso poderia nunca sanar a omissão, ao que Sydney Sanches - meu colega de classe, ex-presidente da Suprema Corte e jurista de escol – perguntou: “Se fosse estabelecido um prazo e o Congresso não obedecesse, teríamos condição de prender 503 deputados –era o número da época- e 81 senadores, por desacato à determinação judicial?”.

Os constituintes hospedaram, pois, a idéia, como discutida à época, muito embora tivessem elaborado a redação atual.

Sempre que o Supremo Tribunal Federal atua como legislador positivo - o que não poderia ocorrer, por ser guardião da Constituição, nos termos do “caput” do artigo 102 da lei suprema – desatende a norma retrocitada, porque se auto-outorga o poder de legislar¹⁴.

Nem se diga que a proibição de legislar estaria restrita às ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Nada é mais grave do que a omissão do Parlamento em produzir norma em que a Constituição Federal impõe como de legislação imediata¹⁵.

Quem não pode o mais, não pode o menos, se o menos for intrínseco ao mais. Se na omissão legislativa quanto àquilo que é uma imposição constitucional,

¹² Alexandre de Moraes (2011, p. 1.411) ensina:

“Na conduta negativa, o legislador constituinte brasileiro adotou o modelo constitucional português que determina que, declarada a inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exigíveis as normas constitucionais, o Tribunal Constitucional português dará conhecimento ao órgão legislativo competente. Tratou-se de inovação do legislador de 1976, em sede de fiscalização abstrata e sucessiva de Constitucionalidade, tendo como finalidade o combate ao que Canotilho denomina silêncio legislativo, para garantir a plena efetividade das normas constitucionais”.

¹³ A lei nº 12.063 de 27/10/09 regulou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

¹⁴ O início do “caput” do artigo 102 da CF está assim redigido:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipualemente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”;

¹⁵ O § 1º do artigo 5º da CF tem a seguinte dicção:

“§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Em outras palavras tais direitos não são normas programáticas e comportam a propositura de ação de inconstitucionalidade por omissão, se não regulados pelo Legislativo.

está a Suprema Corte interdita de legislar, com muito maior razão, em matéria em que a obrigatoriedade não se impõe e que o Parlamento só legisla por pressão de seus eleitores e do povo em geral.

Acresce-se que o Congresso é escolhido por quase 140 milhões de brasileiros e o Supremo Tribunal Federal por um homem só, ou seja, o Presidente da República.

Para mim, o fundamento da Separação dos Poderes continua íntegro. Como dizia Montesquieu, é necessário que o poder controle o poder, pois, senão, o poder absoluto gera a absoluta corrupção (Lord Acton)¹⁶.

As funções são bem diversas. Ao Legislativo cabe legislar, ao Executivo administrar e ao Judiciário impor o cumprimento da lei.

Sempre que um poder invade a competência de outro, corre o regime democrático corre riscos. Não sem razão, o artigo 2º da Lei Suprema está assim redigido:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. ¹⁷

O próprio inciso XI, do artigo 49, da Lei Suprema, cuja dicção é a seguinte:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

¹⁶ Escrevi:

“Montesquieu intui a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza, a serviço da força do poder, provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.

A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fá-lo separar o exercício de feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: “Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites” e ao concluir que é necessário que o “poder constitua um freio para o poder” sintetiza sua concepção a partir da descrença na natureza humana” (MONTESQUIEU, 1951, Liv. XI; Chapitre 6, p. 397-407).

¹⁷ Celso Ribeiro Bastos (1988, p. 436) lembra que:

“A função predominante, típica, de um órgão é aquela que ele exerce em caráter normal, conforme a tripartição estanque de Montesquieu.

Assim, a função típica do Legislativo é legislar, a do Executivo administrar e a do Judiciário exercer a jurisdição. Ao lado, contudo, de sua função típica, os poderes exercem sempre, em pequena proporção, função que originariamente pertenceria a outro. E isto se dá com vistas a dois objetivos. Em primeiro lugar, assegurar a própria autonomia institucional, que ficaria prejudicada caso o Executivo, a pretexto de lhe ser própria a função administrativa, quisesse administrar o próprio Poder Judiciário ou o Legislativo. Este exercício de função atípica, estabelecido pela Constituição, objetiva em última análise tornar viável a própria separação orgânica pretendida por Montesquieu. É em função dessa preocupação que se prefere mesclar o exercício das funções, do ponto de vista material, ressaltando-se, entretanto, a separação orgânica, a assegurar uma rígida distinção funcional que acarretaria a própria destruição do sistema”.

(...)
XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;
(...)"

Permite ao Poder Legislativo preservar sua competência contra invasão por parte dos outros Poderes.

E, na eventualidade de confronto, o supremo árbitro para solucionar a divergência são as Forças Armadas, conforme determina o artigo 142 da Lei Maior, versado nos seguintes termos:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem" (grifos meus)¹⁸.

Entendo, inclusive, que, no caso de serem chamadas por qualquer um dos Poderes para impor a ordem e a lei, quem arbitrarão a questão serão os comandantes das Forças Armadas, no caso do Executivo ser parte do conflito.

Compreende-se, pois, que a Constituição brasileira não navegou nas ondas procelosas do neoconstitucionalismo, visto que manteve a separação como a garantia do regime, num Estado democrático de Direito. Não sem razão, é o segundo artigo da Carta Magna, só perdendo em relevância para a conformação da Federação brasileira, nos seus fundamentos maiores¹⁹.

¹⁸ *Escrevi:*

"A segunda grande missão das Forças Armadas é a garantia que ofertam aos poderes constitucionais, o que vale dizer, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas. Quando Néelson Hungria, desconsolado, no golpe de estado que derrubou Café Filho, disse que o Supremo Tribunal Federal era um arsenal de livros, e não de tanques — e, por isso, nada podia fazer para garantir o governo, podendo apenas mostrar uma realidade, qual seja, a de que sem a garantia das Forças Armadas não há poderes constituídos —, definiu os verdadeiros papéis das duas instituições. Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamadas a intervir.

Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e a ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado" (MARTINS, 2000, p. 166-167).

¹⁹ O artigo 1º da CF contém o discurso abaixo:

"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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

Ora, permitir a invasão de atribuições legislativas pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo Poder Executivo é fragilizar os alicerces da democracia brasileira, pois, mesmo quando o Poder Executivo recebe expressamente da Constituição o poder de editar normas (medidas provisórias e leis delegadas), a palavra final não cabe a ele, mas ao Legislativo, conforme os artigos 62 e 68 do mesmo texto supremo²⁰.

O que é pior, entretanto, é, ao atuar como legislador positivo, o Judiciário gera a insegurança jurídica máxima, pois, se alguém cumprir a lei tal como produzida pelo Legislativo ou agir, no vácuo legislativo, como entender mais adequado – já que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º inciso II)²¹ –, poderá ser surpreendido com a decisão do Poder Judiciário de que seu procedimento é ilegal, por não estar de acordo com a opinião do julgador - servidor público concursado, mas não eleito pelo povo.

Esta é a razão que me leva a continuar na companhia dos constitucionalistas que não hospedam as novidades constitucionais de atribuir um poder legisferante ao Judiciário, por entender que a segurança jurídica máxima encontra-se na rigorosa separação de Poderes que permite a um Poder controlar o outro, sem invasões indevidas.

Diria, mesmo, que a cidadania depende da separação de poderes. Se o cidadão não puder confiar que a Lei promulgada pelo Congresso garante-lhe a

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Realço, como fundamento, o próprio preâmbulo assim redigido:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”, o que vale dizer que TODA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, inclusive, portanto, as competências dos poderes foi promulgada SOB A PROTEÇÃO DE DEUS” (grifos meus).

²⁰ Estão os referidos dispositivos assim redigidos:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

(...)

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.”

²¹ O artigo 5º inciso II tem a seguinte dicção:

“II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;...”

certeza de que o Judiciário irá cumpri-la, e ficar na dependência dos julgamentos particulares dos magistrados, individual ou coletivamente, por melhores que sejam, certamente viverá em tensão permanente, sem qualquer segurança²².

A lei pode não agradar, mas a certeza de que é aquela que deve ser seguida, oferta a segurança a que se refere o texto supremo. Por melhor que seja a solução legislativa do Judiciário, sempre acarretará a incerteza e a insegurança, pois o que vige passa a ser revogado por determinação não do Legislativo, mas do Judiciário. E tal confusão entre as funções dos Poderes amesquinha a democracia e dá um poder fantástico à magistratura, que, apesar de ser, a meu ver, o mais preparado dos Poderes, não é eleito pelo povo. O mais grave, todavia, é que, se o próprio Judiciário se transformar de poder legislativo negativo em positivo, não haverá a quem recorrer, pois quem fará a lei será o seu próprio julgador.

Parece-me, pois, que o sistema de separação de Poderes pode não ser o ideal, mas é o único que garante a certeza e a segurança do Direito e evita que, na invasão de funções, a democracia venha a se transformar numa ditadura²³.

²² José Afonso da Silva (2010, p. 74) explicita:

“DIREITO À SEGURANÇA. Manoel Gonçalves Ferreira Filho arrola os direitos à segurança (direitos cujo objeto imediato é a segurança) como categoria de direitos individuais, não propriamente como garantias individuais.⁶⁶ E o caput do art. 5º fala em “inviolabilidade do direito à segurança”, o que, no entanto, não impede seja ele considerado um conjunto de garantias - natureza que, aliás, se acha insita no termo “segurança”. Efetivamente, esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou incolumidade física ou moral): segurança das relações jurídicas (art. 5º, XXXVI), segurança do domicílio (art. 5º, XI), segurança das comunicações pessoais (art. 5º, IV) e segurança em matéria penal e processual penal (art. 5º, XXXVII-XLVII)”.

²³ Alexandre de Moraes (2011, p. 70) ensina:

“A divisão segundo o critério funcional é a célebre separação de poderes, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade. Foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra Política, detalhada, posteriormente por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas e, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal. Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes, Montesquieu mostrava o necessário para o equilíbrio dos poderes, afirmando que, para formar-se um governo moderado, “precisa-se combinar os poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir. Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto”. O texto constitucional não só prevê em seu art. 2º os três poderes da União, mas também, posteriormente, define suas composições, funções e prerrogativas”.

2 REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Neoconstitucionalismo: Contextualização e Perspectivas. In: Oliveira, Maria Lucia de Paula; Quaresma, REGINA; Oliveira, Farlei Martins Riccio de. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed., vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Jornal Folha de S. Paulo**. A Constituição conforme o STF. 20/05/2011.
- MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. La Pléiade, 1951, Liv. XI; Chapitre 6.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.