

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-213-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAIIS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO
CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE
À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE
DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo
(UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

**AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO
IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS**

**VICISSITUDES AS THE PRAXIS OF POWERS AS DETRACTS SEPARATION OF
THE ACHIEVEMENT OF RIGHTS**

**Rogério Piccino Braga
Marcelo Bueno Elias**

Resumo

As constantes mudanças na forma de desenvolvimento e conformação prática no cenário brasileiro atual da separação de poderes – ou de funções – do Estado, podem levar o operador do direito a dois rasos equívocos de enfrentamento. O primeiro deles, a constatação aparente de vícios na origem do instituto, em franco diálogo dos que assim verificam, com o senso comum. O segundo, na aplicação de remédios oriundos do produto do trabalho do legislador, voltados à construção de um novo desenho de separação de funções e não à efetividade do exercício típico dos poderes

Palavras-chave: Separação de poderes, Constitucionalismo, Efetivação de direitos

Abstract/Resumen/Résumé

The constant changes in the form of development and practice forming in the current Brazilian scenario of separation of powers - or functions - the state can take the right operator to two shallow coping misconceptions. The first, the apparent finding flaws in the Institute of origin, in the frank dialogue that so check with common sense. The second, in the application of remedies coming from the legislator's work product, focused on the construction of a new split design functions and not the effectiveness of the typical exercise of the powers

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Constitutionalism, Enforcing rights

INTRODUÇÃO

Ao que se tem do surgimento da separação de poderes enquanto idealizada pelos filósofos pré-Socráticos e o que se vislumbra no contexto principiológico, traçado este na conformação normativa atrelada ao desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, pode-se afirmar que o texto constitucional atual traduz a fiel evolução da separação de funções do Estado, como se verá no decorrer do trabalho. Notadamente nesse aspecto, não há que se atribuir ao enunciado normativo constitucional atual, a não efetivação de políticas públicas voltadas à concretização de direitos. Esta, por sua vez, pode e deve ser relacionada à práxis da separação de poderes no contexto do exercício da Administração Pública, que vai além da nítida submissão de um Poder ao outro – distante do que se convencionou denominar independência harmônica das funções institucionais do Estado.

Não se vislumbra, no atual cenário, nem mesmo o efetivo controle (freio) necessário entre os poderes do Estado, o que torna ainda mais reclusa qualquer iniciativa legislativa ou executiva voltada ao empreendimento de políticas de efetivação de direitos, dentre outros, os sociais. A falta de controle, por via de consequência, faz instalar o quadro degenerativo no qual se vê envolta grande parcela da Administração Pública – refém não de um problema sociocultural tão somente, mas também do exercício viciado da separação de poderes, em detrimento de uma eficaz forma de controle. Portanto, ainda que uma análise superficial – e não científica, por consequência – enxergue na mudança de enunciados normativos conformadores da separação de funções do Estado, a solução, é imprescindível o desenvolvimento de mecanismos como o que se proporá ao final - de ataque aos vícios ocasionados pelas constantes mudanças no exercício prático do instituto.

1 A separação de poderes como elemento estrutural democrático

Uma das pilastras fundamentais de nosso Estado Democrático de Direito é a separação de poderes, assim considerada sob o aspecto doutrinário de conformação filosófica ou histórica e sob o enfoque principiológico de formação nas Cartas constitucionais brasileiras.

Se a separação de poderes foi alçada ao vento do que preconizamos tipificar como traço característico da democracia – e aqui não se deve afastar o conceito mais

abrangente possível de democracia, integrando, então, a participação popular sob o enfoque da democracia indireta – imprescindível que se reafirme a divisão de funções do Estado. Ainda que inviável o retorno às Ágoras gregas, pela existência de contrastes evidentes entre a *polis* antiga e nossas metrópoles de hoje, são prementes o resgate e a solidificação de institutos pertencentes à democracia, somente consagrados pela efetividade da separação de poderes. Aqui, importante alguns esclarecimentos terminológicos. Ao que alguns chamam de separação de “poderes”, outros doutrinadores de contribuição fundamental ao mundo jurídico, denominam de separação de “funções”. E isso se dá em flagrante consonância com a Teoria das Funções do Estado, como se tem dos ensinamentos de Karl Loewenstein (1986, p. 55):

Lo que en realidade significa la así llamada “separación de poderes”, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división del trabajo – y que, por otra, los destinatários del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que correntemente, aunque erroneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es em realidade la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido em este contexto de uma manera meramente figurativa (LOEWENSTEIN, 1986, p. 55).

Importante é que não se confunda, por conta disso, o significado de “órgãos administrativos” e “estrutura orgânica do Estado”, dotada esta de soberania, como assevera André Ramos Tavares (2015, p. 927), ao diferenciar o verdadeiro objeto da Teoria das Funções do Estado:

As funções do Estado, que interessam mais de perto aqui, pode-se dizer, são aquelas atreladas aos órgãos da soberania nacional. Os “órgãos de soberania” são os órgãos caracterizados por receber diretamente da norma constitucional seu *status*, sua conformação, competência, composição, numa palavra, sua definição. São estes os órgãos que podem conceber-se como titulares legitimamente exercentes de funções estatais, particularmente da função de governo (em contraste com a mera função administrativa), presente em cada um deles. Assim concebida, a separação de poderes exige uma teoria material das funções. Ou seja, é preciso que se possa identificar quais as principais funções (“poderes”) a serem exercidas em um Estado (TAVARES, 2015, p. 927).

Não passa ao largo o entendimento de Georg Jellinek (2013, p. 927-928), para quem, apoiando-se na Teoria das Atividades do Estado, é imprescindível um exato conhecimento da história da literatura do direito político, consubstanciada esta na

certeza de que as funções do Estado são, certamente, suas direções fundamentais. Nessa linha de pensamento, lembra o autor, é cediço que os juristas modernos designam, como ponto de partida, justamente o sistema de órgãos do Estado, com significado preciso nas atribuições formais de um órgão supremo. Por essa razão, correto seria falar em “divisão de funções” e não “de poderes”, como antes. Permaneceria incólume o poder central do Estado, no seu pensar:

Quien considere la teoría de las actividades del Estado, fácilmente habrá de comprender que la investigación abstracta del Estado há de conducir a un exacto conocimiento de él, y que mediante un conocimiento cada vez más amplio, se habrán de ir fijando las funciones esenciales del mismo. La historia de la literatura del Derecho Político nos presenta una massa confusa de ensayos de clasificación. Sin embargo, subsiste y se mantiene con gran significación aquella que separa como direcciones fundamentales del poder del Estado las funciones legislativa, ejecutiva (gobierno y administración) y judicial, abstracción hechade las diferencias relativas a la concepción de la naturaliza y modo de estar relacionadas estas funciones. Las otras divisiones efêmeras han sendo desechadas a causa de um progreso em el conocimiento de la naturaliza dem Estado, que há hecho que prevalezca la doctrina más acertada. [...] El caminho así abierto es el que há sido continuado. De un modo más o menos manifiesto, todos los escritores parten del sistema de los órganos del Estado o de las atribuciones formales del órgano supremo de éste, tal como se ofrecía em su tempo, e ontentan reducir los distintos órganos o formas eternas de la actuación de la voluntad del Estado a sus funciones fundamentales, a causa de la convicción, inconsciente a menudo, de que la separación de los órganos y formas más búscase em la historia lo racional, y com el caso particular histórico se construye la teoría general (JELLINEK, 2013, p. 927-928).

Evidentemente - por razões não tangentes - se fala aqui de um poder desenvolvido sob a égide do *rule of law*. Mais adiante, do Estado Democrático de Direito e, posteriormente, do que os autores chamaram – ainda que não descansados na pacificidade da doutrina - de neoconstitucionalismo (CARBONELL, 2009). Coerência não haveria em dividir funções ou poderes quando do Estado de Polícia, afastado da legalidade e ainda mais distante do que os avanços democráticos proporcionariam ao mundo. Época essa bem descrita nas lições de Otto Mayer (1982, p. 27), criador de teorias destinadas a justificar comandos emanados dos detentores autoritários e organicistas do poder de outrora:

La relación jurídica entre el poder público y el súbdito – relación que forma el objeto del derecho administrativo – descansaba sobre ciertos conceptos fundamentales em el régimen de los *derechos de supremacia del príncipe*, de tempos pretéritos (*landesherrliche Hoheitsrechte*); descanso sobre otros conceptos em el régimen consecutivo, régimen que se caracterizaba por la *preponderancia de la policía* (*Polizeistaat*); y actualmente descansa sobre distintos fundamentos, em el Estado sometido al *régimen del derecho* (*Rechtsstaat*) (MAYER, 1982, p. 27).

Nossa realidade, frente a olhos desatentos, poderia imputar ao titular do poder democrático a responsabilidade pelo fato de a democracia se esquecer na separação de poderes, ou pelo fato de a separação de poderes se esquecer de ser democracia. Não pode, entretanto, haja vista o enfrentamento necessário de ponderações éticas que separam o “quem” do “quê”, nessa linha de patente dissonância entre os interesses do titular e os interesses do exercente do poder. A forma como escolhemos representantes políticos, como exercemos ou não, efetiva e satisfatoriamente a democracia, além do direito de escolher, mostra que não a entendemos sob o prisma de um direito fundamental, ou como um modo de vida.

No entanto, isso não faz do cidadão o responsável pelas atitudes antidemocráticas que brotam de uma ineficaz separação de funções do Estado. Se justa ou injusta a maneira como o Estado se relaciona com o ser humano, como distribui as funções ou como separa o poder e atribui, em virtude disso, as consequências da não efetivação dos direitos fundamentais, o resultado foge à conduta do povo. Aristóteles (2009, p. 118) bem definiu a quem se atribui o justo e o injusto, ao tratar do “expressar-se” no modo de agir, ou seja, no modo de agir do cidadão, ao escolher, não se encontraria o agir injusto:

Os sentidos de justiça e de injustiça são tal como enunciamos, contudo, só pratica a injustiça ou a justiça quem age assim voluntariamente; quando, porém, alguém age involuntariamente, não pratica a injustiça nem pratica a justiça a não ser acidentalmente. Isto é, as ações assim praticadas são justas ou injustas, mas acidentalmente. É assim, pois, que um ato injusto e um ato justo, são determinados pelo modo voluntário ou involuntário como são praticados. Porque só quando um ato injusto é praticado voluntariamente pode ser repreendido e simultaneamente determinado como um ato injusto. Portanto, algo pode ser considerado em si uma injustiça e não ter sido ainda convertido num ato injusto, isto é, caso não tenha presente consigo o caráter “voluntário”. Viso com o termo “voluntário” o mesmo sentido que foi primeiramente apurado, ou seja, aquele ato que depende de nós e que é praticado em plena consciência, não ignorando, portanto, nem sobre quem é praticado, nem com que instrumento é executado, nem o motivo pelo qual é feito, isto é, por exemplo, saber a quem se bate, com que arma e por que motivo. Nenhum desses elementos estruturais pode ser constituído por acidente ou por coação (ARISTÓTELES, 2009, p. 118).

Nessa linha, se coubesse alguma especificidade no que concerne à atribuição de responsabilidade às condutas, ninguém melhor que Paul Ricouer (2007, p. 176) consigna ser sábia a imputação jurídica, apenas quando encontra a *“justa medida nos limites de uma relação de proximidade local e temporal entre as circunstâncias de ação*

e os efeitos de um eventual dano”. Noutros dizeres, a causa de não se vislumbrar na atual conjuntura democrática do Estado brasileiro, uma democracia madura e apta a efetivar direitos, pela ausência talvez de coesão entre seus traços característicos - com destaque à separação de poderes - não pode ser atribuída ao titular do poder, mas sim à subversão dos limites no exercício das funções estruturais do Estado. Saber, que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]*”, conforme retrata a Constituição Federal de 1988, não satisfaz um sem números de questionamentos acerca do não cumprimento dos objetivos constitucionais, bem conformados normativamente na Carta Constitucional em atenção.

Pese conformado normativamente o anseio social de se viver em um Estado Democrático de Direito, há de se encontrar respostas a esse sem números de indagações - que deitam esforços sobre a não consagração de garantias e direitos fundamentais -, justamente na análise da densidade normativa dos traços da democracia em nossa realidade atual. Quais sejam eles, a soberania popular (vontade geral – fonte de todo poder legítimo); o sufrágio universal; a observância do princípio da separação de poderes, como dito; a igualdade de todos perante a lei; a adesão ao princípio da fraternidade social; a representação com fulcro nas instituições políticas; a limitação das prerrogativas dos governantes; o Estado de Direito – com a proteção das liberdades públicas; a liberdade de opinião, associação e liberdade religiosa; a temporariedade dos mandatos eletivos e, ainda, o alcance das minorias políticas. Não se vive atualmente num efetivo Estado Democrático de Direito, e essa constatação se extrai da não efetividade de todos esses traços no Estado brasileiro.

O Poder Judiciário que – como se verá – outrora surgia sem independência e natureza típica de um poder constituído, não havendo em sua essência sequer a característica de uma função estrutural do Estado, hoje é chamado ao cumprimento do exercício deficitário das funções pelos demais poderes constituídos. Para uns, ativismo judicial, para outros, o simples exercer de uma atividade reparadora de déficits na densidade normativa do texto constitucional. E isso o traz à evidência, por conta de uma submissão técnico-jurídica a retirar os dentes do Legislativo em face da atuação do Executivo. De certo que a imperatividade e a coercibilidade atribuídas no atual contexto constitucional ao Judiciário, o diferenciam no que se desenha acerca da efetividade. Mas isso é conquista do Direito. Não a todo e qualquer custo, mas sim e sempre o Direito a trazer o que é justo na acepção histórica e filosófica do termo. É o Direito, portanto, instrumento apto a alcançar o que a desconstituição de uma estrutura estatal nega ao

indivíduo. É, nos dizeres de Justiniano (2010, p. 19), atribuir o que é justo, mesmo despido da severidade de uma reprimenda – é premiar para tornar justo, num imperativo não paradoxal:

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut est ars boni et aequi. Cuius mérito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam manque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes¹ (JUSTINIANO I, 2009, p. 19).

Comum, ao adentrar o tema da separação de poderes ou da divisão das funções do Estado (JELLINEK, 2013), é olvidar-se do real significado da expressão “poder”, notadamente de “poder político”. Não é comum, por outro lado, encontrar doutrinadores que desçam às raízes sociológicas desse significado, fato este que impede o acadêmico de conhecer as razões e a formação dos institutos. Notadamente os institutos que envolvem a divisão de funções, ou, classicamente, a separação de poderes. Imprescindível, ao tratar do tema, saber o que separar, por quem separar e para que separar o poder do Estado. Desde os primeiros momentos em que se deu a formação da sociedade, levada a cabo pela necessidade que possui o indivíduo de formar grupos, voltados à conquista da sobrevivência e de resultados ao desenvolvimento humano, logrou entender os benefícios da vida em sociedade.

Ao longo do desenvolvimento da convivência e dos grupos, personalidades de destaque surgiam. Dotados de características diferenciadas, aptos por natureza a chefiar tais agrupamentos e a conduzir os demais às almejadas conquistas, que iam da alimentação à evolução da vida em sociedade, seriam os líderes. Nasciam as primeiras lideranças, as primeiras autoridades e a atribuição dos poderes indispensáveis ao exercício dessa “representação”. Restava sólida a convicção de que o humano é um ser que não vive na solidão. Uma vez organizados, os grupos ganhavam aperfeiçoamento natural ou até mesmo conquistado pelo esforço de todos e de seus líderes. Tais conquistas, assim, culminariam na institucionalização do poder, com olhos à consecução do bem comum. Eram os primeiros traços do poder do Estado em formação.

¹ “É preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome ‘direito’ (*ius*). Vem, pois, de ‘justiça’ chamado. De fato, como Celso elegantemente define, direito é a arte do bom e do justo. Com base nesse direito, Celso nos denomina sacerdotes: pois cultuamos a justiça e professamos o conhecimento do bom e do justo, separando o justo do iníquo, discernindo o lícito do ilícito, desejando que os homens bons se façam não só pelo medo das penas, mas também pela motivação dos prêmios, aspirando não à simulada filosofia, se não me engano, mas à verdadeira”. (Tradução livre).

Este que nos representaria, porém, como é sabido, que nos limitaria as liberdades, como ônus necessário à consecução de benefícios que a vida em sociedade traz.

Ainda no século IV a.C., porém, depois das insinuações de Platão (2012, p. 91-92) e sua versão da *polis* ideal Aristóteles foi quem trouxe a lume a tripartição dos Poderes ao buscar uma forma de governo que levasse o povo à felicidade coletiva. Pensou, com base nisso, nas funções deliberativa, executiva e judiciária do Estado, sem atribuir, entretanto, independência a elas. Vicente Ráo (1966, p. 20), assevera que em uma época onde quem ditava o direito era o imperador, a exemplo de Roma, suas determinações e convicções se faziam ordenamento vigente e *quod principi placuit legis habet vigorem*². Estavam frente a frente com o absolutismo monárquico, onde o Senado e o Pretor³, gradativamente fixavam alicerces:

Em Roma, por força da *Lex de império*, os imperadores se substituíram, aos poucos, ao senado e ao pretor; e no período da monarquia absoluta, era o imperador a única fonte do direito: *quod principi placuit legis habet vigorem*. Sob o absolutismo monárquico, mais tarde, também se dizia: *quiveult Le Roy veult La loyetoute justice emane* (RÁO, 1966, p. 20).

Aos poucos essa realidade fora se amoldando aos progressos científico-sociais, ganhando força o poder popular e o enraizamento dos princípios que nos dias de hoje convencionamos denominar de “constitucionais”. Dentre eles, o mais estrutural de todos no que se refere à representatividade, a saber, a Separação de Poderes. É Vicente Ráo (1966, p. 21), também, que leciona acerca do princípio da indelegabilidade das funções de cada Poder constituído:

Segundo esse princípio, os Poderes Políticos, embora separados, devem exercer as suas funções limitando-se reciprocamente, de modo tal que a vontade soberana do povo, representada, cumprida e feita valer coercitivamente pelo Estado, resulte da conjugação harmônica das atividades legislativa, executiva e judiciária (RÁO, 1966, p. 21).

O inglês John Locke, defensor do direito do povo contestar um governo criado por ele mesmo e de que a vida política nada mais era do que fruto do próprio homem, sem interferência divina, mostrava-se, por isso, crítico contumaz da teoria política francesa do “Direito divino dos reis”, difundida pelos protestantes ingleses sob o dogma de que o monarca havia recebido de Deus o poder a ser exercido sobre seus súditos. Foi

² “O que agrada o príncipe tem força”. (Tradução livre).

³ Pretor pode ser designado como os magistrados na antiga Roma, aos quais cumpria a administração da Justiça e muitas vezes o governo das províncias.

Locke que apresentou ao mundo jurídico obra de grande importância à doutrina da separação de poderes, a saber, o Primeiro e o Segundo *Tratado do Governo Civil*. A preocupação de Locke concentrava nos parâmetros adotados por Robert Filmer, para atribuir a Adão a condição de “*primeiro rei de todos por designação divina*”, ou seja, a fonte do poder dos reis. Conforme nos esclarece Vicente Ráo (1966, p. 20), seria, então, na razão humana que Locke viu a força da Revolução Inglesa e traçou o ponto de partida de um novo sistema de governo:

Segundo esse sistema, os Poderes Legislativo e Executivo (preendendo a este um *Poder Federativo* com atribuições concernentes aos negócios estrangeiros) devem ser distintos, separados, e esta separação é *natural* porque corresponde às necessidades da sociedade política cujos princípios fundamentais já no *estado de natureza* se revelavam; e embora o Poder Legislativo seja o Poder Supremo, com o Executivo há de articular-se de modo tal que a soberania realmente possa ser efetiva do povo com esses dois Poderes, sem que qualquer deles se julgue totalmente afastado do outro (RÁO, 1966, p. 20).

Pese a referência da teoria tripartite da separação de poderes como pontuou Charles-Louis de Montesquieu (2015, p. 407) e hoje adotada pelo constitucionalismo brasileiro, de se consignar que o francês levou consigo, por muito tempo, o estigma de apenas dizer de forma diferente tudo o que Locke já havia preconizado. Ideia essa que não passou de mera verrina. Segundo Paulo Bonavides (20015, p. 147), a ideologia de Montesquieu tratava da técnica de separação de poderes, que resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal, fundando-se precipuamente, na liberdade. Sob esse prisma e, em visita à Inglaterra, período que compreendeu os anos 1729 a 1731, Montesquieu ditou dúvidas sobre o reflexo de sua ideologia na separação de poderes na Constituição inglesa, ao que afirmara: “*Não me cabe examinar se fruem ou não os ingleses presentemente esta liberdade. Contento-me com assinalar e encontrá-la estabelecida nas leis e nada mais busco*” (MONTESQUIEU, 1788, p. 470).

Por sua linha de pensamento sobre a doutrina da separação de poderes, Montesquieu apresentou mais um elemento distinto, que consistia na divisão do Poder Legislativo, ainda vinculado este ao Executivo. Como elucidam as lições de Nicola Mateucci (1998, p. 249), sugeriu Montesquieu que os diversos órgãos, num sistema de freios e contrapesos, realizariam um equilíbrio constitucional capaz de obstar a consolidação de um poder absoluto. Inseria-se, pelas lições de Montesquieu, o “*ideal clássico do Governo misto, que fora buscar ao próprio pensamento político inglês*”.

Ambos, Locke e Montesquieu, entretanto, apesar de diferenciarem a função de julgar, como expressado na forma do “Poder Federativo”, consideravam-na inserta nas prerrogativas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o que retirava força de todo ou qualquer ensaio de se expressar um Poder Judiciário independente. Novamente Paulo Bonavides (2015, p. 150) fornece a exata noção de todo o afirmado anteriormente, ao desenhar em sua obra a origem da independência harmônica entre os poderes, como a proposta de Montesquieu, mais condizente, portanto, com o sistema constitucional brasileiro desde há muito tempo:

Tudo estaria perdido se aqueles três poderes – o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de punir crimes ou solver pendências entre particulares – se reunissem num só homem ou associação de homens. Redundaria irremissivelmente essa máxima concentração de poderes no despotismo, implicando a tal abolição da liberdade política. Tal se deu na Turquia, onde, segundo observa Montesquieu, reinava atroz despotismo, com os três poderes concentrados na pessoa do sultão. O gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes, senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*). Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento – lembra o profundo pensador – são eles compelidos a atuar “de concerto”, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII (BONAVIDES, 2015, p. 150).

Voltando aos ensinamentos de Vicente Ráo (1966, p. 20), de se consignar, como narra o autor, que, somente depois de quase um século foi que a doutrina norte-americana, por meio dos Ensaio que culminaram no clássico *O Federalista*⁴ (não se olvidando das ideologias de John Locke e Montesquieu), trouxe ao mundo jurídico de forma mais precisa, a separação de poderes:

Reconhece-se, geralmente, que os poderes (atribuições) pertencentes como próprios a um dos departamentos não devem ser exercidos direta e completamente por outro. É também evidente que nenhum deles deve possuir, de modo direto ou indireto, uma influência preponderante sobre os demais no exercício das respectivas atribuições. Nem há como contestar-se que, por natureza, todo poder tende a ser “invasor” e, em consequências, deva ser posto em condições de não exceder os limites que lhe são traçados. Assim, depois da classificação teórica das diferentes espécies de poderes segundo sua natureza legislativa, executiva ou judiciária, o mais importante é garanti-los contra as suas recíprocas usurpações (MADISON, 1788 *apud* RÁO, 1966, p. 28).

⁴ Obra que originou-se da reunião de ensaios publicados em jornais de Nova Iorque, com a finalidade de colaborar com a ratificação, pelos Estados, da Constituição norte-americana.

Então, a separação de poderes tem por objetivo básico evitar a concentração absoluta de poder, delimitando, conforme critérios mais ou menos objetivos, as funções a serem exercidas por cada uma das funções do Estado, de forma harmônica e independente. Além de uma função típica, cumpre, também, ao Executivo desempenhar funções inerentes à atividade legislativa. É dizer, a iniciativa – em alguns casos – para desencadear o processo legislativo, além, também, do exercício do veto. O Poder Legislativo, a par de sua função típica de legislar, ainda exerce certas funções jurisdicionais (como no caso de julgamento dos chamados crimes de responsabilidade do Presidente e Vice-Presidente da República) e administrativas. Igual fato ocorre em relação ao Poder Judiciário. Além da competência jurisdicional, a ele são reservadas certas competências no que se refere à iniciativa de leis relevantes para o sistema judiciário, bem como as atribuições regulamentares de seus serviços e atividades administrativas. Exerce, igualmente o Judiciário, função administrativa no que concerne aos atos de gestão de seu pessoal e administração de serviços próprios.

Exatamente por esses motivos, constata-se que a designação “atividade administrativa” é um conceito que não coincide com o de “Poder Executivo”. É o que se tem pelo termo “Administração Pública” a designar o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente de pertencerem, ou não, ao Poder Executivo, ao Legislativo, ao Judiciário, ou a qualquer outro organismo estatal (como Ministério Público e Defensorias Públicas). Delimitar com precisão o que é função administrativa, a fim de que se possa delinear a lisura ou não da atividade, é imprescindível. Nos dizeres de Marçal Justen Filho (2005, p. 28):

A grande dificuldade em definir o que é função administrativa reside na extensão e heterogeneidade do conceito. A função administrativa compreende atividades de fornecimento de utilidades materiais de interesse coletivo (coleta de lixo, por exemplo). Mas também abrange atuação de cunho jurídico, imaterial (regulamentação de poluição sonora, por exemplo). Como se não bastasse, compreende a decisão de litígios, inclusive entre particulares (disputas quanto a competição desleal, levada à apreciação do CADE) (JUSTEN FILHO, 2005, p. 28).

Destarte, a atividade administrativa é a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando o bem comum. Seguindo esta vertente, toda a atividade da Administração Pública deve visar o atingimento dos interesses públicos, prevalecendo – sempre – um fim (público) em detrimento da vontade do administrador. Assim, a máquina estatal deve inclinar-se a

tornar efetivos os direitos assegurados a nível constitucional e infraconstitucional, respeitados os princípios da igualdade e da justiça.

2 Os direitos Fundamentais e a separação de poderes

Pese todos os avanços na busca pela efetividade dos direitos humanos, e por consequência, dos direitos fundamentais, o ser humano percebeu tarde a necessidade de conformar os anseios sociais até mesmo no campo do direito internacional, como leciona Fábio Konder Comparato (2015, p. 24):

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (COMPARATO, 2015, p. 24).

Com amparo na Revolução Francesa e nos ideais nela alicerçados, Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 52) reflete sobre o contexto de positivação dos direitos fundamentais, bem como sobre seu processo de evolução e fixação nas raízes constitucionais do mundo:

Em el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidade sobre la base de una orientación liberal. La *Declaración* no era propiamente derecho positivo, sino um “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política, presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica. El objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del *Ancien Régime* y la instauración del reino de la libertad y la igualdad jurídica em uma sociedade que aún no conocía ni la una ni la outra y que sólo habría podido conocerlas a través de una profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa (ZAGREBELSKY, 2011, p. 52).

Mas é Luigi Ferrajoli (2011, p. 9) quem bem define um conceito preciso de direitos fundamentais, tendo em sua universalidade, a principal característica. Vislumbra, ainda, o autor, o ser humano por sua própria condição de existência como o único titular desses direitos:

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito

subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Também por esse prisma segue o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet (1997, p. 539), para quem os direitos fundamentais têm como principal destinatário o ser humano:

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, II), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário (SARLET, 1997, p. 539).

Conceituando os direitos fundamentais sob a ótica material, e a dizer da dignidade da pessoa humana, Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo (2013, p. 155) assim definem:

Existe um valor genérico que permeia a noção de Direitos Fundamentais, qual seja a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões e essa proteção, segundo os autores, “exatamente por abordar as diversas dimensões ou faces da dignidade humana, pode ser segmentada segundo os valores específicos que venham a contemplar” (NUNES JÚNIOR; ARAÚJO, 2013, p. 155).

Por razões não tão óbvias, é o ser humano o destinatário e o titular primeiro dos direitos fundamentais, notadamente por tratar-se de um ser naturalmente dotado da consciência necessária à alteração da realidade e à construção de conceitos culturais. De se ressaltar isso, pois há, por outra via, quem atribua a titularidade dos direitos fundamentais também aos seres não humanos, olvidando-se, ainda, da posição antropocentrista (protecionista) da Constituição Federal. É certo que não o antropocentrismo utilitarista que vê nos demais seres ou bens tutelados pelo sistema constitucional brasileiro, um meio sem proteção e usufruível indiscriminada e irresponsavelmente para a consecução de um fim maior, qual seja este, o bem estar do ser humano. Contudo, seria complexo identificar um ser apto e moral como titular dos direitos fundamentais - que não o ser humano - também capaz de mudar a realidade, de agir com consciência. E no que se refere ao ser dotado de consciência, Jean-Paul Sartre (2014, p. 35-36) bem pondera:

A consciência é revelação-revelada dos existentes, e estes comparecem a ela fundamentados pelo ser que lhes é próprio. Mas a característica do ser de um existente é não se revelar a si, em pessoa, à consciência: não se pode despojar um existente de seu ser; ser é o fundamento sempre presente no existente, está nele em toda parte e em parte alguma; não existe ser que não seja ser de alguma maneira ou captado através dessa maneira de ser que o manifesta e encobre ao mesmo tempo. Contudo, a consciência sempre pode ultrapassar o existente, não em direção a seu ser, mas ao sentido desse ser. Por isso podemos denominá-lo ôntico-ontológico, já que uma característica de sua transcendência é transcender o ôntico rumo ao ontológico. O sentido do ser do existente, na medida em que se revela à consciência, é o fenômeno do ser. Este sentido tem, por sua vez, um ser que fundamenta aquilo que se manifesta (SARTRE, 2014, p. 35-36).

Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 41), não adepto confesso de um conceito homogêneo a definir os direitos fundamentais, em apropriado momento, traz a lume o entendimento de Antonio Enrique Pérez Luño (1999, p. 111) e estabelece a razão de ser dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são “faculdades e instituições” que consagram e garantem os valores “vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade”, fundados na “dignidade da pessoa humana” e orientados por “justiça, solidariedade” e “promoção do bem de todos” (LUÑO, 1999, p. 111 *apud* ROTHENBURG, p. 41).

Podemos dizer, assim, que os direitos fundamentais “*são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado*” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41). André de Carvalho Ramos (2014, p. 27, 51) bem assevera que:

A união de termos mostra que a diferenciação entre direitos humanos, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os ‘direitos fundamentais’, representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos. [...] Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna (RAMOS, 2014, p. 27, 51).

Do ponto de partida, assim considerado a Constituição, ao ponto de chegada, tido como o cidadão, o caminho a ser percorrido é, além de longo, repleto de nuances impeditivas. A título de ilustração, de se imaginar um ônibus em sua garagem, lotado de passageiros, com diversos outros pretendendo o ingresso antes de sua partida. Seu destino é um ponto, como desses que se vê todos os dias nas ruas das cidades, também repleto de outros agora pretensos passageiros. Vislumbre-se a seguinte situação: entre o

ponto de partida e o ponto de chegada, o veículo passará por diversas pontes que ligam os bairros adjacentes. Volta e meia essas pontes são danificadas, impedindo que o transporte chegue até o destino e contemple os passageiros à espera no ponto de chegada, prejudicando, por consequência a efetivação do caminho a percorrer pelos passageiros que embarcaram no ponto de partida.

Noutro exercício de raciocínio, de se imaginar a situação em que as pontes dos bairros adjacentes não quebram, é o ônibus que sucumbe a problemas como a falta de combustível, a um pneu velho e furado, dentre outros problemas que surgiram nos mais de vinte e sete anos de vida do veículo. Agora, por meio de um exercício teórico, cumpre imaginar ser aquele ônibus a Constituição Federal de 1988. Os passageiros que se encontram no interior desde o ponto de partida são agora os direitos fundamentais previsto do artigo 5º e os demais que aguardam, também no ponto de partida, porém do lado de fora, seriam os direitos fundamentais não expressos no artigo 5º, mas que materialmente são assim considerados. Do outro lado, já no ponto de chegada, imagine-se os passageiros à espera do veículo como sendo cidadãos brasileiros na expectativa de tais direitos fundamentais (assim denominados a saúde, a educação, a liberdade de expressão, a proteção à vida, dentre outros).

Ainda em forma de exercício teórico, de se pensar em pontes quebradas que interligam bairros adjacentes de uma *polis*, porém, sob o enfoque atual, como se fossem a estrada que os direitos fundamentais percorrem até chegar ao cidadão, desde o dia em que foram prescritos pela Assembleia Constituinte que produziu a chamada Constituição cidadã de 1988. Muitas vezes essas pontes são quebradas pelo sucateamento da máquina pública, pela falta de atuação política, pela má administração da *res pública* e pela corrupção, que desvia números astronômicos de dinheiro pago pelo contribuinte e que seria destinado à construção de escolas, hospitais, moradias, infraestrutura ao cidadão, que garantiria melhores salários aos agentes responsáveis pela segurança do cidadão, dentre outros.

Não isso, de se pensar as pontes intactas, porém, ao invés de um ônibus sem combustível, com o pneu furado, as constantes alterações no ordenamento infraconstitucional a impedir que o veículo que transporta os direitos fundamentais, saia do lugar. Se o veículo não se locomove, ou, se saindo, não chega ao seu destino, os passageiros do ponto de partida jamais encontrarão os passageiros do ponto de chegada. Se a Constituição Federal não consegue chegar onde está o cidadão, os direitos fundamentais não se efetivam. Quem seria o responsável por consertar essas pontes, ou,

quem seria o responsável por manter o ônibus em perfeito estado de conservação? Os três poderes e os mecanismos que lhes auxiliam no controle e no respeito ao princípio da legalidade.

Vivemos um momento de nítido rompimento do cidadão com o chamado sentimento constitucional, provocada essa ruptura certamente pela rotina de alterações textuais nas Constituições ditas democráticas, como aponta Raul Machado Horta (2010, p. 71-72) e isso preocupa na medida em que a participação popular no cenário de transformações sociais e, por consequência, jurídicas, é de fundamental importância à construção da história democrática de uma nação:

O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espalha na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional (...). A reforma constitucional exprime o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a Sociedade e o Estado. O segredo da estabilidade da Constituição Norte-Americana, das Constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infrequentes preservam a validade da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do povo (HORTA, 2010, p. 71-72).

O abandono à força normativa de elementos estruturais e constitucionais de fundamento, gerou a mencionada falta de adesão ao texto constitucional. O futuro do constitucionalismo brasileiro é que vai ditar e confirmar se o direito será, ou não, o equivalente funcional ao Estado na solução de celeumas dessa monta.

Conclusão

Conclui-se, portanto, que não há o efetivo acatamento ao imperativo constitucional da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, até mesmo da publicidade e da eficiência no exercício da atividade administrativa e consequentemente no exercício das funções típicas de cada poder constituído. A todo momento o cidadão é surpreendido pela ineficiência, pelo descaso e até mesmo pelo corrompimento da atividade desempenhada pela Administração Pública em todos os níveis da estrutura governamental. O distanciamento que pesa entre a gestão da coisa pública e os princípios constitucionais regentes da atividade administrativa, tem ocasionado um verdadeiro desvirtuamento da função pública administrativa. Má gestão dos recursos

públicos, falta de eficiência administrativa e até mesmo crimes praticados por gestores contra a *res pública*, têm criado um cenário nefasto ao desenvolvimento do ente estatal a tal ponto que os direitos garantidos a nível constitucional não se efetivam perante a coletividade.

O Estado, por meio de seus poderes constituídos, não consegue desempenhar a contento suas incumbências – por assim dizer -, constitucionais e, via de consequência, não constrói e não conserta as pontes ou sequer mantém os ônibus metaforicamente desenhados neste estudo - impedindo, pois, que os direitos fundamentais tornem-se efetivos na sociedade e que as pessoas possam desenvolver-se plenamente.

De nada vale a infinidade de leis e normas constitucionais se os direitos por elas apregoados não se tornam realidade na vida dos cidadãos, destinatários das normas. É preciso que a administração pública volte-se vigorosamente para o resgate de seu papel originário de gerir o que é de todos, em prol de todos, observada a lei e a moralidade, sob pena de – cada vez mais – direitos fundamentais constitucionalmente assegurados tornarem-se simbólicos, causando mais insegurança social e enfraquecimento do Estado Democrático e Social de Direito a duras penas conquistado.

Atualmente até mesmo a densidade normativa dos princípios (estruturais) constitucionais é insuficiente à consagração da separação de poderes enquanto elemento estrutural do regime democrático. A proposta que aqui se desenha, consiste na criação de mecanismo apto a manter o equilíbrio e a independência harmônica entre as funções institucionais do Estado. Por óbvio que um poder, por assim ser considerado, tende a ser invasor de outras funções naturalmente. Maior efetividade ao controle de um por outro poder, no momento em que surgem os primeiros sinais de ingerência, é necessidade premente. Nem tanto à invasão, como nem tanto à ausência de exercício de funções atípicas, entretanto. O correto, por todo o exposto, será traçar parâmetros legais e infralegais de controle. A criação de propositura legislativa com previsão constitucional e regras regimentais de trâmite do processo legislativo, se apresenta como caminho aceitável e mais próximo do início de uma solução. Regras de observância obrigatória no momento de criação dos instrumentos a regularem os atos *interna corporis* do Legislativo, os Regimentos, se fazem necessárias, uma vez impostas pelo texto constitucional, como aqui se sugere.

Um Regimento Interno do Poder Legislativo, com regras pertinentes aos elementos estruturais como a separação de poderes, construído com imposições padronizadas e estabelecidas por lei federal, a regulamentar o enunciado normativo

constitucional já existente, é mais do que uma premissa constitucional de preservação, é um anseio social. Essa a proposta que aqui se busca construir.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Parágrafo único, artigo 1º. Brasília: Senado, 1988.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FILMER, Robert. *Patriarca el poder natural de los reyes*. Tradução de Ángel Rivero Rodríguez. Alianza Editorial, 2010.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. 2 ed. Tradução de Fernando de Los Rios. Montevideo: Editorial B de f, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. *Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano*. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOCKE, John. *Two treatises of civil government*. Londres: Every-man's Library, tradução de Cid Knipell Moreira, apud Clássicos da política, 1966.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

MADISON. *The Federalist*, 1788, apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MATEUCCI, Nicola. *Constitucionalismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política I*. Tradução de Carmen C. Varriale et. al.; João Ferreira (Coord.). Revisão geral de João Ferreira; Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, t. I.

MONTESQUIEU. *De l'Espirít des Lois*, in: *Oeuvres Complètes*, t. II, p.407, apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1999, apud ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. TAVARES, André Ramos; FRANCISCO, José Carlos (Coord). Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RÃO, Vicente. *As delegações legislativas no parlamentarismo e no presidencialismo*. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros, 1966, v.1.

RICOUER, Paul. *Parcours de la reconnaissance: trois études*. Paris: Éditions Stock, 2004. Galimard Folio Essais, nº 459, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (Org.) [et. al]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, apud Albert Bleckmann, 1997.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. 23 ed. Tradução de Paulo Perdigão. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri: Editorial Trotta, 2011.