

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 06 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 02 - Jul/Dez 2021

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de
Janeiro, 2021.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriapiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

QUANDO OS JURISTAS DIFICULTAM

WHEN JURISTS DIFFICULT

Ives Gandra Martins¹

RESUMO: Os limites do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional de forma a atentar e respeitar a Separação dos Poderes é o tema posto neste texto.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Separação dos Poderes; Jurisdição Constitucional; Poder Executivo; Poder Constituinte

ABSTRACT: The limits of the Judiciary Power in the exercise of constitutional jurisdiction in order to pay attention to and respect the Separation of Powers is the theme presented in this text.

KEYWORDS: Principle of Separation of Powers; Constitutional Jurisdiction; Executive power; Constituent Power

Data da Submissão: 22/09/2020

Data da Aprovação: 02/11/2020

Este artigo, eu o escrevo em memória de meu professor de direito Processual Penal, Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Em suas aulas, costumava dizer que os juristas, muitas vezes, dificultam a compreensão do Direito. O Direito é uma ciência simples que os mestres, que o ensinam, têm o dom de complicar. Nada mais é do que as regras de convivência, que o povo deve entender para cumpri-las. Quando, entretanto, ensinadas pelos sábios, nem o povo, nem os próprios sábios entendem como obedecê-las corretamente. Esta é a razão pela qual os Tribunais Superiores e Constitucionais existem e seus ínclitos magistrados divergem tanto. Nomeados para esclarecer os “administrados” –este é o termo jurídico aplicável aos cidadãos— normalmente

¹ 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 Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; ex-Presidente da Academia Paulista de Letras-APL e do Instituto dos Advogados de São Paulo-IASP.

deixam-nos mais confusos.

Lembro-me de um seu exemplo, quando afirmava que a melhor definição de prisão preventiva, ele ouvira de um sambista gaúcho, cujo samba começava: "Nascimento, segura o homem, que este homem quer fugir". Dizia: "Aí está a razão de ser da prisão preventiva, que vocês terão dificuldade de compreender depois que lerem os tratadistas brasileiros e estrangeiros. O bandido tem que ser preso antes para que não fuja. Todo o resto, como destruição de documentos, obstrução de Justiça, são criação dos juristas para exercício do saber e do poder". Poderia eu acrescentar: para trazer insegurança jurídica, pois qualquer suspeito, alavancado, misteriosamente, pela imprensa para justificar o encarceramento sem aviso prévio, sofre a pena. As prisões provisórias e preventivas estão, hoje, banalizadas, como na era dos tribunais populares da Revolução Francesa, banalizada estava a utilização da guilhotina, que se tornara um passatempo popular.

Lembro-me do velho Mestre quando afirmava: "O Código de Processo Penal é instrumento válido apenas nas democracias, pois existe para proteger o acusado e não a sociedade. Ensinava que, se o povo fizesse justiça com as próprias mãos, os linchamentos públicos ocorreriam diariamente.

Quando lembro, 62 anos depois de suas aulas, após ter eu exercido, durante todo este período, o direito de defesa como advogado provinciano, adaptaria às aulas do Professor Canuto --ele se intitulava neto da praça, pois seu avô era João Mendes que dera o nome ao logradouro central-- as lições de Bastiat, em seu célebre opúsculo "A lei".

Escrevia Bastiat, na primeira metade do século XIX, que a função da lei não é fazer justiça, mas sim não fazer injustiça.

Parafraseando o jornalista e economista francês, diria que a função do Poder Judiciário é não fazer justiça, mas sim não fazer injustiça. Se cabe ao Ministério Público, sempre na dúvida acusar, o Poder Judiciário não deve tornar-se um órgão homologatório do "Parquet". Deve isto sim, não permitir que a injustiça se faça, devendo o advogado, no mais legítimo direito das democracias, que é o de defesa, lutar para que a injustiça não se faça. Não sem razão, a lição da velha Roma é atual, quando se dizia que o máximo da justiça é o máximo da injustiça.

Por essa razão, numa sociedade, o Poder Judiciário é um poder técnico, que não representa o povo, mas a lei e que não tem vocação política, pois esta cabe aos representantes do povo.

Assim é que, a Constituição Brasileira tornou os poderes harmônicos e independentes (artigo 2º), com atribuições bem definidas, nos artigos 44 a 69 (Poder Legislativo), 70 a 75

(Tribunal de Contas), 76 a 91 (Poder Executivo), 92 a 126 (Poder Judiciário). Acrescentou àquelas atribuições as funções essenciais à administração da Justiça, ou seja, Ministério Público (127 a 132) e Advocacia (133 a 135). Se o Poder Judiciário deixa de ser um poder técnico, para ser um poder político, ingressando na luta ideológica, a democracia corre riscos, visto que, sendo o poder que pode errar por último, impor-se-ia uma ditadura da magistratura.

Mestre Canuto costumava dizer que, normalmente, o que está escrito na lei é o que deve ser seguido e não as teorias dos sábios que encontram mil e uma interpretações atrás de cada palavra colocada na lei, tendo o talento de tornar herméticas e fechadas só para a compreensão dos iluminados, as mais singelas disposições feitas para serem vividas e entendidas pelo cidadão comum.

Creio que, se vivo fosse, o Professor Canuto, ao ver os consequencialistas, que flexibilizam de tal forma o que está na Lei Suprema ao ponto de admitir que o Poder Judiciário seja um constituinte derivado, fazendo normas constitucionais e infraconstitucionais, nas pretendidas omissões legislativas --o artigo 103, parágrafo 2º, da CF proíbe tal conduta-- ou promovendo atos da competência do Executivo, quando tais atos não lhe agradam, certamente, sentir-se-ia um monge trapista em suas considerações, pois à época em que ironizava o hermetismo dos juristas, dizendo que atrapalhavam, os poderes eram realmente harmônicos e independentes, respeitando uns aos outros suas atribuições.

Quantas saudades de meu saudoso e querido Professor!

A2020-037 Quando os juristas atrapalham