

CONSTITUIÇÃO, FEDERALISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES

Artigo produzido por ocasião da participação no 8º Congresso Internacional de Direito Constitucional, ocorrido em Natal, entre os dias 29/04 e 01/05/2010. Proibida a reprodução sem autorização dos autores, exceto para fins internos no TCU.

Adriano de Sousa Maltarollo é Auditor Federal de Controle Externo do TCU, Cientista Político pela UnB, Bacharel em Relações Internacionais pela UnB, Mestre em Ciência Política pela UnB; Pós-Graduado em Direito Público pelo IDP; e Graduando em Direito pela UFRN.

Monique Ribeiro Emerenciano Maltarollo é Auditora Federal de Controle Externo do TCU e Graduada em Administração de Empresas pela UFRN.

A Constituição de 1988 é a mais duradoura Constituição da era republicana brasileira. Todavia, a despeito de sua longa sobrevivência institucional, é inegável que ela carrega questionamentos também duradouros, mormente quanto ao federalismo, à separação de poderes e à ordem do Estado democrático de Direito vigente.

Acerca do poder normativo do Executivo no Brasil, verifica-se um verdadeiro descompasso das normas positivadas brasileiras, a começar pela democracia. Carlo Biscaretti di Ruffia, notável jurista italiano, afirmou certa feita: *“a democracia é um regime que dispõe de um mínimo de consciência coletiva, sem o qual não há como implementá-la”*.

Resta, pois, exibir a fisionomia jurídica do poder normativo no Executivo, que pode se dar em duas manifestações: uma normal, por meio dos regulamentos executivos, que é mera decorrência de lei; outra na base da Constituição, que exige a subordinação do Executivo à lei, que se viabiliza pela expedição de normas por tal Poder.

Exemplos dessa afirmação podem ser encontrados espalhados no texto constitucional: *“Ninguém poderá fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei”*: Atente-se que a Constituição fala em lei, e não outro tipo normativo. Já no art. 37 traz-se o princípio da legalidade.

A função prescrita, portanto, na Constituição é de o Executivo submisso ao cumprimento às leis. Nas palavras de Erdinberg: *“No Estado, quer-se a supremacia da lei, e não dos homens”*.

Este princípio da legalidade não tem a mesma expressão jurídica em todo canto do mundo. Na França, por exemplo, o art.34 arrola as competências do

legislativo, e no art. 37, o que sobrou, vai para o Poder Executivo. Nos países europeus, o Executivo tem um poder normativo bem maior que no Brasil, devido a vicissitudes históricas, ao processo de formação desses Estados. Na França, esse poder é maximamente acentuado.

De 1793 até a Constituição Bonapartiana (6 anos), a liberdade do Executivo em criar lei foi praticamente nenhuma. Nesse mister, Othon Maia cunhou a ideia de reserva de legalidade, ao demonstrar, com base no direito alemão, que certas medidas só poderiam ser tomadas pelo Executivo (Sujeições especiais).

No Brasil, reserva de lei é uma frase vazia, eis que compete ao Congresso Nacional dispor sobre tudo. Tudo é da lei, por isso, não há que se falar em reserva de lei. O Executivo, portanto, deveria ser um simples e dócil cumpridor de leis, o que seria altamente desejável. O Executivo, desde 1500, com exceção de uns 40 anos de história, sempre governou o país, sob a égide de seu claríssimo domínio, sempre teve um poder esmagador.

Apenas a partir da Constituição de 1946 é que houve um simulacro de democracia, que perdurou apenas até o golpe de 1º de abril de 1964. Cabe, aqui, um parêntesis: a recente ação de anistia que tramitou no STF, albergou o livramento generalizado do que Celso Antonio Bandeira de Mello¹ chamou de “bestiais” torturadores, em uma leitura política dada ao caso. Este exemplo ilustra como estamos, ainda, distantes dos ideais que a Constituição proclama abertamente.

Vale, aqui, uma crítica aos chamados decretos autônomos, à comparação do art. 84, VI, “a” com os regulamentos autônomos do direito europeu, no qual foi inspirado: se o Executivo não pode criar ou extinguir órgãos da administração, só pode modificar. Autorizou, portanto, que o Executivo apenas reestruture e redirecione órgãos.

Celso Antonio², por exemplo, entende que as previsões contidas na Constituição em matéria de autonomia regulatória do Executivo são modestas, puramente de direito, sem similaridade ao regulamento autônomo. Dirá Pontes de Miranda: “*só cabe regulamento em matérias que devam sofrer interferência da administração pública*”.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Op. cit.**

E o que pode ser objeto de uma decisão tomada por regulamento? Apenas como instrumento de assegurar o princípio da igualdade, como o uso de regulamento aceitáveis em matérias procedimentais, para estipulação de datas e cronogramas, e em matérias genéricas.

Ataliba, por sua vez, preleciona que a lei indica que deve haver instalação de limitadores de poluição. Quais os mecanismos? É aqui que entra o poder normativo do Executivo, onde deveria proliferar conhecimentos técnicos e científicos, eis que estes são altamente mutáveis, mas também porque o Executivo tem maior preparo para esta tarefa, campo legítimo de atuação dos regulamentos, mas a realidade não é essa, sempre houve extrapolação.

As medidas provisórias são um grande exemplo de práticas nefastas do normativismo do Executivo. O texto constitucional afirma que elas têm força de lei, mas, segundo Celso Antonio, isso não é tecnicamente correto. A lei é mais poderosa. Medidas provisórias não são iguais às leis, eis que estas não tem prazo de vigência certa, e quando têm, é o próprio legislativo que estabelece. Já as MPs possuem este prazo, e é prorrogável pelo próprio Executivo.

Outro ponto de relevo é o chamado interesse público relevante e urgente: os pressupostos da MP. Se não existirem, não deve ser expedida a MP. Do ponto de vista jurídico, basta que uma lei seja editada para admitir que ela tem interesse público. Mas a MP alude à relevância, ou seja, há de haver interesse sublime, excepcional, em um tipo de situação invulgar. Além disso, urgente, ou seja, aquilo que não pode ser decidido sob risco de perecimento. Estas expressões são vagas, fluidas, conceitos elásticos. Para ser conceito, há de haver mesmo limites.

Fernando Saens Moreno e Genaro Carió dizem: “em um foco, sinaliza-se o que algo é; fora dele, só há escuridão, zonas de certeza positiva e negativa, aludindo à interpretação do que é urgente e o que é relevante.

Afonso Rodrigues Queiroga dirá que muitas vezes, pode se afirmar o que algo não é, ao invés de defini-lo. Esta é a função do Poder Judiciário: dizer se a medida provisória é um abuso ou não, no sentido de avaliar tal conveniência e oportunidade.

Vários fenômenos explicam este comportamento: Fenômeno histórico mundial; fenômeno ligado a nossa história; influências do neoliberalismo; maior participação social (embora efêmera); nostalgia dos idos do império, de ter um líder tal

qual rei... O Executivo dá respostas em menor tempo que o Legislativo, dado seu quadro técnico mais próximo da realidade, com grande contribuição do “braço tecnológico”.

O Executivo deveria ter maior poder que o Legislativo? Segundo Montesquieu, o poder vai até onde puder ir. Entregar muito poder a um dos braços institucionais é perigoso.

Não se deve chegar hoje ao ponto de se pensar em reforma constitucional verdadeiramente. A inserção social dos excluídos hoje vista como política exemplar cumpre, pela primeira vez, o art. 3º, similar ao art. 170, inciso VII, ambos da Constituição, na direção de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Desse modo, não há que se falar em poder normativo do Executivo, mas sim em dever normativo, eis que este exerce uma função. Função em direito é quando alguém está jungido a atender as necessidades no interesse de outrem. O poder exercido é a verdadeira contraface do dever.

Outro aspecto que pode ser levantado é o dos avanços e retrocessos do federalismo e da separação dos poderes. Luís Roberto Barroso³, por exemplo, entende que a federação brasileira ainda não se consolidou. Do ponto de vista da criação do Direito, a federação brasileira enfrenta limitações grandes, dado o modelo centralizador. Além disso, há pendências como as de conciliar as competências tributárias próprias de cada Estado, bem como as competências de renda.

A federação brasileira vive um grave problema de equilíbrio econômico-financeiro, uma conta que não fecha. Por exemplo: se se zerasse a conta de todos os Estados, no início do ano, ao final, estaria tudo em desequilíbrio novamente, o que prova que o sistema está falho desde sempre.

Barroso⁴ entende que a federação vive uma permanente tensão entre democracia e República. Isso porque as oligarquias ainda se mantêm presentes, com uma cultura de centralização forte. O Judiciário também tem suas oligarquias, com sérias disfunções em concursos de acesso. E a centralização é uma forma de impedir os desmandos estaduais.

³ BARROSO, Luís Roberto. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

Acerca do Poder Executivo, Barroso⁵ entender que jamais o Brasil deixou de ser um estado em que prepondera este poder. É um fato histórico desde sempre em nossa história. O abuso das MP's é um problema, mas a inovação constitucional de criar este mecanismo foi salutar. A Emenda Constitucional nº 32 impediu as reedições sucessivas de MP's. Resolveu um problema, mas criou outro: o trancamento da pauta. Michel Temer interpretou de modo inovador, para resolver este novo problema: que as MP's só seriam passíveis de apreciação em sessões extraordinárias. Recentemente, o STF considerou inconstitucional duas MPs, alegando abuso do poder de legislar do Executivo.

Outro ponto é o poder do Presidente da República de contingenciar as verbas do orçamento. Orçamento autorizativo, e não impositivo: este é o ponto que chama a atenção, diferentemente de outros países, onde prevalece o impositivo. O presidencialismo imperial ou ortodoxo é um verdadeiro convite à crise política, ao abuso do poder. É preciso atenuar os amplos poderes do Executivo, que comanda Estado e Governo, nomeia embaixadores, chefia as forças armadas, etc.

Quanto ao Poder Legislativo, vale dizer que as leis, no Brasil, ou são advindas de Medida Provisória, ou de lei de iniciativa do Executivo, esvaziando a função legislativa. Legisla-se cada vez menos e cada vez de modo menos importante, embora a função fiscalizatória esteja mais aprimorada, tendo como grande representante o Tribunal de Contas da União.

Em termos políticos, há uma necessidade de emergente reforma política, há uma crise gravíssima de legitimidade, de funcionalidade, de prestígio político, com um descolamento da atividade política dos anseios da sociedade civil. A atividade política transformou-se em um fim em si mesmo. Não há democracia estável sem um legislativo dotado de credibilidade. O país precisa desesperadamente de uma reforma política.

Quanto ao Poder Judiciário, a CF 1988 propiciou uma vertiginosa ascensão política e institucional, com o aparecimento de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial, por exemplo.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

A judicialização é, no entender de Barroso⁶, a transferência de poder (do Executivo e Legislativo para o Judiciário); portanto, questões de grande alcance político, social ou moral que antes tinham sua sede final nos outros poderes, passam a ter sua instância decisória no Judiciário. Este é um fenômeno mundial.

Nos EUA, por exemplo, a decisão mais importante da Suprema Corte foi 1954, “*Brown versus Board of education of Topeka*” – decisão que proibiu que houvesse escolas públicas para brancos e negros, obrigando-os a frequentar a mesma escola. Essa não foi uma lei, foi uma decisão judiciária. Em 1963, proibiu-se, naquele país, que se interrompesse a gestação após 3 meses, mas permitindo antes disso (foi isso?). Estes exemplos coadunam esse fenômeno, decisões que se anteciparam a leis e que fizeram história.

No Brasil, todo juiz é um potencial intérprete da Constituição (controle difuso). A judicialização se deve, portanto, em primeiro lugar, ao sistema de controle de constitucionalidade; em segundo, à constitucionalização abrangente, que trata de tudo, em detalhes. Isso provoca o fenômeno da judicialização, já que constitucionalizar é trazer da política e colocar no Direito, e, assim, a Constituição permite invocá-la para todo tema que se queira; em terceiro lugar, não apenas o esvaziamento da política dá espaço ao Judiciário, como também o Legislativo se furta de tratar de temas polêmicos, como os fetos anencéfalos, pois há um custo político eleitoral muito grande.

A Constituição é abrangente e requer um modelo de controle que permita a todo mundo interpretar a Constituição. Ativismo e judicialização surgem nessa esteira, mas não produtos da mesma causa. Só há ativismo onde há judicialização. Ativismo não é um fato, é uma atitude, é um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, é uma afirmação de poder que há por parte do judiciário em ocupar espaços.

O ativismo, no entender de Barroso⁷, pressupõe três condutas:

- i. decisão do Judiciário de aplicar a Constituição diretamente a situações que nela não foram expressamente previstas; com base na expansão de um princípio, aplica-se uma regra. Foi o que ocorreu com a regra do nepotismo. Do princípio da moralidade e da impessoalidade extraiu-se a regra sumulada, atendendo a

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

uma demanda social que o legislativo não atendia. Também à fidelidade partidária e à união homoafetiva se aplica o mesmo raciocínio.

- ii. declaração de inconstitucionalidade fora dos casos de inconstitucionalidade expressa – como no caso da cláusula de barreira e com a verticalização, declarando uma emenda constitucional como inconstitucional, derrubada pelo STF.
- iii. políticas públicas por ordem judicial – por exemplo, as ordens para fornecimento de remédios e medicamentos.

A judicialização é um fato que decorre da estruturação do judiciário brasileiro, e o ativismo é uma atitude. Barroso⁸ tece uma série de críticas a esta expansão:

- Crítica político-ideológica – como no Judiciário, os magistrados não são eleitos, é discutível quando eles sobrepõem sua vontade à do Legislativo (“dificuldade contra-majoritária” - EUA)
- Capacidades institucionais – embora o juiz possa decidir sobre questões técnicas, deve o juiz conter sua vontade de ultrapassar as questões técnicas, ainda que se possa exercer controles procedimentais.
- Redução do debate- a judicialização elitiza e afasta do debate todas as pessoas que não dominam o código de conhecimento não presentes no código judicial e que não têm acesso ao *locus* onde se realizam.

Um Judiciário firme e atuante não é mal-vindo, e a judicialização no Brasil deve ser vista pelo seu lado positivo, na proteção dos direitos fundamentais e de modo a assegurar o funcionamento adequado da democracia e do processo político majoritário e da alternância do poder, mas onde haja discricionariedade administrativa técnica, política e razoável, o Judiciário deve agir com auto-contenção, e quando há direitos fundamentais em jogo, ele deve avançar na atuação. O Judiciário deve conhecer seus próprios limites.

Outro tema que chama a atenção é o da separação ou cooperação entre órgãos do poder no exercício das funções estatais destinadas a concretizar os objetivos fundamentais do art. 3º da CF/88, que diz:

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

À luz da teoria contemporânea da Constituição Federal, como fazer a melhor leitura das funções estatais previstas no art. 3º? A partir de que órgão de poder?

A Constituição se refere à República Federativa do Brasil, e não especificamente a este ou aquele poder. Em uma perspectiva histórico-evolutiva, a ideia de funções estatais não é nova, mas advinda de um processo de formação política das entidades estatais. Remonta à Grécia Antiga, por Aristóteles: em uma comunidade política, há que se falar em funções de deliberação (legislativa) execução (executiva) e proteção das políticas públicas (judicial). Já percebia ali o filósofo três funções.

Em “A Política”⁹, Aristóteles previu três formas de se governar uma comunidade política: monarquia; aristocracia e democracia, passíveis, contudo, a degeneração, respectivamente: ditadura, oligarquia e plutocracia.

Evoluiu por meio de revoluções, transformações, etc, até Locke¹⁰, que estimulou a Revolução gloriosa, sistematização das funções do governo. Este, ao fim de sua obra, identificou as funções legislativa e executiva, desembocando em um binômio, relevando a função judiciária. Talvez por esse motivo, tempos depois, Montesquieu¹¹ em “O Espírito das Leis” tenha elaborado uma teoria mais abrangente, com as 3 funções que hoje se tem, em torno da ideia de lei. Funções Legislativa (elaborar a lei); executar a lei em torno do interesse coletivo (executivo); aplicação da lei para resolver conflitos (função judicial ou jurisdicional).

O destaque desta teoria foi, em verdade, a resposta em torno da existência de órgãos segregados para cada uma destas funções. A concentração em um único órgão de poder seria a consagração do despotismo, da opressão e da tirania.

⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

¹⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005.

¹¹ MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007.

É fundamental que estejam as funções bem definidas, mas tanto quanto os órgãos que as encampam também estejam segregados de modo independente. Tais órgãos, no exercício dessas funções, devem cooperar uns com os outros. A teoria da separação funcional do Poder pregava uma separação relativa, e não absoluta, como muitos apregoam, porque já preconizava funções que cooperavam entre si (EUA – *checks and balances*, freios e contrapesos).

Quem exerce o poder tenderá dele abusar. Para o poder deter o poder, é imprescindível que as funções não estejam em um plano segregador, mas sim cooperador. Falar em separação de poderes é um mito, não há separação de poderes em um âmbito em que as funções devam ser coordenadas e integradas. Esta interpenetração é que permite que as finalidades do poder sejam implementadas e realizadas. Tal equívoco pode ser criticado no seguinte ponto:

- A teoria montesquieuna não preconiza separação de poder, mas sim divisão funcional do poder do Estado, construída no Livro XI, cuja visão a uma cooperação, ainda que preveja divisão de funções, mas que colaboram reciprocamente e mutuamente.

A resposta à pergunta: cooperação! A realização dos objetivos fundamentais constantes no art. 3º perpassa por todas as funções do Estado, pelas três funções, portanto. É possível a realização de tais objetivos através da função jurisdicional do Estado? Não há espaço para entender tal dispositivo constitucional a se entender como objetivos do Legislativo e Executivo, apenas, ali há referência à República Federativa do Brasil.

Há quem prefira o termo judicialização das relações sociais (Dirley da Cunha Junior), ao invés da acepção à “judicialização da política”, termo que o citado autor discorda, por entender que o juiz não é partidário, mas juiz social e constitucional; não há comprometimento do Judiciário com partidos ou candidatos, mas sim com as expectativas sociais.

Nesse sentido, decisão do STJ que abordou se o “colarinho fazia parte do chopp”, embora criticada, albergou a proteção a um cidadão que estava se sentindo violado em seus direitos. Nada, portanto, pode escapar a uma provocação judicial, eis que este encampa as funções jurisdicionais de Estado, e na medida em que outros poderes se omitem, deixando espaço político para atuação do Judiciário.

Há quem diga ser excessiva a judicialização da política, mas o espaço político em que o Judiciário avança faz parte do campo de cooperação, de atuação dentro de um espectro social em que todos os poderes devem atuar de modo compartilhado.

Não faz sentido se opor a um ativismo racional, sendo tal resistência de cunho ideológico, e não científico. Os juízes não têm legitimidade para controlar políticas públicas porque não são eleitos? Esta questão já foi superada há 200 anos; democracia não é mais governo da maioria, pois isto seria admitir a tirania da maioria. Imagine-se 95% decidindo extinguir os 5% minoritários? Não se pode aceitar essa leitura, não se pode admitir maiorias motivadas por paixões momentâneas.

Jurisdição constitucional não é contramajoritária, porque está assentada pela maioria na Constituição. Era dos direitos e era da jurisdição constitucional estão imbricadas. Aplicar princípios constitucionais não é fazer política, mas sim defender judicialmente a Constituição.

Na medida em que o Judiciário tem um compromisso com a realização social e da dignidade da pessoa humana, não há que se falar em regime de separação de poderes, mas de cooperação de funções do Estado. Qualquer tentativa de resistência a esta proposição deve ser negada, pois seu fim estratégico é a mitigação da importância do poder judiciário, reduzindo-lhe o poder e negando direitos das minorias.

A tutela da cidadania perpassa pela tutela jurisdicional. Não se pode admitir críticas que dois séculos de história construíram em termos da ascensão social do judiciário, partindo dos princípios constitucionais, e não das vontades subjetivas dos juízes.

A atuação do juiz na política não é de substituir sua concepção política por uma ação política; o juiz atua a partir de uma racionalidade prática, de uma argumentação racional. Cappelletti¹² dirá: o juiz cria o direito e inova a ordem jurídica tanto quanto o legislador; este se vale do processo judicial. É legítima porque há garantias processuais (contraditório, ampla defesa, etc.), virtualidade que não existe no processo legislativo.

¹² CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

Ante a separação de poderes, como deve se portar o intérprete do Direito diante de uma situação de lacuna no ordenamento: negar sua existência alegando a completude do ordenamento e abstendo-se de julgar, ou julgar fundamentadamente em um senso puramente pessoal, admitindo que a insegurança é o preço do progresso ou – como a visão da Escola Realista Americana – que “*a Constituição é o que o juiz diz que ela é*”?

No Brasil, dado o fenômeno internacional da judicialização da política, pode-se assumir, como já alardeado amplamente pela doutrina, que a Constituição é o que o Supremo (STF) diz que é, ou, na visão de alguns, o Supremo é o último elo do sistema jurisdicional legitimado a “errar”.

Sobre judicialização da política e lacunas máximas, temos, nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho¹³:

“Nesse contexto de ativismo judicial, alguns juristas mais enfáticos chegam a anunciar, entre nós, um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo em direção ao Poder Judiciário, porque acreditam que a nova magistratura estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988. (...) o novo constitucionalismo desemboca na onipotência judicial (...)”.

A discussão ora travada acerca da federação e dos poderes, das escolas principais de interpretação, encontra ancoradouro também na teoria de Miguel Reale¹⁴, onde fato e norma formam, juntamente com a apreciação axiológica, a tríade integrativa da ordem do direito enquanto sistema à disposição dos hermenutas.

Tal leitura resvala na concepção de que o juiz não mais é mero aplicador da lei, mas verdadeiro realizador de direitos e formador e integrador de todo o arcabouço sistemático-jurídico, ocupando, na concepção de Luhman¹⁵, o centro do sistema.

Claro que o aspecto valorativo (fato, **valor** e norma) detona, por inteiro, com a concepção exegética e com os postulados de lacuna mínima do direito, pois

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

¹⁴ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5.ªed., São Paulo, 1994.

¹⁵ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

enxerga no juiz um imparcial elemento da relação angular e eqüidistante travada com as partes. Assim preleciona Inocêncio¹⁶:

*“Essas novas teorias [por exemplo, o neoconstitucionalismo] constituem os modelos jurisdicionais ou modelos autômatos – como os denomina Miguel Reale –, porque o aplicador do direito tem competência para criá-los correlacionando dois princípios jurídicos fundamentais: o de que **o juiz não pode eximir-se de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei;** e o de que, na omissão da lei, ele deve proceder como se fora legislador”.*

O magistrado, ao mesmo tempo que imparcial, não mais deve se esconder na falsa proposição de neutralidade axiológica defendida nos primórdios do surgimento das ciências sociais, eis que a busca da equidade suporta-se justamente com o pensamento de muitos¹⁷: **no Direito, para se alcançar o princípio da igualdade e da isonomia, é necessário tratar desigualmente os desiguais.**

Não se pode deixar de concluir que, atualmente, é imperativo admitir-se que existem lacunas na lei que corroboram a existência de práticas ou comportamentos não previstos ou amparados pela legislação, indagação introdutória que merece seu devido resgate e que parece, pois, óbvia de ser afirmada, mas que não se confunde com uma tautologia, eis que brotada da dialética e do diálogo teórico.

Nas palavras de Carmen Lúcia¹⁸, democracia e federação são temas que se entrelaçam, pois, sempre que um deles, na história política brasileira, foi acuado, o outro automaticamente fica alijado. Todas as vezes que se frustrou a democracia no Brasil, tomou-se por primeira providência restringir a Federação. A Federação é barulhenta, a democracia é silenciosa. Fortalecer a federação é não permitir a ofensa à liberdade. A federação é que garante os iguais na liberdade e desiguais na diversidade.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. Op. cit, p. 80.

¹⁷ Ruy Barbosa é um desses pensadores.

¹⁸ Carmen Lúcia Antunes Rocha é Ministra do Supremo Tribunal Federal.