

## A Teoria dos Freios e Contrapesos no Direito Civil

Marcelo Augusto Paiva Pereira

Como citar este comentário: PEREIRA, Marcelo Augusto Paiva. A Teoria dos Freios e Contrapesos no Direito Civil. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 07 abtil. 2008.

A Teoria dos Freios e Contrapesos ("Checks and Balances"), oriunda dos Estados Unidos da América, justifica a independência e harmonia entre os três órgãos do Poder de Soberania do Estado, sendo estes o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (CF, art. 2º) [1], cada qual com atribuições próprias e impróprias.

Ao Poder Legislativo, legislar é atribuição própria, enquanto administrar a si mesmo e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (Lei nº 1079/50) são atribuições impróprias.

Ao Poder Executivo, administrar a coisa pública mediante atos normativos é atribuição própria, enquanto legislar (mediante leis delegadas e medidas provisórias) e julgar infrações (em processo administrativo) são atribuições impróprias.

Ao Poder Judiciário, é atribuição própria julgar as lides e controvérsias judiciais em curso processual (ou procedimental), enquanto administrar a si mesmo e aos seus serventuários subordinados é atribuição imprópria.

O Poder Legislativo exerce atividade primária, em face do Estado Democrático de Direito, em que todos se submetem ao império da lei – inclusive o próprio Estado –, não podendo dela se afastar.

Os Poderes Executivo e Judiciário exercem atividade secundária, devido à obrigatoriedade da lei, conforme dispõe a CF, art. 5º, II, e a LICC, art. 3º. O primeiro a aplica aos casos concretos, porém genéricos, atingindo a todos os administrados; enquanto o segundo também a aplica aos casos concretos, porém específicos, atingindo as partes que componham a relação jurídica controvertida instaurada em juízo.

Este é o espectro da aludida Teoria, quanto às atribuições de cada órgão do Poder, impedindo que um invada as atribuições de outro, no exercício de cada. Ao contrário, coexistem sem que o ato praticado por um prejudique o ato praticado por outro[2] .

Tais atividades, entretanto, atingem outras hipóteses de aplicação, com efeitos no mundo fenomênico:

a) em relação ao Controle da Constitucionalidade, o Legislativo examina a constitucionalidade do projeto-de-lei através da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ); o Executivo o faz através do veto jurídico; e o Judiciário o manifesta nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade, mediante sentença;

b) em relação ao Direito Penal, poderá o Legislativo anistiar os réus mediante lei; o Executivo poderá indultá-los mediante decreto; e o Judiciário poderá condená-los ou absolvê-los em fase de sentença mediante o devido processo legal.

Em relação ao Direito Civil, este admite, com suporte no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), três espécies de permissão:

a) capacidade: é a permissão dada pela lei, para a prática de todos os atos;

b) legitimação: é a permissão, dada pela lei, para a prática de certos atos;

c) autorização: é a permissão, dada pela pessoa, para outra praticar certos atos.

As duas primeiras são normas cogentes, porque emanam de normas de ordem pública, indisponíveis. A última é norma de ordem privada, dispositiva, porque a pessoa pode dela dispor.

A capacidade divide-se em de direito e de fato: a primeira, todos a têm desde o nascimento com vida e constitui a personalidade jurídica da pessoa; a segunda, nem todos a têm, limitando a capacidade civil.

A limitação da capacidade civil é suprida pelos institutos da representação e assistência[3], previstas por norma editada pelo Poder Legislativo, sendo essa o art. 1634, V, do Código Civil. A Tutela[4] (CC, arts. 1728 a 1766) e a Curatela[5] (CC, arts. 1767 a 1783), também foram instituídos por normas emanadas do Poder Legislativo.

A legitimação, conferida pela lei à pessoa para praticar certos atos depende, em alguns casos, de norma emanada pelo Poder Executivo sempre que a lei oferecer algum grau de discricionariedade ao administrador público[6].

O Poder Executivo regula o exercício do poder de polícia [7] em relação ao particular e de matérias que a lei lhe confere o dever de executá-las [8]. Como exemplos, a expedição de Alvará para o interessado construir o imóvel pretendido e o Decreto 3048/99 (Regulamento da Previdência Social).

A autorização dada por uma pessoa a outra para praticar certos atos pode ser objeto de suprimimento judicial quando for injusta sua negação. Como exemplo, a negação de autorização pelos pais ao filho, maior de 16 e menor de 18 anos, para casar. Nesta hipótese, é o Poder Judiciário quem a supre (CC, art. 1519).

Nas três espécies de permissão expostas acima, foi necessária a atuação dos Poderes Legislativo (capacidade), Executivo (legitimação) e Judiciário (autorização) para o Direito Civil se operar sem lacunas que impeçam o pleno o exercício desses direitos.

Conclusivamente, a aludida Teoria aplica-se na órbita do Direito Civil tanto na fase abstrata (legislativa) quanto na concreta (executiva e judicial). E, ainda, os três órgãos do Poder não extrapolam os limites de suas atribuições nem um se imiscui nas dos outros, porque estão atuando para o pleno exercício da força imperativa e coercitiva da lei sobre as pessoas – numa clara e evidente obediência ao Estado Democrático de Direito. Nada a mais.

1. Afirma Rodrigo César Rebello Pinho: "O sistema de separação de poderes é a divisão funcional do poder político do Estado com a atribuição de cada função governamental básica a um órgão independente e especializado. Três são as funções governamentais básicas: legislativa, executiva e judiciária.". REBELLO PINHO. Rodrigo César. Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais. Sinopses Jurídicas, vol. 17. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, pág. 57.

2. Diz José Afonso da Silva: "Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.". SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pág. 115.

3. Afirma Regina Beatriz Tavares da Silva: "A representação pelos pais até os dezesseis anos e a assistência, após essa idade, nos atos da vida civil em que forem partes é uma proteção legal conferida aos menores a fim de impedir que a inexperiência os conduza à

prática de atos prejudiciais.". FIUZA, Ricardo (coordenação). Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pág. 1446.

4. Carlos Roberto Gonçalves diz: "Tutela é o encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar da pessoa do menor e administrar seus bens. Destina-se a suprir a falta do poder familiar e tem nítido caráter assistencial." . GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. Sinopses Jurídicas, vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, pág. 160.

5. Ainda Carlos Roberto Gonçalves: "Curatela é o encargo conferido por lei a alguém capaz para reger a pessoa e administrar os bens de quem não pode fazê-lo por si mesmo. Assemelha-se à tutela por seu caráter assistencial, destinando-se, igualmente, à proteção de incapazes.". Ob. cit., pág. 167.

6. Diz Hely Lopes Meirelles: "Atos administrativos normativos são aqueles que contém um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações meramente administrativas.". MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 24<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pág. 161.

7. Ainda Hely Lopes Meirelles: "Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos de direito individual.". Ob. cit., pág. 115.

8. Hely Lopes Meirelles: "Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade. Quando o regulamento visa a explicar a lei (regulamento de execução), terá que se cingir ao que a lei contém; ...". Ob. cit., pág. 163.

Disponível em:

<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=2008040716030774>.

Acesso em: 25 maio. 2008.