V.3 – N.5
JAN/JUN/97

UFRN/CCSA

Revista Jurídica

IN VERBIS

ISSN 1413-2605

Revista Jurídica

IN VERBIS

REALIZAÇÃO

ACADÊMICOS DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO
RIO GRANDE DO NORTE

APOIO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Numero 05 – Primeiro Semestre – 1997

EDITORA DA UFRN – EDUFRN

Tiragem desta edição: 400 exemplares

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que seja citada a fonte.

Toda a correspondência para a revista deverá ser endereçada à

**PROFESSORA MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA
DIRETORA DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
AVENIDA SALGADO FILHO, CAMPUS UNIVERSITÁRIO, NATAL – RN
CEP 59072-870 NATAL/RN**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

**REVISTA JURÍDICA
IN VERBIS**

REITOR

JOSÉ IVONILDO DO RÊGO

DIRETORA DO CCSA

MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA

PROFESSORES CONVIDADOS

EDILSON FERREIRA NOBRE JÚNIOR

EDUARDO MEDEIROS CAVALCANTI

ELAINE CARDOSO DE MATOS NOVARES

FRANCISCO BARROS DIAS

LUÍS ALBERTO DANTAS FILHO

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES

MIQUÉIAS ANTAS GOLVÊIA

PAULO ROBERTO DANTAS DE SOUZA LEÃO

PEDRO SIMÕES NETO

RICARDO WAGNER ALCÂNTRA

ROSENITE ALVES DE OLIVEIRA

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

COMISSÃO EDITORIAL

CAIO CÉSAR MARQUES BEZERRA

ELIANE NASCIMENTO DE MELO

FLÁVIA SOUSA DANTAS

FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES

JESSICA RAQUEL CARVALHO MORRIS

VLADIMIR AZEVEDO DE MELO

CAPA

PROFESSORA FÁTIMA MARIA DANTAS COSTA

NORMALIZAÇÃO

PROFESSORA MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

CAIO CÉSAR MARQUES BEZERRA

EDITORIAL

Como “vaso ruim não quebra”, estamos aqui outra vez.

Desta feita, entretanto, traremos não só informações de praxe, mas, especialmente, alguns esclarecimentos necessários pelo conhecimento tomado da idéia que alguns estão firmando sobre nossa publicação.

Quando dos idos da revista, em que a sua elaboração era sonhada, de grata recordação aos membros fundadores já formados (Eduardo – hoje professor substituto, tendo ajudado na avaliação dos trabalhos -, Fabiano, Fábio e Marquinhos), pensou-se em um objeto para o incentivo à pesquisa científica dos alunos do curso de direito da UFRN, até então ressentindo de um meio regular para tal.

Com o envolver da revista, a quantidade (verifique-se o número de páginas publicadas nos números anteriores: 73 – n.º 01, 97 – n.º 02, 188 – n.º 03 – e 206 – n.º 04) e a quantidade dos trabalhos foi crescendo geometricamente. A isso some-se uma realidade não tão aprazível: o *quantum* de pessoas na Comissão Editorial nunca dava conta do trabalho.

Em verdade, se antes tínhamos de fomentar com todo o nosso vigor para que os alunos se sentissem estimulados a escrever para a revista, hoje em dia isso não é mais necessário. Com alvíssaras, os trabalhos são muitos e de excelente qualidade.

Trabalhos de alunos da UFRN, de outras universidades e faculdades, além dos trabalhos dos já graduados enchem-nos os olhos. Com imensa exultação tivemos oportunidades de deparar-nos com colegas, antes retraídos, agora estimulados a escrever e a expor opiniões, e, de fato, fazendo-o.

Dito isso, estabelecemos a priori, a imediata preferência dos alunos do curso de direito da UFRN para publicação (conforme Normas Para Apresentação de Originais, publicada na ultima edição).

O processo de formação desta nossa honrada publicação, se não é um dos doze trabalhos de Hércules, é algo que demanda um certo tempo. Apesar disso, desde os números 03 e 04 a fim de melhorar (essa é sempre a nossa meta) a qualidade do material, achamos por bem que todos os artigos

seriam relidos, a fim de se verificar e evitar eventuais erros ortográficos ou mesmo de digitação (que geralmente passam despercebidos a quem está escrevendo). Sem, jamais, modificar a frase ou mesmo qualquer palavra do texto.

Pelo tanto de trabalhos (temos recebido, em média, de 25 a 35) também não pudemos mais fazer como antes, ou seja, encaminha-los aos professores e estes, quando houvessem por bem, sugerissem ou aconselhassem para que o aluno modificasse o determinado ponto ou apontamento, de forma a ficar mais completo. Caso assim fosse, veríamos o número de páginas aumentarem em um cento, a cada lançamento, inviabilizando-se, ao longo prazo, a IN VERBIS. Se pudéssemos, prolongaríamos todos os estudos e não apenas alguns.

Pari passu, na seqüência a esta nossa decisão, publicamos as novas normas para apresentação de originais, **enfatizando a necessidade de os alunos procurarem os professores do curso de direito para que os mesmos sirvam de orientadores para os seus trabalhos, a fim de garantir um nível mínimo de qualidade.**

Não obstante, ainda que os trabalhos tenham sido orientados, são eles novamente submetidos à apreciação de outro professor (a escolha deste é feita em reunião, levando-se em conta a área de atuação, de ensino, de conhecimento, o conceito de que dispões o docente em determinada disciplina, o tempo disponível e a acessibilidade), para garantir-se a **neutralidade** da escolha.

No que concerne a esses professores, fazemos questão absoluta de manter a discricão quanto a seus nomes, para evitar pressões (alunos intercedendo diretamente junto ao professor para saber se o trabalho será ou não publicado) ou comparações (no caso de trabalhos orientados por determinado professor e rejeitados por outro).

Após a análise pelos mestres, e dependendo da abundancia de trabalhos selecionados, são os mesmos submetidos aos integrantes do Conselho Editorial para averiguação da adequação de suas idéias ou conteúdo à filosofia da revista (pela atualidade, propriedade, consistência, originalidade e criatividade). Essa escolha é tão somente para garantir o padrão mínimo de qualidade que sempre vem pautando a publicação (com elogios dos professores e demais operadores do direito).

Mesmo assim, e nisso temos que ser sinceros, notamos junto a alguns poucos (queremos crer que assim o seja, pois do contrário é de se repensar

a nossa colaboração), que tais orientações (e o conseqüente resultado delas: a IN VERBIS) vem sendo creditadas como de duvidosa eficácia.

A Comissão Editorial é aberta a quem dela queira participar e opinar, **bem como trabalhar** (não existe uma casta, como alguns crêem), tanto mais pelo fato de serem cada vez mais escassos os candidatos a nela se integrarem. Fazemos até um apelo a quem esteja interessado em dela tomar parte que nos procurem, a fim de transmitirmos a diminuta experiência no assunto.

Em que pese tudo isso que foi dito, que não parece tanto uma elucidação (mas que na verdade é), continuamos com nossa empreitada (esse plúrimo abrange os alunos, os professores, a UFRN, enfim, todos os que contribuíram para a nossa concreção), na pertinácia exagerada e característica dos jovens.

Bem, mas vamos ao que interessa.

Mais uma vez vimos ao mundo sob os gratos auspícios da nossa universidade (por meio da UFRN e seu magnífico Reitor Ivonildo Rego, do CCSA e sua Diretora Prof.^a Socorro Borba, e da Editora Universitária, por meio de sua Diretora Sirleide Pereira) com uma excelente tiragem.

Como prometido, já estamos expedindo os certificados de publicação dos trabalhos, por intermédio da Diretora do CCSA (e companheira de longa data...), Professora Socorro Borba, aptos a servirem como títulos jurídicos.

Integrou-se ao nosso corpo editorial a colega Jéssica, que mostrou-se condescendente com a filosofia da revista e, principalmente, disposta a dar-lhe continuidade. Ademais disso, trouxe um novo ar feminino a este “clube do bolinha”, de maioria eminentemente masculina.

No mais era isso que tínhamos para o momento, esperando que o recado tenha sido dado, e que este número tenha atingido o virtuosismo idealizado.

A COMISSÃO EDITORIAL

SUMARIO

DIREITO ADMINISTRATIVO

DO PODER DA POLÍCIA: ATÉ ONDE PODE IR A INGERÊNCIA DO ESTADO NA LIBERDADE E NA PROPRIEDADE DO PARTICULAR.

FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES

PODE UM ATO ADMINISTRATIVO SER TOTALMENTE DISCRICIONÁRIO?

THEMIS LOPES DA COSTA FERREIRA

DIREITO CIVIL

A NOVA REALIDADE CONTRATUAL E SUA RELAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LISANDRA CRISTINA LOPES

DIREITO CONSTITUCIONAL

APONTAMENTOS ACERCA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

GUSTAVO DE MEDEIROS MELO

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MANDO DE INJUNÇÃO

HALLISON RÊGO BEZERRA

PONDERAÇÕES ACERCA DA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

JESSICA RAQUEL CARVALHO MORRIS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CABIMENTO DO MANDADO DE
SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL, APÓS O NOVO REGIME DO
AGRAVO DE INSTRUMENTO**

LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

QUESTÕES ACERCA DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL

ANA KARENINA DE FIGUEIRÊDO FERREIRA

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO E SUAS
CONSEQÜÊNCIAS NO PROCESSO PENAL**

AZEVÊDO HAMILTON CARTAXO

LIVRAMENTO CONDICIONAL: ASPECTOS RELEVANTES DO INSTITUTO

MARIVALDO DANTAS DE ARAÚJO

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

**DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO
(FGTS) QUANTO AO TRABALHADOR**

FLAVIA SOUSA DANTAS

FILOSOFIA DO DIREITO

KANT E O CONCEITO DE DIREITO NATURAL

JANAÍNA DE ARAÚJO FRANCISCO

A LIBERDADE – (IN) EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES

JOSÉ SOARES DE LIMA NETO

O NORMATIVISMO JURÍDICO E OS SISTEMAS TOTALITÁRIOS

PEDRO PEREIRA DE PAULA NETO

DIREITO ADMINISTRATIVO

DO PODER DE POLÍCIA: ATÉ ONDE PODE IR A INGERÊNCIA DO ESTADO NA LIBERDADE E NA PROPRIEDADE PARTICULAR.

FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES
Acadêmico concluinte do Curso de Direito da UFRN – 9.º período.

SUMÁRIO: I. BREVE INTRÓITO – II. DO SURGIMENTO – III. DA EXPRESSÃO DO PODER DE POLÍCIA – IV. DO FUNDAMENTO E DA RAZÃO – V. UM ADENDO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PODER DE POLÍCIA – VI. DO CONCEITO – VII. MEIOS DE ATUAÇÃO – VIII. CARACTERÍSTICAS OU ATRIBUTOS – IX. POLÍCIA ADMINISTRATIVA E DE SEGURANÇA E ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES OUTRAS – X. DA EXTENÇÃO DO PODER ESTATAL CONDICIONADOR – XI. DOS LIMITES À ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA – XII. AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INATACÁVEIS – XIII. CONCLUSÃO – BIBLIOGRAFIA.

I – BREVE INTRÓITO

“Os limites do poder de policia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do individuo assegurados na Constituição da República (art. 5.º)” (Hely Lopes Meirelles)¹

Nos dias de hoje, a par do moderno entendimento de que o Estado só deve interferir nas atividades vistas como afeitas aos interesses dos particulares quando estritamente necessário, vê-se com uma freqüência latente as restrições que o Poder Público impõe em nossas vidas.

Essa interferência, ditada por razões de ordem pública – quais sejam a necessidade de limitação ao direito de liberdade e invocando-se o bem comum, privilegiando-se sempre o conjunto, ainda que em prejuízo da comunidade.

¹ Direito Administrativo Brasileiro, 21 ed., Malheiros, p. 119

Conquanto tal atitude seja necessária, impende verificar um aspecto: **até onde a Administração Pública pode ir nessas restrições aos direitos dos administradores?**

A questão é complexa, envolvendo não só critérios de ordem jurídica, mas identicamente de ordem histórico-sociológica, porquanto indispensável definir-se as raízes da atividade ordenadora do Estado.

Por este estudo propusermo-nos a descortinar um pouco essa indagação, desanuviando algumas perquirições as quais ressaltamos como de primordial importância para se considerar o atual estágio do poder estatal de interferir na seara privada, sob as mais diversas formas, como a fiscalização a prevenção, a limitação, o controle etc.

As citações e referências foram rigorosamente respeitadas, por reconhecimento a seus autores, bem como presume-se que as interpretações das idéias, ora feitas, condigam com o que os mestres realmente quiseram professar, desenvolvendo-se o tema e algumas de suas ilações, para, ao final, apresentarem-se as soluções da *vexata quaestio* ora proposta.

II – DO SURGIMENTO

Deriva a palavra policia do grego *politeia*, da forma latina *politia* e possui diversas significações, dentre as que nos interessam ao presente trabalho: modo de vida do cidadão, vida e administração de homem de Estado, medidas de governo, entre outras.²

Na Idade Média, à época do feudalismo, havia para os príncipes o poder denominado de *jus polittiae*, que designava tudo o que era imprescindível à boa ordem da sociedade civil.³

Após essa fase, passou-se a entender esse *jus polittiae* como a atividade do Estado compreendendo os poderes amplos de que dispunha o príncipe, de intromissão na vida privada dos cidadãos, incluindo sua vida religiosa e espiritual, sempre com o escopo da segurança e do bem estar coletivo.

Com o passar do tempo, o “direito de polícia” do príncipe foi diminuindo, deixando de alcançar determinadas atividades da sociedade, como as religiosas, as militares e as financeiras, chegando ao momento em que se reduziu a normas relativas à atividade interna da Administração.⁴

Nesse período, chamado de Estado de Polícia, o *jus polittiae* estava fora do controle jurisdicional.

Com o surgimento do Estado de Direito, fundamentado no principio da legalidade, inadmitiu-se a existência de leis a que o príncipe não se submetesse.

² José Cretella Júnior, Tratado de Direito Administrativo, vol. V, p. 15.

³ Cfr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 6ª ed., Ed. Atlas, 1996, São Paulo, p. 93.

⁴ Idem, ob. e p. Citadas (Apud Garrido Falla, 1962, pp. 113-115).

Tal muito ocorreu no período absolutista, em que o Estado Polícia representava uma excrescência em que todos a ele se submetiam, menos o próprio Estado.

Inicialmente o Estado de Direito realçou o liberalismo, em que os direitos subjetivos do indivíduo eram alçados a um *status* de inatingíveis. Por ser assim, qualquer interferência que se fizesse nos direitos dos cidadãos deveria ser exceção, primando-se pela segurança e pela ordem pública.

A partir do intervencionismo estatal que caracterizou a segunda etapa do Estado de Direito admitiu-se a interferência também na ordem econômica e social.

O subsequente desenvolvimento do Estado fez com que essa atividade abrangesse o mais variado contexto das diversas formas de relacionamentos interpessoais da vida em comum.

Hoje, face ao incremento da vida em sociedade, dado-nos é dizer que inexistente área específica, que envolva interesses da coletividade, onde ao Estado é negado essa atividade limitadora.

Válido ressaltar que a idéia de polícia é ínsita ao Estado, pois os interesses coletivos (ou de alguma coletividade) representados por aquele sempre fora de tutelados por uma ou outra forma sua de atuação. Já o disse o preclaro Cretella Júnior, para quem “*A idéia de Estado é inseparável da de polícia*”.⁵

III – DA EXPRESSÃO PODER DE POLÍCIA

Grassa certa unissonância dentre alguns doutrinadores acerca da importância da expressão “poder de polícia”, estribados no espólio de Agustín Gordillo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, por exemplo, é inaceitável pensar-lhe como poder, por conter em seu bojo coisas inconciliáveis como leis e atos administrativos, ou seja, disposições superiores e providências subalternas. Acrescenta o mencionado autor que a utilização dessa expressão faz supor um poder natural – e não fruto da lei⁷ - da Administração pública.

Ainda assim, por outro lado, entende-se que a diversidade de intervenções estatais no Estado Social, pelas suas peculiaridades, não poderiam ser todas englobadas sob a espécie única de poder de polícia.⁸

⁵ Ob. citada, p. 42.

⁶ Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Malheiros, pp. 484-485.

⁷ Calos Ari Sundfeld faz a mesma observação, por entender perigoso aceitar-se o “poder de polícia” como qualquer providência tendente a realizar a boa ordem da coisa pública, porque, segundo ainda o citado autor, a expressão penderia para uma conotação autoritária. Consoante ainda o referido autor, a atividade exercida sobre a noção de poder de polícia deve, obrigatoriamente, ser em virtude de lei. (Ver seu Direito Administrativo Ordenador, Malheiros, pp. 10-15).

⁸ Idem, ob. e pp. citadas.

De outro modo, aponta-nos o já citado Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello que o poder de polícia pode ter um sentido amplo e um sentido restrito. Pelo primeiro seriam tanto os atos do Executivo quanto do Legislativo, representados por medidas regradoras da esfera de liberdade e da propriedade dos indivíduos. *Stricto sensu*, seriam as intervenções, gerais (regulamentos) ou concretas (autorizações, licenças e injunções), do poder Executivo feitas no direito do particular em prol da comunidade.⁹

Em que pese a argúcia e propriedade dos argumentos dos lentes citados, a usualidade secular da expressão tomou-a tão arraigada que dificilmente será transmutada¹⁰, pelo que utilizar-se-á daqui para frente a expressão **poder de polícia** na presente obra como sinônima de administração ordenadora – entendendo esta como a mais correta, mencionada brilhantemente que foi pelo eminente Carlos Ari Sundfeld¹¹ - e condicionadora, em todas as suas facetas, não olvidando-se os argumentos expendidos.

IV – DO FUNDAMENTO E DA RAZÃO

Podemos dizer, sem embargo de posições outras, que dos maiores pilares do Estado Democrático de Direito são os direitos de liberdade e de propriedade, com todos os seus desdobramentos. Eles representam o que há de mais louvado em termos de garantias individuais, dentro das concepções dessa espécie de Estado.

Inobstante, esses direitos, como de resto todos os outros, podem sofrer, em hipóteses específicas, limitações e condicionamentos, sempre com vistas a possibilitar o seu normal exercício por seus outros titulares e, em virtude disso, o próprio bem comum.

Poder-se-ia entender que isto seria uma negação da plenitude de tais direitos, uma vez que podem ser restringidos. Mas esse não é o caminho.

Em verdade, esses condicionamentos, que são feitos sob o pálio do bem comum, apenas reafirmam a preocupação do Poder Público em que todos os seus administrados possam usufruir de tais direitos.

É que, a não serem observados tratamentos peculiares, caso a caso, ocorreriam, com frequência, hipóteses de exercício desses direitos por uns que afrontariam direta ou indiretamente a sua fruição por outros.

Já disse o eminente Marcelo Caetano, com proficuidade, que “Numa sociedade onde cada um possa fazer tudo quanto lhe apeteça sem pensar nos

⁹ Ob. citada, pp. 487-488.

¹⁰ É como a utilização das expressões “Poderes Legislativo”, “Executivo” e “Judiciário”, quando os preceitos publicistas de há muito já verificaram tratar-se sim, de funções, e não poderes, elucidado que o poder estatal é o único.

¹¹ Em obras já mencionadas, p. 16, deixando claro que a utilização da expressão já havia sido feita na doutrina alemã, o que não obscurece a inteligência de seu emprego, fundamentado com especial percuciência.

interesses, nas necessidades, nos direitos dos outros não há liberdade. **Porque os mais fortes, menos escrupulosos, os mais poderosos oprimirão os que não lhes possam resistir.**”¹² (grifou-se)

Em assim sendo, para que seja mantido o equilíbrio do direito, possibilitando-lhe a todos, interfere a Administração Pública, em hipóteses justificadas, dentro da esfera jurídica do indivíduo.

E é essa potestade estatal que fundamenta as restrições impostas pelo Estado, tendo **sua razão de ser no interesse social**¹³, justificador da polia administrativa.

De observar que as restrições são feitas com base em lei. Se por vezes a própria lei já define a proibição, isso não quer dizer que o não detalhismo legal sobre como exercer o condicionamento do direito em determinada matéria empeça o exercício da limitação ordenadora.

Ora, como é cediço, é impossível ao legislador prever todas as vertentes e variantes da vida cotidiana, tanto mais para a atuação específica do administrador na esfera do particular. E é justamente por isso, quando a própria lei não preveja os modos do condicionamento ou a forma de atuar – ou seja, quando há vinculação -, exercer a atividade da maneira que melhor convenha ao interesse coletivo e aos primados regedores do direito público, observando os princípios que lhe são inerentes.

A isso de denomina discricionariedade.^{14, 15}

V – UM ADENDO SOBRE A NATUREZA JURIDICA DO PODER DE POLÍCIA

Em geral, atribui-se ao poder de polícia um caráter negativo, posto que tratar-se-ia de uma atividade voltada sempre a uma idéia de comportamento refreado por parte do administrador.

Entende-se que esse critério só seria útil enquanto servidor de referencial para a distinção entre o poder de polícia e o serviço público (visto que este consiste em um ofertamento de uma fruição ou utilidade, ou seja, uma atividade positiva).

Acrescenta-se, além disso, que este caráter restritivo – ou não – dependeria do ponto de vista de análise: ao estar-se evitando um

¹² Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, forense, 1977.

¹³ Nesse sentido Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 21 ed., Malheiros, p. 117.

¹⁴ O prestigiado Celso Antônio Bandeira de Mello, entretanto, prezando pelo cientificismo, fulmina a expressão “*poder de polícia discricionário*”, porquanto defende que, uma vez que existam hipóteses em que o administrador atue vinculadamente, por previsão legal minuciosa, impossível se tomar a expressividade do poder de polícia discricionário. Nesse ínterim, considera como correto falar em atos sobre a égide de competência discricionária do poder de polícia e atos vinculados (Vide seu Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Malheiros, p. 494).

¹⁵ Ver mais detalhes no capítulo sobre atributos do poder de polícia, principalmente sobre os limites a essa gama de escolha do administrador.

comportamento danoso à coletividade, na verdade, sob outro contexto, analogamente estar-se-ia construindo um patrimônio ideal, que seria o respeito aquela situação vergasta. E, *pari passu*, o que era negativo poderia ser positivo, sob outro espeque¹⁶.

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello, embora admita que o poder de polícia tem um sentido negativo ou positivo conforme o horizonte de análise, no que o considera na quase-totalidade¹⁷ dos casos, acaba por dar-nos o subsidio para o discrimen da questão, quando reporta-se às hipóteses previas nos arts. 5.º XXIII¹⁸, 189, § 4.º¹⁹, da Carta Política, como exceções a essa regra geral²⁰.

O poder de polícia é, na verdade, uma atividade voltada sempre para que se **evite** a prática de certa conduta prejudicial aos valores estabelecidos por uma dada comunidade.

Contudo, e isso tem de ser admitido, a Administração Pública transveste-se, não só de fiscalizadora prévia ou individual rejeitado pela ordem jurídica.

Nessa última hipótese, o Poder Público passa a sancionar e pode multar, embargar, interditar, demolir etc. Mas a intenção não é simplesmente reprimir a conduta do particular afrontosa **escopo de servir de exemplo para que outros indivíduos não ajam da mesma forma**, sob pena de incorrerem nas mesmas sanções, servindo-se disso o Estado para a preservação da ordem jurídica previamente estabelecida.

Se a *ratio essendi* do poder de polícia é evitar condutas desabonadoras (e positivas) da ordem previamente estabelecida, agindo sempre com esse propósito e exigindo do particular comportamentos abstencionistas, não há como entender nos exemplos constitucionais citados pelo jus-administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (o não cumprimento da função social da propriedade combinado com o desatendimento à política urbana como amparo para uma existência que entende o autor ser de um fazer, ensejando a atuação

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra já mencionada, cita como exemplo “As limitações ao direito de construir firmadas em favor de um objetivo urbanístico estético, tal a que favorece perspectivas e dimensões que embelezam uma área citadina, ou a que beneficia uma ‘perspectiva monumental’, visam não só salvar, mas, até mesmo, ‘construir’ um valor estético em benefício da cidade (...)” (p. 487-488).

¹⁷ Nos afigura plausível que o autor excepcionalmente a hipótese de condicionamento do uso da propriedade imobiliária, o que, *concessa venia*, discordamos, como adiante se explicará.

¹⁸ “(...) a propriedade atenderá a sua função social;”.

¹⁹ Verbis: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;”

²⁰ Ressalte-se que o publicista, ao conceituar o poder de polícia, deixou claro em seu conteúdo o dever de abstenção (*non facere*) – ob. Já referida, p. 494.

da polícia administrativa, sob a forma dos incisos I e II, do parágrafo 4.º, do art. 182, da Constituição Federal) um atuar positivo dos administrados.

A existência não é para que o particular atenda à política urbana. É sim, para que ele não a desatenda. Pode parecer a mesma coisa, mas entendemos que a negativa se impõe.

Se bem que para atender a política urbana terá o cidadão de obedecer as formas de utilização bastante previstas em lei – e esse agir do administrado é uma ação, portanto atitude positiva, mas um agir dentro dos limites legais -, não quer isso dizer que a existência seja de uma atitude positiva (um *facere*, como diz o preclaro autor), mas, sim, de um não desatendimento à norma legal (um **non facere**) – uma não-violação a dita norma.

O agir do administrado é mera decorrência, efeito, do traço negativista – leia-se abstencionista – da administração ordenadora. Dessarte, a atitude efetiva ou omissiva do particular é a forma de atender a conduta imposta pela polícia administrativa, que não se confunde com a exigência desta última de que o primeiro não descumpra os preceitos legais.

A não se entender desta maneira, considerar-se-ia, *exempli gratia*, que a exigência legal de que as reuniões públicas sejam pacíficas²¹ implicaria em um poder de polícia de conotação positiva, alvitando-se que reclamar-se-ia um comportamento pacífico por parte dos reunidos (um fazer, ou seja, um reunir-se pacificamente), ao invés de uma aglutinação de forma não aguerrida (um não-fazer, relativamente à qualquer espécie de violência).

De igual modo, a limitação legal de velocidade máxima no trânsito, uma vez de ter o motorista que respeitar tal disposição, a exigência legal passaria de um não-fazer (ou seja, deixar o particular de ultrapassar o limite legal de velocidade) para um fazer (sempre respeitar o limite legal da velocidade). O ser humano não é um autômato. Se for preciso, por acaso, ultrapassar o limite legal de velocidade para salvar uma vida? Então, nesse caso, estará caracterizado uma atitude positiva (ele realmente ultrapassou o limite legal). E só se fala em atitude positiva na medida em que essa reveste-se de importância, por ter sido praticado à margem da lei que estabelecia o limite, a partir de onde o indivíduo não poderia mais atuar (o *non facere* de que se falou), obrando portanto ilicitamente²², estando nesse ponto o interesse da Administração Pública.

Tal raciocínio é de ser entendido à luz do princípio da legalidade. De conotação restritiva para a Administração – que só pode fazer aquilo que a lei prevê – ele é ampliado em seu conteúdo para os particulares – **que podem fazer tudo o que a lei não proíba**²³. E é justamente da proscrição da lei que surge a obrigatoriedade da conduta absenteísta.

²¹ Art. 5.º, XVI, da Lex Magna.

²² Ainda que deva-se contrapesar o motivo que demandou a conduta ilícita.

²³ Art. 5º, inciso II, da Constituição Pátria: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Dito isso, deixamos claro o pensamento no sentido que **o poder de polícia é uma atividade eminentemente abstencionista, denotando sempre um não-fazer, ainda que a ordem legal possa se fazer observar por meio de atos materialmente positivos**²⁴.

VI – DO CONCEITO

Pó envolver uma variação gama de atuações e diversas razões de existência, é difícil a definição dessa atividade estatal – os conceitos dos institutos jurídicos primam pela falta de completitude, dada à intensa abstração característica à ciência do direito.

Nesse passo, é de clarificar-se a necessidade de contextualizar na formulação os traços peculiares ao exercício do poder de polícia: provir o mesmo da Administração Pública, ter como atingidos uma pessoa ou grupo de pessoas, ter razão de ser no interesse coletivo, fundar-se na lei, ser uma atividade que possibilite a efetivação do interesse público e estar legitimada pela obediência ao regime jurídico próprio da Administração Pública.

Assim, conceituamos poder de polícia como **a atividade do Poder Público, utilizando-se de sua supremacia e jungida sob o regime jurídico administrativo, tendente a limitar ou condicionar, impositivamente e sob as mais diversas formas, sob o alicerce da lei, direitos individuais à liberdade ou à propriedade, em proveito da hegemonia do interesse público maior.**

VII – MEIOS DE ATUAÇÃO

De início, ressalta-se que o poder de polícia não se coaduna especificamente com o moderno juízo de serviço público, na medida que, ao contrário daquele, que representa uma limitação ao particular, no último ocorre a prestação de uma utilidade ou fruição feita pelo Estado – direta ou indiretamente, ou, diversamente, mediante delegação, concessão ou permissão – ao particular.

Esclarecido esse ponto, indaga-se: **como podem ser as formas de atuação do Estado para exercer o Poder de Polícia?**

Como já dito anteriormente, os meios de atuação podem se dar através de **forma geral e abstrata** ou de **forma individualizada e concreta**.

Aquela se dá por meio dos atos normativos promanados do Legislativo (**leis**) e regulados pelo Executivo (**através de decretos, resoluções, portarias e instruções**). A *lex* definirá as situações a serem reguladas, as pessoas a

²⁴ No particular, concordamos com a feliz expressão do ilustre autor em comentário, quando diz que tais hipóteses são “mera aparência da obrigação de fazer” (ob. Citada, p. 489).

serem atingidas, o campo de atuação, os agentes públicos competentes e as sanções cabíveis.

Por óbvio que não é indispensável que a lei seja sempre casuísta quanto a isso, já que caberá ao Executivo – regulamentando a matéria, pelos meios normais: decretos, regulamentos, portarias etc. – e ao administrador competente complementar a eficácia da norma relativamente aos fins almejados, analisando casos e situações concretas, à medida que vão surgindo e com os quais já estejam acostumados a lidar, conhecimentos estes que estão fora da alçada do legislador.

A concretude e eficácia da norma limitadora só tem seu ápice quando possibilita pelos atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto. São as medidas preventivas (**fiscalização, vistoria, autorização etc.**) e repressivas (**interdição de atividade, embargo administrativo de obra, apreensão de mercadorias, aplicação de multas etc.**).²⁵

Nesse parâmetro, essas medidas podem ser as mais variadas possíveis, desde que obedeçam aos princípios da Administração Pública e que estejam, ao menos inteligíveis, dentro da lei ordenadora do comportamento do administrado.

VIII - CARACTERÍSTICAS OU ATRIBUTOS

O poder de polícia tem alguns caracteres que lhe ajudam a exercer com precisão e resultados os fins a que se propõe. E, justamente por isso, é que são ínsitos a todo ato de limitação ordenadora.

Tais são a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

A discricionariedade é a oportunidade dada ao administrador para que, dentro dos limites fixados em lei, tome determinada atitude em vista da situação real ensejadora da medida. Verifica-se que é dado ao agente público fazer a opção - desde que a nonna legalpenita e a situação exija - dentre outras possíveis.

Tal entendimento, no contexto em questão comentado sob o norte do saudoso Hely Lopes Meirelles - que defende em sua obra²⁶ uma discricionariedade que inspira um certo exagero de liberalidade permitido ao Administração -, ressaltados os aspectos dessa escolha como de livre arbítrio do administrador, parece-nos que deva ser vista com cuidado. É que ao administrador, na consecução de seu objetivo mor de servir aos cidadãos, não

²⁵ Carlos Ari Sundfeld fala, elaboradamente, fala em técnicas da administração ordenadora: a primeira seria a criação (por via de ato administrativo), de situação jurídica típica da vida privada; a segunda seria a regulação administrativa do exercício dos direitos titularizados pelos particulares, de modo a definir-lhes o perfil; a terceira seria o sacrifício; e a quarta e última seria a imposição, aos particulares, de deveres autônomos (Ob. Citada, pp. 26-27).

²⁶ Ob. citada, p. 120.

é dado escolher uma hipótese dentre as possíveis. Ele tem de escolher a melhor atitude a ser tomada, sob pena de prestação deficiente do serviço e de responsabilidade da Administração.

Cumprido destacar, além disso, que essa permissividade só é idônea quando a lei deixar margem para que ocorra a discricionariedade²⁷ administrativa. Com relevo, existem os atos vinculados, os quais não podem ser interpretados em face da situação fática. Em tais situações, a lei prevê a incidência e cabe ao Estado agir conforme determinado.

A doutrina²⁸ apresenta como exemplos clássicos, dirimidores da questão, os da licença e autorização.

Ocorre e entende-se que a licença é ato plenamente vinculado, já que preenchidos os requisitos legais exigíveis, tem o cidadão o direito inofismável ao benefício (por exemplo licença para construir).

Já a autorização é ato discricionário, situando-se que o Poder Público pode analisar, caso a caso, a conveniência ou não da sua expedição, tendo em vista o interesse público em questão. Nesse sentido é que deve o administrador sopesar a relevância do argumento do requerente para conceder o beneplácito invocado (o exemplo habitual é o da autorização para porte de arma).

Outro atributo é o da auto-executoriedade, que não é outra coisa senão a possibilidade de a Administração fazer cumprir suas determinações sem recorrer previamente ao Judiciário, utilizando-se de seus próprios meios.

Fala-se no desdobramento da auto-executoriedade em dois: a exigibilidade e a executoriedade. Aquela seria a atribuição dada à Administração para que suas decisões sejam exequíveis, independentemente de intervenção ao Judiciário. A outra quer dizer que, uma vez tomada a decisão executável, realizará a Administração diretamente, *sponte propria*, com as operações materiais necessárias, a medida limitadora ou condicionamento, usando, inclusive e se condizente com a situação, da força pública.

Não existe em todas as medidas de polícia. Tem de ser prevista em lei, ser a medida arrimada em relevante urgência não comportar a espera de um pronunciamento judicial - ou, também, não existir outra via de direito hábil a assegurar o interesse público.²⁹

A coercibilidade é a imposição coativa das medidas administrativas do poder de polícia. É intimamente ligado ao atributo da auto-executoriedade, posto que a esta pressupõe aquela. Pode ensejar inclusive o uso da força física.³⁰

²⁷ O insigne Celso Antônio Bandeira de Mello, como já se enfatizou, é expresso ao afirmar que inexistente um poder discricionário, mas sim, atos onde a Administração Pública exerce uma competência discricionária e atos onde os quais a atuação administrativa é totalmente vinculada (Ob. citada, p. 494).

²⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, obras já citadas.

²⁹ Ver mais detalhes nos capítulos XI e XII.

³⁰ *Idem*.

IX - POLÍCIA ADMINISTRATIVA E DE SEGURANÇA³¹⁻³² E ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES OUTRAS

O exercício do poder de polícia que o Estado exerce pode se dar sobre duas determinadas áreas: a penal e a não penal.

Diz-se que a polícia de segurança é repressiva, enquanto que a administrativa seria preventiva. Não procedem tais critérios de diferenciação.

É que a polícia administrativa tanto pode ter caráter preventivo (fiscalizando condições sanitárias de hospitais) como repressivo (ao interditar, por exemplo, esses hospitais por falta das condições de que já se falou).

As opiniões doutrinárias mais autorizadas já condenam esse trilhar³³ e aparenta-se mais correto distinguir tais espécies a partir do contexto jurídico em que se inserem.

A polícia de segurança visa a dar cumprimento ao direito público subjetivo do Estado de punir os infratores da esfera penal da ordem jurídica, ao passo que a interferência da polícia administrativa se dá sob a égide de matéria não-penal.

Outrossim, a polícia de segurança incide sobre pessoas, enquanto a administrativa sobre bens, direitos ou atividades.³⁴ Aquela é privativa de corporações (Polícia Militar ou Civil) enquanto a última é ínsita à Administração como um todo.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que a polícia de segurança rege-se pelas leis processuais penais! são passo que a administrativa é conduzida pelas normas administrativas.³⁵

Ademais disso, a polícia Judiciária ostensiva pode se revestir do papel de polícia administrativa³⁶, em atribuição dispare, mas complementar, da que

³¹Embora a maioria dos administrativistas utilizem-se da expressão polícia judiciária como sinônima de polícia de segurança, achamos por bem - e em respeito ao devido situamento dos conceitos e institutos jurídicos - empregar a última, pois, com acuidade e à luz da ordem jurídica estatuída pela atual Carta Política, constitucionalistas do escol de José Afonso da Silva (em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, 9.ª ed., Malheiros, p. 658), tratam do tema, e situam a polícia judiciária como espécie do gênero polícia de segurança. Ao nosso estudo, interessa o conteúdo e atribuições da polícia de segurança.

³² A polícia de segurança se divide em duas: a ostensiva e a judiciária. A primeira, *ope legis* (art. 144, § 5., da Constituição Federal), via de regra é executada pelas polícias militares, a quem cabe a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. A polícia civil, cabe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária (que tem por objetivo as ações de investigação, apuração de infrações penais e indicação de sua autoria). As duas, com constância, se confundem na prática. Muitas vezes a Polícia Militar assume o encargo de polícia judiciária. Deveras, há cormitos sérios entre as duas corporações (até confrontos armados), fazendo-se mister uma maior diferenciação, ou quem sabe uma junção (à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo). O tema deve ser analisado com pertinência e brevidade. Para maiores detalhes ver José Afonso da Silva, ob. e p. citadas.

³³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello (citando Rolland), obs. citadas, pp. 96 e 491, respectivamente.

³⁴ Cfr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, obs. citadas, pp. 96 e 115, respectivamente

³⁵ Ob. citada, p. 492. Ver nota seguinte, fundada nesse válido e apropriado raciocínio.

³⁶ Por exemplo, a dissolução, pacífica e sem resistência, de um comício ou de uma passeata (atividade que se considera tipicamente de polícia administrativa, cfr. Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. citada, p. 491), que de alguma forma esteja afrontando ao interesse público, há de ser feita, normalmente, pela Polícia Militar (responsável pela polícia de segurança ostensiva e de preservação da ordem pública e também porque não vislumbremos outra espécie de agente público ou órgão a praticar tal atitude, à exceção lógica da Polícia Civil e das Forças Armadas). Se não ocorre confronto, nem eventuais beligerâncias, nem muito menos casuais prisões, é de se reconhecer a atividade preponderantemente, senão excludentemente, de polícia administrativa efetuada pela Polícia Militar. Só se caracterizaria como

lhe é ínsita.

Tendo em mente a área sobre a qual será exercido o poder de polícia, costuma-se-lhe nominar detalhisticamente. Assim, seria polícia sanitária, polícia de tráfego, polícia florestal, polícia do consumidor, polícia dos logradouros públicos etc.

Feitas essas considerações, passemos ao comento do crescimento das atividades de polícia administrativa do Estado.

X - DA EXTENSÃO DO PODER ESTATAL CONDICIONADOR

Com o desenvolvimento da sociedade, a teor de suas inúmeras relações de interdependência entre os indivíduos, aumenta, consideravelmente o campo de atuação estatal, no intuito de reger os direitos dos particulares para a graça de uma coletividade³⁷.

Direitos que antes não eram condicionados passam a sê-lo, quando passa a entender-se como necessário. É a predominância da idéia do Estado Social, em que o todo prevalece sobre a parte.

Hipóteses de incidência de atuação do poder de polícia são a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle das publicações, a segurança das construções e dos transportes, a segurança nacional, o atendimento a um projeto arquitetônico e urbanístico específico de determinada área, o resguardo da ordem pública, o próprio atendimento da função social da propriedade, o policiamento das atitudes nocivas ao consumidor, entre muitas outras.

Bem assim, atividades antes não sujeitas a nenhuma fiscalização mais efetiva passam a ser melhor controladas e policiadas³⁸, pelo que acreditamos piamente que a tendência é de que o Estado hodierno passe a interferir cada vez mais em áreas onde antes não se fazia presente, desde que sempre, ressalte-se, sobre o império da lei³⁹, nos casos e forma que ela permitir, e baseado em interesse social relevante.

XI - DOS LIMITES À ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA

Depois das anteriores e esclarecedoras considerações, adentraremos no ponto crucial deste estudo: qual o limiar do poder de polícia? Até onde ele

polícia de segurança quando ocorresse a Infringência a tipo penal (por exemplo, dos arts. 329 - resistência -, 330 - desobediência - e 331 - desacato - do Estatuto Repressor Criminal, ou dos arts. 42 e 65, da Lei das Contravenções Penais). ensejando eventuais detenções, ou seja, quando houvesse atitudes enquadráveis e submetidas às leis penais e processuais penais.

³⁷ Aliás, Carlos Ari Sundfeld, em sua obra mencionada diz, com propriedade: "No entanto, silo raros hoje em dia os setores não regulamentados pelo Estado. Cada vez mais a lei se ocupa em disciplinar diretamente as vatiadas facetas da vida privada" (p. 21).

³⁸ A titulo de exemplo, os recentes escândalos envolvendo instituições bancárias brasileiras, que serviram de alerta para a sociedade e para o Governo, sobre a imperiosidade de se fiscalizar determinados direitos (os das ditas instituições atuarem no sistema financeiro) sobre "*rédeas curtas*", sob pena de gravame econômico público de monta e descrédito da atuação do Poder Público quanto a determinados setores (*Por que o Poder Público, por meio de sua pollela administrativa, nilo funcionou em tais situações, quando funciona tio bem em outras?..*).

³⁹ o principio da legalidade é de primordial importância no presente contexto, já que, sabe-se, toda atividade administrativa ordenadora deve ser feita nos estritos termos da lei, sob pena de desvio de finalidade e conseqüente Inatendimento à sua função social, além de, essencialmente, responsabilidade ela Administração.

pode ir? Pode, inclusive, desconsiderar as garantias fundamentais do particular?

O problema é que, com o acréscimo à área de abrangência da ingerência estatal nos direitos dos indivíduos, toma-se essencial estabelecer-se limites precisos.

Esse delineamento, não pode deixar de ser feito, ou escancarar-se-á por demais a seara das injunções gerenciadoras estatais. O Poder do Estado, a não ser limitado, pode constituir-se em um gigantismo sem igual, de vez que veria engrandecer em proporções assustadoras se não contido.

O Estado ver-se-ia - e esta, como dissemos, é a tendência - sempre na possibilidade de limitar, fiscalizar etc, ao talante da Administração em vigor e dos que a fazem.

Nem se diga que esse assoberbamento estatal seria impossível porquanto as hipóteses de condicionamentos da liberdade e da propriedade devam ser previstos expressamente em lei.

Muitas das vezes, conquanto essa interpretação deva ser ampliativa apenas e tão somente na medida do necessário, surge a atividade ordenadora da prosaica análise da norma, ainda quando esta não preveja diretamente essa atuação, senão a partir de uma correta indução.

Exemplo rico da doutrina autorizada é o do inciso XVI, do art. 5.º, da Constituição Federal, que diz que *"todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao públicos, independentemente de autorização, desde que nisso frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente"*.

Da letra fria da lei podemos aviar cinco requisitos para tal reunião pública: 1.' a reunião ser pacífica; 2.' não ocorrer a presença de armas; 3.' ser o local aberto; 4.' não frustrar outra reunião anteriormente convocada para o local; e 5.' prévio aviso à autoridade competente.

Pela análise, *prima facie*, normal se pensar que o simples atendimento desses requisitos seja suficiente à caracterização de tal direito. Mas, e se o local aberto for vizinho a um hospital ou a uma escola, por exemplo?

Denota-se que, à primeira vista, pensamos o atuar da administração ordenadora somente quando a reunião não for pacífica, ou houver a presença de armas, ou, derradeiramente, que esteja frustrando outra reunião anteriormente convocada, hipóteses em que a reunião pode ser dissolvida. Então, como conciliar isso, nos casos em que mencionamos, de espaços públicos próximos a hospitais ou escolas?

Ai também será o caso de atuação da polícia administrativa⁴⁰, uma vez que o interesse social salta aos olhos (o silêncio lógico a ser observado, que é inerente a essas áreas, por diversas razões), mas não decorre esse atuar da previsão legal, e sim de sua confrontação com uma situação fática, pois a própria sociedade estabelece parâmetros que devem ser obedecidos, por ser de regra social comum.

Dito tudo isso para que verifiquemos a impossibilidade de se entender que o poder condicionador do Estado está controlado - só por só - já que adstrito ao princípio da legalidade. Esse pensamento é simplista e insuficiente.

Por isso, forçoso se faz estabelecer outras formas de controle desta

⁴⁰ Sem prejuízo da atuação da polícia de segurança. Compulsar anterior nota 36.

atividade regradora do Estado, sob pena de seu engrandecimento imotivado e arbitrário, prejudicando os próprios direitos que intenta preservar⁴¹.

Rectius, melhor controle desta atividade se dá a partir da observância precisa de três regras básicas, que nos aponta com muita percuciência Maria Sylvia Zanella Di Pietro: a necessidade, a proporcionalidade e a eficácia⁴².

Pela primeira, só se dará a intervenção da polícia administrativa em casos de real necessidade, em que sua atuação seja inevitável. Assim, não pode o administrador utilizar de seu poder de executor das leis sem que as mesmas tenham sido descumpridas nem que haja uma ameaça iminente a interesse público. Nem se for possível a utilização de uma medida outra, administrativa ou judicial, inatingidora ou menos afrontosa ao direito individual e igualmente eficiente para tutelar o Interesse público objetivado. Do exemplo que foi citado anteriormente, se a reunião atendia aos requisitos legais e não obstava nenhum outro Interesse coletivo, não há porque Intervir a Administração para dissolvê-la.

A proporcionalidade é a intensidade da medida tomada, relativamente à sua imprescindibilidade, para evitar a situação que lhe é ensejadora. *Exempli gratia*, quando a Administração demole uma construção, quando poderia ter apenas interditado.

Já a eficácia é a propriedade de utilização da medida, de forma a que seja apta a impedir o dano ao interesse público. É o caso de uma *blitz* feita com vistas a evitar acidentes, em que só são fiscalizadas as habilitações dos motoristas, não cuidando a Administração do estado dos veículos.

Nesse prospecto é que sempre que o exercício da polícia administrativa não se coadunar com tais regras mínimas a serem observadas, estará fugindo de sua alçada de competência, sujeitando-se a responder a Administração Pública.

A tais premissas, acrescentaríamos a observância rigorosa da legalidade⁴³, da hegemonia do interesse público (dos administrados e não do administrador) e da subsunção ao regime jurídico de direito administrativo. Apesar de estarem previstas constitucionalmente para toda a Administração Pública⁴⁴, é sempre bom ressaltar sua importância para o *interessesub examine*.

⁴¹ No mais das vezes, sobretudo em um país que até bem pouco tempo vivia sob os auspícios de uma ditadura, temos de ter bastante cuidado em definir, ou ao menos delimitar, certos fundamentos que podem ensejar a atuação do Estado junto à esfera jurídica dos administrados, tolhendo-lhes determinados direitos - quem já não ouviu falar em "razões de segurança nacional": o Golpe Militar de 1964 (alguns militares falam em revolução), os atos institucionais, a Emenda Constitucional de 1969, 8S covardes torturas aos presos políticos, todos esses elementos vergonhosos do nosso passado histórico vigeram sob essa égide -. É o caso do *"interesse social*. Com razão, ele deve ser realmente social, e não dos que fazem o poder. Por isso que se propõe essa obra a possibilitar meios de controle da polícia administrativa.

⁴² Ob. citada, p. 100.

⁴³ 43 Até porque *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV, da Lei Básica

⁴⁴ *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (...)* (art. 37, *caput*, da mencionada lei).

Prega-se, de outro modo, a necessidade das condições de validade do ato de polícia que são a competência, a finalidade, a forma, a proporcionalidade da sanção - de que já se falou e a legalidade dos meios empregados.⁴⁵

Para o controle efetivo dos abusos cometidos no exercício da polícia administrativa é de especial importância a análise, pelo Poder Judiciário, da atividade praticada em face do caso concreto.

Será de vital importância que o julgador verifique as situações que lhe sejam apresentadas, não só como forma de responsabilização do Estado, mas como linha de raciocínio a ser seguida, ou ao menos definindo liames para que sejam evitadas⁴⁶ certas situações pelo administrador.⁴⁷ É a expressão constitucional do princípio da não exclusão da apreciação pelo Judiciário, dos mais importantes da nossa Constituição Cidadã e que serve como arma de grosso calibre contra os abusos do exercício da atividade limitadora do Estado.

XII - AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INATACÁVEIS

Consoante já dito à exaustão, cinge-se o poder ordenador do Estado em dois específicos âmbitos: o do direito à liberdade e o do direito à propriedade.

Tais direitos são alçados, pela vigente ordem constitucional, à categoria de garantias (leia-se direitos) fundamentais do cidadão.⁴⁸ Com efeito, estão previstos no Título II, da Carta Política, sob o cognome "*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*".⁴⁹ Depreende-se daí a importância com

⁴⁵ Hely Lopes Meirelles, ob. citada, pp. 124-125.

⁴⁶ Aqui, no Estado do Rio Grande do Norte, um exemplo particular dá-nos a idéia.

A cobrança antecipada do ICMS de determinadas mercadorias estava acarretando apreensões das mesmas pela Fiscalização Tributária, em face da recusa dos comerciantes em proceder ao pagamento antecipado do dito imposto. Seguiu-se que estabelecimentos comerciais de diferentes ramos demandaram o Estado (ou seus agentes, por meio de mandados de segurança), provocando decisões em que, pela análise da legalidade ou não da medida (cobrança antecipada), e ainda em face da apreensão da mercadoria, norteou o Judiciário o comportamento administrativo adequado (ou seja, que poderia haver cobrança antecipada, autorizada pela Emenda Constitucional n.º 03, mas estava proscria a apreensão da mercadoria pela recusa em pagar o tributo devido - em observância e obséquio à Súmula 323, do STF: "*E: inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*").

Em sendo assim, medidas idênticas a serem tomadas em situação já analisadas anteriormente (a apreensão das mercadorias, quando os Pretórios já consolidaram o entendimento em contrário) ensejam a responsabilidade estatal, por não estarem legitimadas tais medidas (a apreensão), a despeito de regulamentação específica permissiva da antecipação tributária. Nesses casos, se atenta contra o princípio da supremacia do Interesse público (decisões reiteradas do Judiciário em igual sentido, causando situações de conflito indesejáveis entre Administração e administrados), em prol do que podemos chamar de *supremacia do Interesse da Administração*.

⁴⁷ logicamente não está se propondo o rechaçamento do livre pensar do administrador quanto à atuação que entenda melhormente adequada à política governamental (o mérito administrativo). O que acontece é que, se esse livre mérito exorbitar de sua esfera, invadindo direitos de outrem (na espécie, dos administrados), sempre e sempre deverá o ato administrativo submeter-se ao crivo do Judiciário, pois a ele cabe o resguardo a qualquer lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV, da nossa Carta Política).

⁴⁸ Art. 5º. Todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

⁴⁹ Não quer isso dizer que não existam garantias individuais fundamentais em outras disposições constitucionais, pelo contrário, ressalte-se a nossa posição inteiramente favorável. Aliás, é essa a inteligência do § 2º, do art. 5º. Vide, v.g., os direitos à educação (art. 205), à saúde (art. 196), aos

que se revestem em uma sociedade de cunho democrático como a nossa.

Então, pergunta-se: pode a polícia administrativa invadir esta redoma de direitos dos cidadão, sob o fundamento do bem público maior?

A teor do § 1.º, do art. 5.º, da Constituição Federal, que garante a auto-aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, entendemos que alguns deles, mesmo sob o lastro da preponderância do interesse público, não podem ser ignorados.

A partir de uma interpretação sistêmico-finalística, podemos avaliar alguns direitos, os quais o sistema e a moderna compreensão preponderante no mundo do direito, têm como inatingíveis.

É que, como é notório, a nossa *Lex Magna* foi promulgada sob um clima de democracia incipiente, recém-saída de uma ditadura de 30 anos, em que todos os direitos e garantias individuais foram exacerbadamente diminuídos, quando não extintos.

Inspirados então nesse paradigma negro da nossa história, quis o legislador constituinte lapidar, com todo o cuidado e dando-lhes especial ênfase⁵⁰, tais direitos e garantias fundamentais, com vistas a evitar eventuais retrocessos em nossa ordem.

Volvemo-nos à auto-aplicabilidade, de lembrar-se que o comando do § 1.º, do art. 5.º, não é, em hipótese alguma, absoluto.

Pode-se observar que algumas das garantias não foram delimitadas, porque o próprio constituinte deixou para que o legislador ordinário assim o fizesse⁵¹. De notar que algumas delas, em que pese a exigência constitucionalmente prevista de regulamentação da matéria, são, contrariamente à exegese da norma, auto-aplicáveis⁵².

Dito isso, analisemos um caso concreto que tomaremos como padrão, a servir para os demais.

Quando dos preliminares devaneios sobre o poder de polícia, surgiu-

benefícios da previdência (art' 201) e da assistência social (art. 203) etc. Bem assim, a possibilidade de o Brasil vir a ser signatário de tratado internacional estabelecendo outras garantias (ver, a respeito, a dispensa sem justa causa e a sua vedação pela Convenção n.o 158, da Organização Intencional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e recentemente denunciada).

⁵⁰ Nossa Carta Política, por sinal, é de um casuísmo impar.

⁵¹ Vejamos algumas hipóteses: a escuta telefônica, só recentemente regulamentada (inciso XII, art' SO); o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais a serem estabelecidas em lei (inciso XIII); a criação de associações (inciso XVIII); as desapropriações por necessidade ou utilidade pública (inciso XXIV); a definição da pequena propriedade rural (inciso XXVI); a flexão de prazo para utilização, reprodução ou publicação, com exclusividade, de obras de autores por seus herdeiros (inciso XXVII); a proteção à participação individual em obras coletivas e a reprodução da imagem e voz humanas, inclusive em atividades desportivas e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou participarem os criadores, interpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (inciso XXVIII, alíneas "a" e "b"); os privilégios de inventos, marcas e patentes, bem como sua proteção (inciso XXIX); a defesa do consumidor (inciso XXXII); a regulação da individualização do valor das penas (inciso XL VI); a extradição por envolvimento de estrangeiro em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (inciso LI); as restrições à identificação criminal do civilmente identificado (inciso LVIII); ou, por último, a restrição a publicidade dos atos processuais (inciso LX).

⁵² 52 Por exemplo, a escuta telefônica (inciso XII) só pôde ser usada a partir da recente edição da lei específica - por invadir a intimidade do indivíduo e por afrontar o inciso LVI -, mas o exercício da profissão, por seu turno, não poderia ser obstado por ausência de regulamentação legal - o direito ao trabalho, previsto no art. 6., faz-se mister - até porque não interessa ao Estado incentivar o ócio ou dificultar o exercício de atividades produtivas. Outro exemplo de peso é o do mandado de injunção (inciso LXXI).

nos a seguinte indagação: pode a polícia administrativa invadir, a bem do interesse coletivo, a garantia esculpida no inciso XI, do art. 5.º, da Carta Constitucional (inviolabilidade da residência), fora das hipóteses expressamente previstas naquele dispositivo?

Como sabemos, foi dado especial realce a essa garantia fundamental. Trata-se, sem dúvida, de defender um conjunto de direitos básicos do cidadão: a propriedade, liberdade, intimidade e vida privada (art. 5.º, *caput*, e inciso X).

Quis afastar-se qualquer possibilidade das malditas e repugnantes invasões da polícia de segurança nos lares dos indivíduos, a qualquer hora do dia ou da noite⁵³, só sendo permitida a entrada sem consentimento no lar de outrem em casos de flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.

O flagrante é, a grosso modo, a situação continuada de perseguição a um crime recém-praticado. O desastre é a situação anormal, causada, em regra, por força da natureza, ensejadora de uma maior solidariedade entre os indivíduos.⁵⁴ Prestar socorro seria quando alguém estivesse em situação emergencial⁵⁵.

Dessas, verifica-se que o próprio constituinte deixou claras as situações em que entende possível a invasão do domicílio, expressando quando a supremacia do interesse público suplanta o interesse particular.

Ademais disso, exige que as outras hipóteses de penetração deverão ser feitas com autorização judicial, e somente durante o dia (inclusive na seara penal - excetuando-se o flagrante delito, é o caso da prisão preventiva, provisória etc -, em que o *Jus puniendi*, por ser do maior valor para o Estado, representante que é da manutenção da ordem, reveste-se de grande importância e de supremo interesse público, mas, bem assim, deve ser precedida da referida autorização). Não excluiu outras formas de acesso ao lar de outrem sem o devido consentimento do proprietário, apenas condicionou tal invasão à prévia autorização judicial.

Essa norma é dirigida precipuamente a quem? Ao particular? Não. Ao Poder Público? Igualmente não. Ela é uma regra *erga omnes*⁵⁶. Todos devem observá-la, inclusive a Administração Pública.

É que, como já dito anteriormente, a não ser assim, abrir-se-ia para o Estado um leque infundável de opções de invadir a esfera do indivíduo⁵⁷. A norma foi erigida - ainda que se diga sob as nuances de dado momento histórico -, não sob o pretexto de defender direitos individuais simplesmente,

⁵³ Lamentavelmente, esta realidade ainda está vergonhosamente presente em nosso meio, sobretudo quando se trata de perseguir indivíduos com menor poder aquisitivo ou prestígio político.

⁵⁴ Seria o caso de um desastre de avião, de um terremoto etc, em que a invado fosse essencial para socorrer pessoas.

⁵⁵ Imaginamos a hipótese de alguém acometido de enfermidade ou acidentado, em que a prestação de assistência necessite, por exemplo, de água, por uma ou outra razão, e apenas na casa a ser invadida fosse possível obter tal recurso. Logicamente, da mesma forma é legítimável a Invado para prestação de socorro a quem esteja dentro da casa.

⁵⁶ "A proteção dirige-se basicamente contra as autoridades. Visa impedir que estas invadam o lar. Mas também se dirige aos particulares. O crime de violação de domicílio tem por objeto tomar eficaz a regra da inviolabilidade do domicílio." José Afonso da Silva, ob. citada, p. 382.

⁵⁷ É a necessidade de impedir o gigantismo de interferência do Estado relativamente aos cidadãos. Ver a respeito, nota 38.

mas direitos que a própria ordem jurídica estabeleceu como prioritários, por entender que, em sendo estes respeitados, concomitantemente garantida estaria a prevaência do interesse público-mor (representada pela importância e pela magnitude de uma Assembléia Constituinte)⁵⁸. Servimo-nos das palavras do insigne Raul Machado Horta:

*"A supressão das liberdades, de forma ostensiva, e a recusa de sua vigência, de forma oblíqua, convertem freqüentemente as normas supremas da Constituição em regras nominais e ineficazes, em textos semânticos, dotados de efeitos puramente decorativos"*⁵⁹.

É provável que se pense situações outras em que o interesse público seja manifesto, e estaria ameaçado frente a esse freio à auto-executoriedade do poder de polícia. Seria, v.g., o caso de possibilidade de epidemia de doenças.

Mas, não estaria justificada a invasão do domicílio de indivíduos pela polícia sanitária, ainda que fundada, por exemplo, em receio de que a casa seja um foco da epidemia. Não se iguala esta situação singular a nenhuma daquelas do inciso XI, e não pode a polícia administrativa, sob o arrimo do interesse coletivo, invadir a esfera juridicamente e constitucionalmente prevista do indivíduo, sob pena de responsabilidade da Administração Pública.

Pode-se pensar, por outra maneira, no número de vidas a serem salvas. Esse argumento é bastante sedutor, mas não procede.

É que já existem procedimentos institucionalmente previstos, que conjugados com o interesse público de que se fala, permitem o condicionamento eficaz à garantia individual: são os casos de calamidade pública, de emergência, de estado de defesa e de sítio.

Aí sim, em tais situações, legitimamente definidas e tomadas públicas, entendemos passível a limitação das garantias fundamentais. Sem sobressaltos, a calamidade pública e o estado de emergência são rotineiros em nosso país - secas e enchentes são uma constante -, e por provirem de decretos da administração - portanto, não sujeitos a tramites legislativos por vezes demorados -, não demandam maior tempo para se tomarem consubstanciados, sendo perfeitamente viáveis como fundamento ao sacrifício dos direitos individuais constitucionalmente previstos.

Se a situação não justificar tal providência extrema, é o caso de recorrer-se a uma medida judicial específica. Nem se coloque o mau funcionamento do Judiciário como argumento contra. Nós sabemos todos como ele se presta, e bem⁶⁰, a preservar, com especial celeridade e preciosismo, os interesses públicos (que são indisponíveis).

Mutatis mutandis, estendemos nosso modesto pensar a todas as garantias e direitos constitucionalmente previstos, desde que estes sejam normas de ordem cogente, auto-aplicáveis ou que não demandem regulamentação para vigorarem e que não impliquem em nenhuma

⁵⁸ *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.* (ar!. 1º, § único, da Constituição Federal pátria).

⁵⁹ Estudos de Direito Constitucional, Dei Rey, p. 263.

⁶⁰ Considere-se. como sustentáculo da nossa afirmação. o grau de bastante razoável eficiência das Varas Estaduais da Fazenda Pública - em confronto com a situação lastimável das outras. Bem assim a nossa Justiça Federal.

interpretação diferenciada da do texto constitucional.⁶¹

XIII - CONCLUSÃO

Finalizamos nosso breve estudo deixando evidente a nossa posição contra a ilimitada extensão do poder limitador do Estado, de forma a atingir direitos e garantias fundamentais previstas constitucionalmente.

Não se está contra a intervenção do Poder Público para a consecução dos interesses da sociedade como um todo. a que se quer evitar é, justamente, o desvirtuamento desse poder.

A poder assombra, seduz e corrompe, e exige, em igual proporção, uma carga de responsabilidade bastante para que seja exercido. Com ênfase, para que não cheguemos a uma situação a qual seja impossível contê-lo, já que o poder administrativo ordenador tem estado cada vez mais presente, é que devemos garantir as formas de limitação, de racionalização e de normal operacionalização.

Se, no mais das vezes, a expressão "*atuar da Administração Pública*" significasse a elevação e a sublimação do interesse público, seriam infundadas nossas convicções. Mas, é freqüente a confusão de interesses da Administração com os do administrador.

É ponto pacífico - e inteiramente justo e pertinente - a insatisfação, hoje em dia, com a qualidade, a confiança, e os valores que orientam as atividades estatais, ainda que vejamos, com alvissaras, que a situação tem apresentado melhoras.

A atividade ordenadora estatal é imprescindível, senão a coletividade vir-se-ia em um caos, ocasionado pelo ilimitado exercício dos direitos individuais (liberdade e propriedade), mas é igualmente mister que essa atividade seja acompanhada e fiscalizada. a sistema legal dá ao cidadão alguns meios de controle (a apreciação pelo Judiciário é o principal deles) e define restrições para que a administração ordenadora não veja seu campo de atuação indefinidamente expandido (os direitos e garantias fundamentais).

Ao particular, afetado em seus direitos, cabe empreender essa contínua e necessária luta pelo que é seu, sob pena de prejuízos posteriores de bem mais considerável relevância, pois "*A conquista e a defesa dos direitos individuais silo uma tarefa diária, um esforço de todas as horas.*"⁶²

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 18 ed., Forense, 1977.

⁶¹ Outras hipóteses cabíveis - abstraindo-nos de uma análise com maior afinco, pela estreiteza do presente estudo -, são: a inviolabilidade do sigilo da correspondência (inciso XII); as reuniões que atendam aos ditames constitucionais (inciso XVI); a utilização de propriedade particular por autoridade competente, somente e só nos casos de iminente perigo público (inciso XXV); a impossibilidade de se exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, salvo o registro no órgão competente (inciso I, ar! 8º) etc.

⁶² Raul Machado Horta, ob. mencionada, p. 264.

CARLETTI, Amilcare. Dicionário de Latim Forense, 3.ª ed., Leud, 1990.
Constituição da República do Brasil, Manuais de Legislação Atlas, Editora Atlas, 2.ª ed., 1993.
CRETELLA Júnior, José. Tratado de Direito Administrativo, Volume V, Forense.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado, 3.ª ed., Renovar.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 68 ed., Ed. Atlas, 1996.
HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional, Editora Dei Rey.
MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 21 ed., Malheiros Editores, 1996.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., Malheiros Editores, 1996.
Repertório de Expressões Latinas e Estrangeiras de Uso Mais Frequente no Foro (Colaboração do Juiz Federal Magnus da Costa Delgado/18 Vara - RN), Revista Teia Jurídica, editada pelo Juiz Lázaro Guimarães (<http://bbs.elogica.com.br/usersllaguimar/express.htm>).

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 98 ed., Malheiros Editores, 1993.
SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador, Malheiros Editores, 1993.

PODE UM ATO ADMINISTRATIVO SER TOTALMENTE DISCRICIONÁRIO?

THEMIS LOPES DA COSTA

FERREIRA

ACADÊMICA DO CURSO DE DIREITO/UFRN – 9º

PERIODO

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO - II PRINCÍPIO DE LEGALIDADE - III. DISCRICIONARIEDADE – III.1. INTRODUÇÃO – IV. FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE – V. NATUREZA DA DISCRICIONARIEDADE – VI. LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE – VII. PODE UM ATO SER TOTALMENTE DISCRICIONÁRIO? – VIII. CONCLUSÃO – IX. BIBLIOGRAFIA.

I – INTRODUÇÃO

A proposta do trabalho que ora apresentamos é refletir sobre um dos temas mais instigantes do Direito Administrativo, qual seja, a discricionariedade. Sem dúvida, a matéria é sobre posse feraz em controvérsias, necessitando, por isto, de um estudo mais aprofundado.

Objetivamos fornecer subsídios para que se possa ter uma noção sobre a discricionariedade administrativa, enfatizando os aspectos mais importantes acerca dela. Com intuito de alcançar tal desiderato, tomamos como alicerce opiniões e entendimentos de alguns conhecedores do assunto, capazes de nos ajudar nessa tarefa. Tentaremos fornecer ao leitor uma satisfatória visão desta discricionariedade e de toda a problemática que a envolve.

Preambularmente discorreremos sobre o princípio da legalidade, devido a relevância que tem ele no estudo sobre a discricionariedade – que advém deste princípio.

Adiante, passaremos a tratar da discricionariedade em si, abordando temas como a sua natureza, fundamentos, limites e a possibilidade de existir ou não um ato que possa ser considerado discricionário na sua totalidade, apresentando algumas posições doutrinárias acerca da questão.

É pois com o propósito de mostrar a atuação da Administração Pública sob o manto da discricionariedade, e, se esta pode ser total, que desenvolvemos este trabalho.

II – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Os dois princípios fundamentais decorrentes da bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os **princípios da supremacia do interesse público sobre o particular** e o **da legalidade**,

não sendo estes específicos da Administração uma vez que regem todos os ramos do Direito Público. Mas são portanto tais princípios, essenciais, pois significam eles alicerces para demais.

Propomo-nos, no entanto, a detenção ao segundo princípio, pois é este capital para a configuração do regime jurídico administrativo, já que é específico do Estado de Direito, de forma a qualificar-lhe e dar-lhe identidade própria. Daí a importância de estudá-lo com alguma detença, a fim de chegarmos a um melhor entendimento sobre o assunto.

O princípio da legalidade é “princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o direito administrativo nasce com o Estado de Direito, sendo uma consequência dele”¹.

De acordo, então, com ele a Administração só poderá fazer o que for permitido por lei, o inverso do que ocorre no âmbito das relações com os particulares, no qual poderá ser feito tudo o que a lei não proibir, sendo aplicável o princípio da autonomia da vontade.

É consagrada, em assim sendo, a idéia de que a Administração Pública só poderá exercitar-se em conformidade com a norma jurídica, não podendo através de simples atos administrativos conceder direitos de qualquer espécie, impor vedações ou criar obrigações aos administrados, dependendo para tanto da lei. Só poderá agir em obediência à lei, a fim de bem cumprir as finalidades objetivadas pela ordenação normativa.

O princípio, ora tratado, assenta-se no Brasil na própria estrutura do Estado de Direito, e do sistema constitucional como um todo, estando disposto especificamente no artigo 5º, II, 37, e 84, IV, da Magna Carta. Confere estes dispositivos ao princípio em causa, uma estrutura rigorosa e estrita.

A legitimidade de um ato administrativo dependerá da condição deste ter sido praticado embasado em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo, sendo insuficiente apenas o fato de não ofender a lei. Assim esclarece o Professor Celso Antônio de Mello.²

A legalidade, no entanto, a que está submetida a Administração jamais poderá significar um empecilho ao funcionamento desta. A rigidez da lei representa para os cidadãos uma garantia, devendo por isto, o Poder Público a ela se amoldar.

O quadro de objetividade criado pela lei, no qual movimentam-se os sujeitos de direito, apresenta um grau que varia.

A dizer: toda e qualquer situação jurídica encontra um limite à liberdade de um sujeito. Liberdade esta que variará, sendo mais ou menos ampla, de acordo com as orientações dos dispositivos que regem a espécie.

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. 8ª.ed. p.56.

² Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial, RDP 32/18, p.19.

A liberdade da Administração vicejará no “interior das fronteiras advindas da dicção legal”.³

III – DA DISCRICIONARIEDADE

III.1 – INTRODUÇÃO

Necessário se faz começarmos a discorrer este assunto lembrando algo bastante conhecido, e enfatizado no tópico anterior. A Administração atua sempre sobre arrimo legal. Ao contrário do que ocorre no Direito Privado, no qual tudo que a lei não vedar, poderá ser feito o Poder Público, no Direito Administrativo, somente poderá fazer o que lhe for permitido por lei, isto é, a atividade administrativa é subsumida à lei.

Às vezes, a lei deixa ao administrador uma certa liberdade, para valorar subjetivamente, uma vez que não pode prever e disciplinar todos os casos práticos de incidência, e em algumas ocasiões ocorre a utilização de noções vagas da norma, surgindo aí a discricionariedade.

Os atos discricionários são aqueles em que age o administrador com certa margem de escolha, apreciando subjetivamente, sopesando os critérios de convivência e oportunidade, e decidindo, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da norma,

O oposto ocorre com os fatos vinculados, nos quais não resta ao administrador margem alguma de liberdade, posto que a lei determina com rigor e objetividade o comportamento da Administração diante de certa situação fática, prefigurada antecipadamente. Segue, então, o ato vinculado com rigorosidade o disposto da norma, não havendo para o administrador espaço para juízos subjetivos.

Ainda no que concerne a ação discricionária, ocorrerá esta, quando a lei possibilitar, isto é, legitimar a vontade que será produzida pela Administração. Devendo este juízo ser expandido dentro dos limites legais. Em sendo assim, a margem de liberdade conferida ao administrador estará delineada pela norma jurídica.

Deverá o administrador escolher, diante de várias opções deferidas pela lei, a que melhor atenda ao interesse público, alcançando a finalidade legal e pública de maneira mais satisfatória à sociedade. Terá que agir com razoabilidade e boa-fé, não podendo optar por uma alternativa que satisfaça vontade própria, interesse pessoal. Daí afirma-se que o juízo discricionário elaborado pelo administrador sofre influência dos princípios da boa-fé e da razoabilidade.⁴

Ora, se, de acordo com o supracitado, o administrador à frente de uma gama de opções, tiver de escolher aquela que apresenta-se mais satisfatória ao interesse público, não podendo prevalecer-se de sua posição para atender seu próprio proveito, haverá somente juízo discricionário quando ele estiver lidando com opções igualmente satisfatórias.

³ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. citada, p. 20.

⁴ O princípio da boa-fé prega que a Administração deverá sempre agir de maneira sincera, ficando proibidos quaisquer comportamentos ardilosos, astuciosos.

É natural, então, indagarmos até onde vai esta liberdade do administrador, isto é, em que consiste esta margem de liberdade. Questão esta que muito atormenta os estudiosos, e de que pela importância discorreremos logo mais adiante.

IV – FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE

A margem de liberdade conferida ao administrador para que decida subjetivamente a respeito de uma situação concreta, apesar da submissão em que se acha a Administração em relação a norma jurídica, encontra respaldo nos fundamentos na discricionariedade. Fundamentos estes – bem trabalhados pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ - que irão servir de subsídios à compreensão mais rigorosa de tais atos discricionários.

Alguns salientam resultar a discricionariedade da intenção do legislador de conferir a Administração certa liberdade para optar no caso concreto, diante de uma multiplicidade de fatos administrativos, pelo melhor meio de satisfazer a finalidade a que se propôs a lei.

Uma outra corrente entende estar a discricionariedade arraigada em uma limitação lógica, em virtude de duas espécies de conceitos usados pelo legislador na linguagem normativa. Conceitos estes, que o Professor português Afonso Rodrigues Queiroz denominou de teóricos e práticos. Dizem respeito aqueles, ao mundo da causalidade, sendo por isto definíveis, determináveis. Já estes últimos revestem-se de alguma fluidez, de incerteza, sendo plurissignificativos, residindo nestes a discricionariedade.

Um bom exemplo no qual se encarece a imprecisão das palavras, dos conceitos, ocorre no caso em que, com o fito de ser preservada a moralidade pública, devem ser expulsos da sala do cinema os casais que se beijarem indecorosamente⁶. Tem-se que o pressuposto da expulsão é a prática do ósculo indigno. Ora como determinar com precisão o que corresponde ao conceito de “beijo indecoroso”? Haverá a norma jurídica dado elementos suficientes para caracterizar quais beijos serão considerados como reprováveis pela lei? O beijo indecoroso é uma expressão dotada de certa vaguidão. Justamente isso dá ensejo a que tal atitude seja avaliada com discricionariedade pelo administrador.

Em suma: Ao valer-se a lei de conceitos unissignificativos, determináveis, ter-se-ia a vinculação. Contrariamente, valendo-se aquela de noções vagas, indeterminadas, presente estaria a discricionariedade, cabendo ao administrador nesse caso, torná-las precisas.

Walter Campaz, no entanto, vê com ressalva o fato de poder o Administrador completar a norma legal com seu juízo de valor, entendendo que isto significaria uma violação do princípio da legalidade, porquanto que a este administrador estaria sendo conferido uma parcela do poder normativo⁷.

⁵ Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial, ob. mencionada; Discricionariedade: Fundamentos, Natureza e Limites, RDP 33/85.

⁶ O exemplo é formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Discricionariedade: Fundamentos, Natureza e Limites, p. 92.

⁷ Walter Campaz, Discricionariedade, RDP 47-48, pp.33/34.

Há, ainda, os que enfatizam o fato de ser impossível materialmente prever o legislador todas as situações possíveis de ocorrer, devido ao grande número destas, e também porque estão sempre surgindo fatos, para os quais é preciso tratamento administrativo diferenciado.

Ocorre também uma outra razão para a existência da discricionariedade, a qual traduz-se no fato de que se o legislador regulamentasse todas as situações que entendesse possíveis – os problemas com os quais depara-se o administrador todos os dias – tirando a liberdade do agente público para desenvolver suas atividades, estaria invadindo o campo de atuação deste. Passaria, dessa forma, o Poder Legislativo a desempenhar a função da Administração, suprimindo-a.

Frisa brilhantemente Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, que os fundamentos acima aludidos, concorrem frequentemente para que nasça a discricionariedade, não sendo eles excludentes.

V – DA NATUREZA DA DISCRICIONARIEDADE

Ao tratarmos da natureza da discricionariedade, da sua essência, mister se faz estabelecermos a diferença entre interpretação e discricionariedade.

Hélio Dourado Lustosa Júnior explica que seria a primeira o desvendar de uma vontade preexistente, reconstituindo um pensamento alheio, o exprimir de uma significação previamente dada. Objetiva, então, o intérprete estabelecer qual o sentido da norma legal, que pretenderá uma solução única. A tarefa deste intérprete acabará a partir do momento em que se esvaírem os objetivos que viabilizam a busca pela solução unívoca.⁹

Já na segunda, qual seja, a discricionariedade, o que ocorre é que a lei confere ao administrador a escolha, dentre algumas possíveis soluções, a mais adequada a satisfação da finalidade da lei. Terá o administrador que encontrar o caminho certo, a partir pressupostos dotados de certa imprecisão, devendo qualificar-los por sua própria determinação, efetuando uma valoração subjetiva. Deve agir, no entanto, dentre dos ditames legais.

Como bem salientou o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello – “A discricionariedade começa onde acaba a interpretação”¹⁰. Ou seja, esta não exclui aquela, sendo fases sucessivas de um mesmo processo.

Após estes breves esclarecimentos, acima aludidos, passemos ao apuro de algumas teorias que tentam explicar a natureza daquela.

Dentre as tantas está a que nega a existência da discricionariedade, bem como a que entende a que esta faz-se presente quando a Administração não se encontra subordinada a regras jurídicas. Há, ainda, a corrente de pensamento que equipara a

⁸ Discricionariedade: Fundamentos, Natureza e Limites, *in ob. citada*, pp. 87-8.

⁹ Em Ato Administrativo e Discricionariedade, Ato Administrativo e Discricionariedade, em Estudo de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, pp. 254-8.

¹⁰ Gonçalves Pereira *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial, p. 24.

discricionariedade à insindicabilidade, segundo a qual, haverá poder discricionário em todas as situações em que o controle jurisdicional da Administração não for admitido.

Existem outras teorias, mais que devido a fragilidade com que se apresentam, não necessitam serem citadas, nem argumentadas.

Verificamos que muitos falam, dentre eles Hely Lopes Meirelles¹¹, na existência de um Poder Discricionário inerente à Administração, sendo tal poder algo que deriva dela.

Simpatizamos, entretanto, com o posicionamento com os que não concordam com tal assertiva, entendendo a “discricionariedade uma mera consequência de uma modalidade de regulação legislativa.”¹² A discricionariedade irá manifestar-se quando a norma jurídica assim possibilitar. É aquela, resultado da maneira de legislar, não sendo portanto uma ausência da norma legal.

Diante as observações feita acima, temos subsídios para depurarmos a definição de discricionariedade, esclarecendo sua natureza. Achamos bastante feliz a que é dada pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, definindo-a da seguinte maneira: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.¹³

Írá o administrador por força da discricionariedade, preencher com seu juízo subjetivo, a esfera de indeterminação normativa, procurando encontrar um caminho que melhor atenda aos interesses públicos, satisfazendo, no caso concreto, ao fim previsto pela lei.

Será. Pois, uma liberdade exercida dentro dos ditames legais, nos limites estabelecidos pela norma jurídica, caso contrário, agirá o administrador arbitrariamente.

Não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, por isto, é importante frisarmos que esta margem de liberdade desfrutada pelo administrador deve ser exercitada dentro da lei.

Ao agir com arbitrariedade estará comportando-se o administrador fora do que lhe é permitido por lei, insultando a ordem jurídica, sendo, desta forma, seu ato um ilícito. Já no campo da discricionariedade não ocorre o mesmo. Dá-se aí uma outorga da lei ao administrador para que ajuíze sobre a melhor maneira de promover a satisfação do interesse público, em vista de sua indeterminação legal no que concerne ao comportamento que satisfaz este interesse público no caso concreto. Estará cumprindo uma determinação normativa, o que não ocorre na arbitrariedade.¹⁴

VI – LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

¹¹ Direito Administrativo Brasileiro, 20 ed., pp. 102-5. Em igual sentido José Cretella Jr., “Manual de Direito Administrativo”, 5 ed., pp. 147-8.

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, Discricionariedade: Fundamentos, Natureza e Limites. RDP 33, p. 89.

¹³ Curso de Direito Administrativo, 8 ed., p. 548

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *idem*, p. 548

O poder decisório conferido ao administrador pelo legislador, para que opte por uma melhor maneira de satisfazer os interesses públicos está confinado a alguns limites, ou então entrar-se-ia na seara da arbitrariedade.

Em um Estado de Direito é inconcebível a concessão de poderes limitados, tendo em vista que os atos provenientes deste Estado devem estar de conformidade com o princípio da legalidade. Posto que a discricionariedade, inegavelmente, advém desta legalidade, não podendo haver ato administrativo que ultrapasse os limites da lei, pois seriam inválidos. Logo, discordamos da afirmação de Eros Roberto Grau ao entender que a discricionariedade seria uma “válvula da rigidez da legalidade”¹⁵

Estará o administrador ao agir discricionariamente, preso pelas amarras posta pela norma legal que tal ação lhe permitiu. Assistirá ao judiciário, por isto, o direito e o dever de debruçar-se sobre o ato administrativo, com o fito de verificar-lhe a legalidade ou não. Caso tenha sido tal ato praticado em obediência a lei, descaberá a interferência judicial, sob pena de estar invadindo a área privada da Administração Pública. No entanto, se os limites legais forem ultrapassados, será necessário que o Poder Judiciário intente-se do problema, desempenhando sua função de guardião da legalidade.

A Magna Carta traz em seu artigo 5º, inciso 11, previsto como garantia constitucional que: “Ninguém sem obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Como também concede respaldo ao controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos, mesmo aqueles que são trabalhados com uma certa margem de liberdade, isto é, os discricionários, disciplinando que: “A lei não *excluir*(j da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(inciso XXXV, do mesmo artigo). Conclui-se que os limites da discricionariedade devem ser respeitados pelo administrador, bem como estarão sujeitos tais atos ao controle jurisdicional.¹⁶

Duas foram as teorias desenvolvidas para retalhar o âmbito da discricionariedade e detectar os abusos administrativos cometidos ao ser ela exercida, quais sejam: a teoria do desvio de poder e o exame dos motivos do ato, as duas foram bem deslindadas pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷.

Passemos ao comentário da primeira destas teorias.

Ocorrerá desvio de poder de duas maneiras, senão vejamos: quando forem praticados atos com o propósito totalmente estranho à finalidade pública, havendo um desvirtuamento completo com relação ao interesse público. Ou haverá desvio de poder com relação à finalidade específica do instituto jurídico utilizado, isto é, utilizar-se uma competência com o intuito de alcançar resultado alheio à finalidade dela.

Apresentam como diferença estas duas espécies de desvio de poder, o fato de que na primeira há um vício subjetivo, enquanto que na segunda este vício é irrelevante, bastando tão somente para caracterizá-la o fato objetivo de uma competência não adequada ter sido utilizada, no lugar da competência própria, devendo ser levado em conta que cada uma delas tem sua finalidade específica.

O certo é que tanto em uma, como em outra hipótese, a finalidade da norma é

¹⁵ Eros Roberto Grau, Poder Discricionário, RDP 93/42, pp. 41-45.

¹⁶ Hélio Dourado Lustosa Júnior, ob. e pp. citadas

¹⁷ Discricionariedade: Fundamentos, Natureza e Limites, RDP 33, pp.96-8.

tomada como referência, confrontando se com ela o ato administrativo, verificando-se a sua prática em desconformidade com a lei. Confirmando-se a ilegalidade, impõe-se a nulidade do ato.

A segunda teoria refere-se à situação de fato em que se embasou a Administração para a prática do ato. Se ocorreu ou não o acontecimento em que assenta-se, e ainda se o acontecido responde ao pressuposto normativo.

De fato funciona este exame dos motivos, tanto num caso, como no outro, acima descritos, como um meio hábil para contenção do administrador na área discricionária que lhe assiste.

Na hipótese de omissão dos motivos, um outro exame se faz urgente, qual seja, o exame da causa do ato discricionário.

A causa consiste na relação de pertinência entre o motivo que serviu de suporte a prática do ato e o seu conteúdo. Podendo o administrador escolher o motivo em virtude do qual haja exarado o ato, faz-se necessário que este e o conteúdo estejam relacionados, em vista da finalidade que lhe confere categoria.

Irá o Judiciário investigar se o ato é dotado de suporte materiais que estejam correlacionados com o conteúdo idôneo, de modo que os fins aos quais se propôs a lei, diante do caso concreto, sejam atendidos.

Constitui todo este procedimento uma maneira de identificar os confins da liberdade de que desfruta a Administração Pública e garantir o princípio da legalidade que norteia o Estado de Direito.

Além do princípio supra mencionado, existem outros que merecem relevância, por também funcionarem como instrumentos que limitam o Poder Administrativo.

Hélio Dourado Lustosa Júnior¹⁸ bem esclareceu a importância destes princípios na delimitação deste Poder Administrativo. A análise dos quais, neste momento, nos prenderemos.

Podemos começar pelo princípio da finalidade, pelo qual estará o administrador, toda vez que agir, buscando o cumprimento da finalidade da norma. Não pode ele malsiná-la, ou então, cometerá o desvio de poder, conforme anteriormente explicitado. Este princípio está contido no princípio da legalidade, já que corresponde a aplicação da lei tal como é. Desatender o fim da *lex*, significa desatender a própria lei. Deverá o administrador atuar com rigorosa obediência ao escopo legal.

A lei, ao conferir ao administrador alguma margem de liberdade, incumbe-lhe a função de, diante de várias situações, optar pela providência que se mostre mais apropriada a cada qual delas. Devendo, portanto, agir com razoabilidade, sensatez e equilíbrio, e não ao dissabor exclusivo de suas paixões pessoais e critérios personalíssimos. Nesse caso estaríamos frente a uma providência desarrazoada, não albergada pela lei. Toma-se, desse modo, a razoabilidade um dos critérios sopesados pelo administrador ao atuar com discricionariedade.

É óbvio que não estará de conformidade com a norma jurídica uma providência

¹⁸ Ob. e pp. citadas

administrativa que não se mostre razoável, "*que não passe pelo crivo da razoabilidade*".¹⁹ Conseqüentemente será tal providência anulável pelo Poder Judiciário.

O magistrado irá verificar se a medida tomada pelo administrador está dentro dos ditames legais, se agiu este com razoabilidade. Não significa tal averiguação feita pelo juiz uma invasão da área privativa do administrador, pois o que será observado não será qual a melhor medida a ser tomada, mas se a escolhida está dentro dos limites legais.

Entendemos, acompanhando Raquel Cristina Ribeiro Novaes²⁰, que o princípio da razoabilidade funcionará tanto nas mãos do magistrado, posteriormente, como nas mãos do administrador, para identificar, ante a presença de conceitos plurissignificativos os quais dão margem a várias alternativas, a que mais se adequar ao atendimento dos interesses públicos. O administrador elegerá, dentre as alternativas lícitas, a mais razoável, existindo apenas uma que pode ser adotada no caso frente ao qual se depara

Um outro princípio a ser levado em conta, ao exercer-se a função administrativa, é o da proporcionalidade. Enuncia ele a idéia de que as competências administrativas só podem ser exercidas com validade, se o forem na extensão e intensidade proporcionais ao que for necessário para a consecução do fim ao qual se propôs a lei. Ultrapassando o ato, no tocante ao seu conteúdo, o indispensável para alcançar o objetivo justificador do uso da competência, poderá ser considerado inválido.

É o princípio, do qual tratamos, uma faceta do princípio da razoabilidade.

Ao tratar-se com um ato discricionário, deve ser dada grande atenção ao princípio da motivação. Por tal a Administração Pública deve justificar seus atos, indicando os motivos, de fato e de direito, que a levou a adotar determinada decisão. Permitindo um maior controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, pois através desta motivação, será possível verificar a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos legalmente.

São estas, pois, as limitações a que está sujeita a Administração Pública, principalmente no tocante aos atos discricionários, os quais são os preferidos pelos administradores que tem má intenção, para cometer abusos e obter vantagens pessoais.

VII- PODE UM ATO SER TOTALMENTE DISCRICIONÁRIO?

O âmbito de atuação discricionária da Administração Pública é bastante amplo. Mas já se tem reiterada mente observado, com inteira procedência, que a discricionariedade nunca é total, uma vez que em alguns aspectos é sempre vinculada à lei.

Cumpre, pois, analisarmos onde realmente localiza-se esta discricionariedade, trazendo à colação entendimentos de alguns conceituados autores, a fim de responder a questão acima suscitada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹ esclarece que um primeiro aspecto onde encontra-se a discricionariedade é no momento da prática do ato. Isto é, ante a falta de estabelecimento pela lei a respeito, competirá a Administração a escolha do momento mais adequado para alcançar um determinado fim.

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, Ba. ed., pp.64-5.

²⁰ Em Razoabilidade e o Exercício da Discricionariedade, Estudos de Direito Administrativo, Em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, pp.41-45.

²¹ Direito Administrativo. 6a. ed., pp.177-179

Segue a autora afirmando que a discricionariedade pode ainda dizer respeito a opção entre um agir e um não agir, ou seja, existindo a possibilidade de escolha por parte da Administração entre atuar ou não, ocorrerá discricionariedade.

Quanto aos elementos aos quais a discricionariedade se refere estão: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo, e a finalidade.

Ainda no entender da supramencionada autora com relação ao sujeito o ato será sempre vinculado, tendo em vista de só poder praticá-lo quem é competente por lei.

No tocante ao segundo elemento, qual seja, o objeto ou conteúdo, haverá discricionariedade quando forem vários os objetos possíveis para atingir o mesmo fim, válidos todos eles perante o direito; e será vinculado quando ocorra justamente o contrário, ou melhor, quando for estabelecido por lei um único objeto para alcançar determinado fim.

Concernente à finalidade do ato, pode esta ser considerada em dois sentidos, quais sejam: em sentido amplo, no qual a lei sempre se refere a ela por meio de noções vagas, dotadas de imprecisão, havendo neste caso discricionariedade administrativa; em sentido restrito, no qual cada ato administrativo tem uma finalidade específica que não pode ser descumprida, tem-se aí a vinculação da finalidade.

No que pertine à forma, quando a lei confere ao mesmo ato mais de uma forma possível para sua prática, existirá discricionariedade. Mas em geral os atos são vinculados com relação a forma, pois a lei previamente a define.

Onde mais a discricionariedade se faz presente é no motivo e no conteúdo do ato, no entender da mesma autora.

Ocorrerá discricionariedade com relação ao motivo quando a lei for omissa sobre ele, não definindo-o, ficando ao inteiro critério da Administração Pública; ou ainda quando esta definição for feita por utilização de vocábulos plurissignificativos, deixando à Administração a possibilidade de apreciação usando Critérios de oportunidade e conveniência administrativa.

Será vinculado quando houver por parte da norma, a utilização de vocábulos unissignificativos, precisos, não dando margem a juízo subjetivo.

Um exemplo clássico desta vinculação é o caso do funcionário que completar 70 (setenta) anos de idade que terá direito a aposentadoria.²²

Em suma: será, então, o ato sempre vinculado quanto ao sujeito que o pratica, podendo haver discricionariedade, por certas ocasiões, com relação aos demais elementos do ato, segundo entendimento da autora acima citado.

Esclarece Hely Lopes Meirelles²³ que a discricionariedade será sempre parcial, pois com relação à competência, à forma, e à finalidade do ato, haverá vinculação. O administrador para praticar um ato discricionário terá que ser dotado de competência legal, como também mostrar-se obediente quanto a forma legal deste ato para sua realização, e finalmente deverá atender a finalidade legal a que se propôs o ato. Caso não seja assim praticado, será considerado este ato ilegítimo e nulo, deixando de ser discricionário para ser arbitrário.

Salienta o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴, ao qual dedicaremos

²² O exemplo foi retirado da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 6a. ed., p.179.

²³ Direito Administrativo Brasileiro, 208. ed, p.103

²⁴ Curso de Direito Administrativo, ea. ed, pp. 249-254.

maior atenção, que "*não há ato propriamente discricionário, mas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos*".²⁵

Entende este ilustre Professor, como os autores já mencionados, que não existe um ato que na sua totalidade seja discricionário. Mas só reconhece que este ato seja vinculado sempre com relação à competência, discordando da doutrina prevalecente a respeito da vinculação quanto ao fim.

Esclarece ele que pode haver uma certa margem de liberdade com relação ao fim do ato administrativo, não negando, no entanto, que este fim deva ser sempre um interesse público. Mas que a apreciação do que seja este interesse comporte uma apreciação, em certa medida, subjetiva, por tratar-se de uma investigação desprovida de uma objetividade absoluta. Opta ele por dizer que o fim é sempre vinculante, pois o interesse público é o que é perseguido, porém ao tratar-se de qualificar tal interesse faz-se necessário uma margem delimitada, é claro, de juízo subjetivo.

Acrescenta ainda que não pode nenhum ato ser designado com propriedade de ato discricionário. Existe na realidade um "*exercício de juízo discricionário*" com relação a situações que comportem ou não opções discricionárias, com intuito de melhor atender as necessidades do interesse público, dentro dos limites permitidos por lei.

Poderá, segundo o autor²⁶ ora tratado, haver discricionariedade quanto ao motivo do ato, ao momento da prática do ato, à forma deste, à finalidade e finalmente quanto ao conteúdo deste mesmo ato. Entende ele que a discricionariedade pode derivar de três elementos a saber: do mandamento da norma jurídica, da hipótese da norma jurídica, e da finalidade da norma jurídica.

Na hipótese da norma acontecerá quando descansar no motivo ou pressuposto. Ou seja, quando este for designado por expressões que não apresentem significado único, pairando sobre elas uma certa imprecisão, fluidez. Ocorrerá também quando a lei for omissa com relação a indicação do pressuposto ou motivo, bem como no caso em que a norma se omitir quanto ao momento da prática do ato.

Pode ainda alojar-se a discricionariedade na finalidade da norma, como já expomos.

Prossegue este ilustre Professor afirmando que o juízo discricionário pode incidir sobre o pressuposto ou sobre a finalidade, expressando-se, no entanto, por meio do conteúdo do ato.

E finalmente a outra hipótese em que se manifesta a discricionariedade é no mandamento da norma que a estabelece, ao dispor sobre o modo que o agente pode atuar, ou se, simplesmente pode deixar de agir.

É certo que não há um ato totalmente discricionário, sendo este ato sempre vinculado quanto ao sujeito, já que a lei sempre indica com objetividade quem é competente para a prática deste ato, havendo aí inevitavelmente a vinculação. Entendemos também que esta vinculação se estenderá com relação a finalidade, quando for esta considerada em sentido restrito, fazendo do entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷ o nosso, conforme mencionado anteriormente.

²⁵ *Idem*, p. 249

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade: Fundamentos, Natureza e Umites*, RDP 33, pp. 93-4.

²⁷ *Direito Administrativo*, 6a.ed., p.178.

Quando for, no entanto, esta finalidade considerada em sentido amplo, ou seja, quando referir-se a lei a ela fazendo uso de noções vagas e imprecisas, pode-se dizer que aí existirá discricionariedade.

VIII- CONCLUSÃO

Finalizando este trabalho, após percorrermos sobre os temas que reputamos essenciais acerca da discricionariedade, sentimo-nos aptos a estabelecermos algumas conclusões.

1. O Princípio da Legalidade é essencial para configurar-se o regime jurídico administrativo, sendo específico do Estado de Direito, que é de onde nasce o Direito Administrativo. E neste Estado a Administração atuará sempre em obediência à lei, não podendo exceder os limites legais.

2. A discricionariedade é uma margem de liberdade concedida pelo legislador ao administrador, para que este escolha dentre as várias opções conferidas pela norma jurídica, a que de acordo com uma valoração subjetiva, melhor apresenta-se para satisfazer a finalidade visada pela lei. É proveniente esta discricionariedade da legalidade.

3. Os fundamentos da discricionariedade são: a impossibilidade, por parte do legislador, de evitar o uso de conceitos dotados de uma certa obscuridade da norma, imprecisão, conceitos plurissignificativos, os quais são carentes de objetividade; o fato de reconhecer o legislador a impossibilidade de prever todas as situações do mundo empírico, e assim regrá-las; e, finalmente, a invasão que poderia ocorrer no campo da Administração Pública, caso houvesse a possibilidade de previsão pelo legislador e conseqüente regramento de todas as situações possíveis de ocorrerem.

4. Estará presente a discricionariedade quando na hipótese normativa, na finalidade, ou no mandamento estiverem presentes termos imprecisos, vagos, inexistindo uma objetividade. Ou ainda quando for conferido ao Administrador a possibilidade de escolha entre um agir ou um não agir, e entre dois pressupostos táticos.

5. A esta discricionariedade são impostos limites, quais sejam: a submissão que deve haver do ato discricionário com relação à norma legal; ao pensamento dos Princípios do Direito Administrativo; a situação tática na qual se embasou a Administração para a prática do ato, e a teoria do desvio de poder. É certo que o limite mais rigoroso da discricionariedade é a legalidade, pois como já ficou bastante trisado aquela advém desta.

6. E a última conclusão a que chegamos é a afirmação de que não pode haver um ato totalmente discricionário, haverá sempre vinculação quanto ao sujeito que possa praticá-lo; e em relação a finalidade, quando esta for considerada em sentido restrito, com objetividade, havendo, nesse caso, para cada ato administrativo uma finalidade específica, a qual não pode ser contrariada.

IX. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. *Revista de Direito Público*, São Paulo. n.47-48, p.28 jul./dez. 1978.

CRETEILA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 5a.ed. São Paulo: Forense, 1989.

GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. São Paulo: *Revista de Direito*

Público,n.93p.41, jan./mar.1990.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

IUSTOSA JÚNIOR, Hélio Dourado. *Ato Administrativo e Discricionariedade*. Monografia. Estudos de Direito Administrativo, em

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20a. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

_____. Discricionariedade: Fundamentos. Natureza. Limites. São Paulo: *Revista de Direito Público*,n.33. p.85.jan./mar.1975.

_____. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.32, p. 18, nov/dez.1974.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. *A Razoabilidade e o Exercício da Discricionariedade*. Estudos de Direito Administrativo, em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, Editora Max Limonad.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Curso de Direito Administrativo*. 6a.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

DIREITO CIVIL

A NOVA REALIDADE CONTRATUAL E SUA RELAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LISANDRA CRISTINA LOPES
ACADÊMICA DO CURSO DE DIREITO/UFRN – 5º PERÍODO

DO IMPÉRIO DA AUTONOMIA DA VONTADE AO DIRIGISMO CONTRATUAL

Após a Idade Média, o mundo passou pelo período da febre das navegações, do encontro de outros mundos, das invenções e do comércio. A mobilidade recém-descoberta proporcionou uma riqueza que foi fruto da iniciativa privada, circunstância que deu ensejo à valorização da vontade livre e individual. Com a acumulação de capital nas mãos de uma certa parcela da sociedade, começou a se delinear uma nova classe, a burguesia, que passou a ser cada vez mais importante economicamente, sendo, porém sufocada nos demais aspectos pela imponente do Estado Absolutista. O conseqüente inconformismo desse setor resultou em movimentos que apregoavam, entre outras coisas, a igualdade de todos perante a lei.

Com a superação do Antigo Regime e a proclamação solene e em altos brados da igualdade, que mais tarde se revelaria meramente formal, temos o contexto em que reinou com grande amplitude o princípio da autonomia da vontade.

“Esse princípio possui na liberdade de estipular, na liberdade de contratar, sua expressão mais consumada. Os indivíduos, livres para contraírem obrigações, nas condições que entre si determinarem, desde que o façam voluntariamente, só no seu interesse deparariam a medida ou o limite para os compromissos que desejassem assumir. Contraída, porém, a obrigação, era mister cumpri-la à risca – *pacta sunt servanda* – sob pena de execução patrimonial. (Hermes Lima, Introdução a Ciência do Direito, pg. 63).

A liberdade de contratar compreende a liberdade de celebrar contratos, de escolher o outro contratante e de determinar o conteúdo do contrato. Mas é importante observar que tal liberdade não era absoluta, pois encontrava (ao menos em tese) limites na ordem pública e nos bons costumes. Entretanto, como esses elementos são muito subjetivos, sua aplicação costumava variar de acordo com a ideologia dominante em cada época e lugar, de modo que serviu, durante muito tempo, aos interesses das classes dominantes.

Assim, o contrato, elemento propulsor da vida econômica da sociedade, era o campo em que se propagava a autonomia privada. Entretanto, o exercício da liberdade contratual não surtiu os efeitos esperados. Na segunda metade do século XIX apareceram novas potências industriais e o capitalismo passou por uma profunda transformação. A sofisticação tecnológica tornou os meios de produção acessíveis tão somente a uma ínfima mínima e passou a haver monopolização de diversos ramos da

indústria, bem como do comércio, dando origem ao que se convencionou chamar “capitalismo monopolista”, cuja principal característica foi a formação de grandes blocos econômicos. O princípio da autonomia da vontade, que repousava no dogma da igualdade dos contratantes, sofreu inevitável abalo, pois passaram a figurar como partes na maioria dos contratos, de um lado, o indivíduo, e de outro uma poderosa unidade econômica. Dessa forma, “a superioridade econômica conduziu à superioridade contratual” (Almeida, A proteção jurídica do consumidor, p.99), e ficou patente a hipossuficiência da parte contratante economicamente inferior.

O princípio da autonomia da vontade passou a ser alvo de vários questionamentos e entrou em crise, juntamente com a ultrapassada concepção de contrato, que não mais se coadunava com a nova realidade social, complexa e estigmatizada por enormes disparidades sócio-econômicas. A partir daí, começou a ocorrer o que se chamou de **dirigismo contratual**, expressão criada por Jossierand para designar o fenômeno pelo qual o contrato se tornou um negócio dirigido pelo poder público, pelo legislador, pelo juiz, ou mesmo por um dos contratantes. Nos três primeiros casos, a interferência se justificava pelo interesse social, de proteger a parte mais vulnerável aos abusos (note que aqui a autonomia da vontade não mais é vista como única fonte dos contratos). Já o último caso caracteriza o chamado contrato de adesão que, no dizer de Silvio Rodrigues, “é aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações no sistema proposto”. O referido contrato é o expoente da massificação operada no âmbito das relações contratuais.

Em síntese, podemos dizer que os ideais de igualdade e liberdade sucumbiram perante as diferenças existentes na vida real. “A liberdade tornava-se cada vez mais restrita, diante das limitadas opções concedidas aos mais fracos” (Roberto S. Lisboa, Responsabilidade Civil por danos a consumidores, p.43).

Nesse ponto impõe-se uma questão: será que o dirigismo contratual sepultou a autonomia da vontade? Parte da doutrina estrangeira diz que sim, mas não nos parece que seja essa a realidade. Não há dúvidas de que está se processando uma evolução e, nesses novos tempos, a grande amplitude conferida à liberdade contratual, que a experiência demonstrou ser desastrosa, não mais é admissível. Entretanto, por outro lado, não se pode prescindir totalmente dessa liberdade. Diz Humberto Theodoro Júnior que “se o total liberalismo é censurável, também o excesso de intervenção no domínio do contrato é incompatível com as idéias de liberdade e autonomia que se ligam aos direitos do homem no Estado democrático”. Ou seja, o elemento `vontade` prevalece, e com ele a liberdade, mas deve haver um direcionamento no sentido de se buscar o bem comum. Em outras palavras, deve o interesse coletivo prevalecer em detrimento do interesse individual, sempre que não foi possível a conciliação.

Foi nesse novo contexto que passou a ser imperativa a preocupação com as relações de consumo (ou seja, com os contratos celebrados entre consumidor e fornecedor), com o intuito de coibir as práticas abusivas.

OS DIREITOS DO CONSUMIDOR NA LEGISLAÇÃO

Leis tratando de alguns direitos dos consumidores já existem em diversos ordenamentos jurídicos. No Brasil, por exemplo, podemos citar a Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51) e a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico (Lei 4.157/62 e 4.511/64). José Afonso da Silva chega mesmo a afirmar que as próprias

constituições, desde 1946, já traziam dispositivos capazes de fundamentar a defesa do consumidor. A novidade foi o surgimento, a nível mundial, do Direito do Consumidor como disciplina jurídica, e também o advento da codificação, que sistematizou, deu coerência e homogeneidade às normas.

Inicialmente, o Direito do Consumidor tinha um caráter eminentemente repressivo, que aos poucos foi sendo substituído por um caráter preventivo. Diz Ada Pellegrini Grinover, lembrando a lição de Herman Benjamim, que essa característica preventiva tem duas vertentes: “uma é a de impedir que a fragmentação da relação de consumo cause prejuízo ao consumidor. Outra é a de prevenir que o conflito de consumo venha a enfraquecer o próprio mercado e, com ele, a ordem capitalista”.

No Brasil, a tutela do consumidor foi elevada à categoria de Princípio Fundamental. A constituição em seu artigo 5º, XXXII, prevê a defesa do consumidor, e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias impõe a elaboração de um Código de Defesa do consumidor. Além disso, no artigo 150, parágrafo 5º, afirma que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”; no artigo 175, II, refere-se aos “direitos dos usuários e no artigo 24, VIII, estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a responsabilidade por dano ao consumidor. Também não podemos olvidar o inciso V do artigo 5º, que consagra a tese da reparabilidade de danos morais, ensejando a proteção, pelo código, de direitos da personalidade, e a inserção de dispositivos como o artigo 6º, VI, que afirma ser direito do consumidor a prevenção e reparação de danos morais.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor – lei 8.078 de 11.09.90 – entrou em vigor em março de 1991. Hoje, no Brasil, a concepção social do contrato encontra esteio no supra citado código que, como era de se esperar, inspirou-se na legislação estrangeira. Podemos detectar a influência da Resolução 39/248 de 09.04.85, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, do ordenamento espanhol, português, francês, e sobretudo norte-americano. Dos Estados Unidos, de grande relevância foi o estudo da “*class action*” (originária do direito inglês, introduzia nos E.U.A. com a “Federal Equity Rule, de 1912).

A novidade (e um dos grandes méritos) é que o código buscou a todo custo adequar o modelo estrangeiro às peculiaridades e necessidades nacionais, ou seja, não houve uma simples transcrição da lei, mas sim a formação, com base nos exemplos de outros sistemas jurídicos, de um código **brasileiro** de defesa do consumidor.

Trata-se de uma legislação de índole protecionista, que busca contrapor à superioridade econômica de um contratante a superioridade jurídica do outro. É a técnica do tratamento desigual, cujo maior exemplo é a justiça do trabalho. Houve uma atenuação da regra “*pacta sunt servanda*” (cumpra-se os contratos), corolário da autonomia da vontade, adotou-se a teoria da imprevisão, acolheu-se o princípio da boa-fé objetiva (o velho princípio da boa-fé dotado de nova roupagem) e foram absorvidos preceitos da Teoria da Confiança. Analisemos brevemente cada um desses itens.

- “*pacta sunt servanda*” (princípios da força obrigatória): o contrato era intangível e irrevogável, de modo que nenhuma consideração de equidade justificaria a rescisão ou a alteração das cláusulas. O liberalismo justificava essa regra com a idéia de que, se as partes se

obrigaram livremente, não poderão se desligar senão através de um distrato ou da impossibilidade da prestação por motivo de causa maior ou de caso fortuito. Esse quadro começou a mudar com o advento da I Guerra que, conforme doutrina de Silvio Rodrigues, “como acontecimento extraordinário, veio agravar a posição do devedor de prestações sucessivas, derivadas de contratos ultimados antes da sua eclosão”. Em consequência, a doutrina e a jurisprudência, para justificar a revisão dos contratos, fizeram ressurgir a cláusula “*rebus sic stantibus*”, segundo a qual a alteração do estado de fato do momento da celebração do contrato legitimaria as modificações. Daí surgiu a construção teórica chamada de teoria da imprevisão, cuja aplicação exige a ocorrência de alguns requisitos, dos quais o principal é a alteração imprevisível, decorrente de fator superveniente, nas condições vigentes à época da celebração do acordo, alteração esta que propicie uma onerosidade excessiva.

- princípio da boa-fé objetiva: a intenção das partes prevalece sobre a literalidade e o contrato deve ser interpretado de acordo com os desígnios da lealdade e da confiança. Ele é fonte dos chamados deveres “anexos”, como o de prestar informações ao consumidor e o dever de cuidado, e é também causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos para que não ocorram abusos. Requer tal princípio uma atuação preocupada com o parceiro contratual, com o respeito aos seus direitos e expectativas.
- teoria da confiança: responsabiliza aquele que, devido ao seu comportamento, criou na outra parte contratante a expectativa do cumprimento de certas obrigações. Vemos reflexos desta teoria, por exemplo, no artigo 30 do CDC.

Enfim, é dentro desse contexto protecionista que está inserido nosso código. Carlos Alberto Bittar (Responsabilidade Civil por Danos ao Consumidores, pp. 2), põe em relevância os seguintes princípios:

- estatização do direito do consumidor;
- reconhecimento de certos direitos fundamentais;
- vulnerabilidade do consumidor;
- proscrição de práticas comerciais abusivas;
- definição de órgãos e de mecanismos próprios de tutela, nos planos administrativo, civil e penal.
- coletivização da defesa de interesse de consumidores.

Ainda segundo o mesmo autor, os pontos que merecem maior destaque são:

1. no âmbito das regras de direito material:
 - a reparabilidade do dano moral;
 - a enumeração e o sancionamento de práticas abusivas;
 - a institucionalização e o controle dos contratos de adesão;
 - a tipificação de figuras delituosas nas relações de consumo;
 - a definição de política própria.

2. no plano das regras de cunho processual:
 - facilidade de acesso à justiça para o consumidor;
 - inversão do ônus da prova em favor do consumidor;
 - possibilidade da aplicação da doutrina da desconsideração da responsabilidade jurídica;
 - ampliação dos efeitos da coisa julgada, na defesa dos interesses protegidos pelo código.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor era, em face da nova realidade contratual, não apenas necessária; era imprescindível. A igualdade meramente formal precisava ser compensada com instrumentos jurídicos que possibilitassem uma igualdade real nas relações entre as partes contratantes. O consumidor precisava de algo que fizesse a diferença, que o colocasse no mesmo nível da parte mais poderosa. O CDC é essa “escada”, que permite seja o consumidor alçado a um patamar superior.

Dessa forma, o Brasil se vê, na lição de Ada Pellegrini (O Processo em Evolução, pp. 111), projetado a uma “posição de vanguarda com relação ao Direito do Consumidor”. Entretanto, é importante frisar que a lei foi apenas o primeiro passo. Os costumes de uma sociedade não se alteram por leis, mas pela consciência. Os consumidores precisam tomar ciência e consciência dos seus direitos, e os fornecedores precisam aprender a respeitá-los, acabando de uma vez por todas com a idéia de querer auferir vantagens, mesmo que ilícitas ou imorais, em todos os seus negócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Batista de. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo. Saraiva, 1993.
- BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil por Danos a Consumidores. São Paulo. Saraiva, 1992.
- GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro. Forense, 1997. (Atualizado e anotado por Humberto Theodoro Júnior).
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em Evolução. Rio de Janeiro. Forense, 1995.
- LIMA, Hermes. Introdução a Ciência do Direito.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. Saraiva, 1980.

DIREITO CONSTITUCIONAL

APONTAMENTO ACERCA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

GUSTAVO DE MEDEIROS MELO
ACADÊMICO DO 3º ANO DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE POTIGUAR – UnP

“O Direito é um produto da história, da evolução humana, da cultura social” (Silvio Romero).

INTRODUÇÃO

O sistema democrático de governo reside sobre um alicerce jurídico-constitucional a cujos principais prolóquios devem atender: legitimidade dos governantes e *limitação da sua autoridade*¹.

As páginas que constitui este trabalho tem por escopo ater-se à segunda característica, digo, ao controle na seara doutrinaria e jurisprudencial, o que faz merecedor, embora com certa brevidade e sem a pretensão de exaurir seu intrincado teor jurídico-político, de uma análise a respeito do que seja o instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn).

A matéria suscita uma abordagem que não encontra barreiras de conteúdo instrutivo e científico, exigindo-nos, como estudo de índole mais política do que jurídica, interpretações extensivas e rápido retrospecto histórico, condição *sine qua non* para se tentar oferecer novos horizontes à teoria constitucional, tão debatida, todavia apaixonante para aqueles que se interessam pelo Direito Público.

HISTÓRICO

Antes de adentrarmos diretamente ao tema em foco, necessário se faz tecer algumas linhas propedêuticas sobre a evolução do mecanismo de controle da constitucionalidade, sem, contudo, atrelar-se a uma visão esmiuçada dos fatores produtivos de tal instituto, posto que se requer um estudo à parte.

A idéia de limitação do poder implica levar em conta a de **supremacia da constituição**, princípio assente nas constituições de estabilidade rígida e, como tais, modernas, ainda que, mais coerentemente, se perfaçam da imutabilidade relativa. Daí a estabilidade de uma constituição ser, em regra, determinada pelo nível de rigidez de que dispõem seus preceitos constitucionais, detentores do degrau supremo, da diretriz primeira pela qual se basilou o Estado.

Dessa forma, o ideal de se controlar os atos estatais advém de períodos da mais remota documentação, tendo, pois, Aristóteles cogitado de um meio limitador do poder, dividindo-o em órgãos deliberativos, órgãos de magistratura e órgãos judiciários, ou

¹ Afonso Arinos de Melo Franco, Direito Constitucional, p. 133.

seja, a assembléia, o corpo de magistrados e o corpo de juizes, respectivamente.² Concomitante a esse processo do desenvolvimento do nosso sistema de divisão de poderes, como via de embargo aos contingentes abusos governamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³, referindo-se a antiguidade greco-clássica, suscita, desde logo, o fato de que, inobstante a carência de delimitação entre Poder constituinte originário e derivado naquele tempo, existiam leis norteadoras das atividades estatais e governamentais, acima, portanto, das outras advindas do interior dos órgãos do Estado.

Com efeito, apesar de não ter havido, àquela época, Constituições escritas e cunho estritamente jurídico, o tema fora abordado em termos abstratos e políticos,⁴ o que na verdade só veio a lume de pacto solene no chamado Constitucionalismo moderno, século XVIII.

No intervalo de tempo entre as civilizações antigas e a clássica doutrina de Montesquieu, a teoria de limitação do poder foi objeto de profundas indagações, evoluindo por renomados pensadores, tais quais: São Tomás de Aquino, Marsílio de Pádua, Niccolo Machiavelli, Jean Bodin, Buchanan, Hoocker⁵ etc.

Sem embargo, a respeito do termo supremacia da Constituição, Leon Duguit⁶ fez uma simples colocação, afirmando que a idéia primeira de distinção entre leis constitucionais e ordinárias remonta à França do antigo regime. A bem dos fatos, somente em meandros do século XVIII, conforme se sabe, é que o sistema jurídico tomou forma objetiva, prática e formal, com parâmetro solene a eventuais reparações normativas, visto que as conotações outrora existentes, acerca de sobreposição de leis constitucionais, eram mesclada de usos e costumes ainda indefinidamente arraigados.⁷ Quanto a essa fase, Maurice Hauriou⁸ classifica as constituições de governamentais, ao passo que as modernas ou formais são chamadas nacionais, atentando-se ao fato de que emanam de um Poder Legislativo delegado pela nação.

Foi com aquele desiderato ainda incipiente que o termo supra-referido, de que também falavam Barthélemy et Duez⁹, logrou gênese ns Cartas escritas pela coroa inglesa às suas colônias americanas, segundo as quais o Poder Legislativo, que a esta fora conferido, ficaria subordinado aos estatutos, leis e costumes da Inglaterra, não os podendo afrontar.¹⁰ Evidentemente, até a emancipação política das treze colônias,

² Alexandre Groppali, Doutrina do Estado, p. 212; Pedro Calmon, curso de Teoria Geral do Estado, p. 308; Sahid Maluf, Teoria Geral do Estado, p. 219.

³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direito Constitucional Comparado: “O Poder Constituinte”, apud Regina Maria Macedo Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 11.

⁴ Afonso Arinos de Melo Franco, op. cit., p. 133; Dalmo de Abreu Dallari, O Poder dos Juizes, p. 88/9.

⁵ Alexandre Groppali, op. Cit., p. 212; Dalmo de Abreu Dallari, Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 182.

⁶ *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1923, v.III, p. 624 **apud** Luis Pinto Ferreira, A constituição e o poder de reforma constitucional: Revisão e Emenda, p. 69; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, A Teoria das Constituições Rígidas, p. 39.

⁷ L. Pinto Ferreira, op. Cit., p. 70; Alberto Americano, Ensaio sobre as Constituições Rígidas, p. 38.

⁸ *Precis de Droit Constitutionnel*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 216 **apud** Alberto Americano, op. Cit., p. 38.

⁹ Joseph-Barthélemy et Paulo Duez, *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris, 1926, p. 189 **apud** L. Pinto Ferreira, op. Cit., p. 67; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. Cit., p. 37; Afonso Arinos de Melo Franco, op. Cit., p. 135.

¹⁰ Paulino Jacques, Curso de Direito Constitucional, p. 174, atenta para o fato de que a Inglaterra só se utilizou do judicial control no plano externo, conforme se tratou acima, razão por que em suas leis não há

datada de 1776, em cujo berço nasceu toda a arquitetura do que se convencionou chamar *judicial control* da América do Norte, apanágio do sistema de freios e contrapesos e da separação dos poderes.¹¹ Nessa perspectiva, bem assevera Georg Jellinek, in verbis: “Deste modo, preparam-se já nessas cartas os princípios fundamentais das constituições futuras, especialmente o princípio da separação dos poderes legislativo e executivo, assim como esse outro, de que a Carta, tanto do ponto de vista do direito natural, como segundo o direito positivo, é uma norma superior que obriga ao legislador”¹². E foi seguindo essa esteira que Carlos Sanches Viamonte¹³ engendrou sua tese de círculos concêntricos, cuja esfera externa e principal é ocupada pela Lei Maior, síntese de todo arcabouço jurídico-legal que se lhe apresenta inferior, conforme o perfil axiológico da pirâmide Kelseniana, ainda hoje paradigma do ordenamento jurídico moderno nos países de constituição rígida, acautelados, pois, pelo sistema de controle de constitucionalidade.

Entretanto, apesar de toda contribuição da experiência jurídica ao longo dos anos, há estudiosos no assunto, acreditamos, que se propendem a desvalorizar o instinto do controle da constitucionalidade nos dias atuais, por classificá-lo como empecilho à divisão tripartida e harmônica dos Poderes, já que Judiciário é dada a competência de invalidar leis ordinárias advindas dos representantes da Nação. Objeta-se tal crítica, com evidência, apenas lembrando o emérito prof.º J. H. Meirelles Teixeira, quando diz, com agudeza meridiana que lhe é própria, que o Poder Judiciário não embarga da vontade própria da Nação, mas uma “pseudovontade” sua, cujo remédio encontra-se “expresso de modo mais elevado, mais vigoroso e mais solene, na Constituição”¹⁴.

Sinteticamente falando, Vezio Crisafulli, renomado juriconsulto italiano, citado por J. H. Meirelles Teixeira¹⁵, aborda dois aspectos relacionado diretamente com os malefícios de que leis inconstitucionais são capazes: em primeiro lugar, ferem elementos materiais e formais, conceito estritamente condizente com o espírito normativo, ou seja, abalam a verticalidade e horizontalidade da Constituição; em segundo, uma vez repercutirá nos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, lídimos titulares da Soberania a que se reporta o parágrafo único do art. 1.º, de nossa atual *Lex Magna* de 1988.

Dito isto com âmbito histórico-introdutório do nosso presente trabalho, firma-se que é por demais necessária, na Constituição do Estado Democrático hodierno, a existência de mecanismo reguladores de sua própria defesa, seja contra leis infraconstitucionais deturpadas, proveniente do Parlamento, seja contra atos normativos

hierarquia formal. É o que se observa da horizontalidade existente entre a *Petition of Rights*, o *Bill of Rights* e as demais leis ordinárias inglesas, segundo o ensinamento de Ronaldo Poletti, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 7.

¹¹ A propósito, vide Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juizes*, p. 91 e Marcelo Caetano, *O Supremo Tribunal dos Estados Unidos e seu papel na defesa da Constituição* in Paulo Lopo Saraiva (coord.) *Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional*, p. 226; Ronaldo Poletti, op. cit., p. 23-50, quando suscitam, desde logo, a importância, para a Suprema Corte dos EUA, do caso *Marbury x Madison*, em 1803, cujo voto magistral do seu então presidente, John Marshall, consagrou o poder de controle jurídico sobre os demais poderes políticos.

¹² Georg Jellinek, *Ausgewahlte Schriften und Regen*, Zweiter Band: Berlim, 1911 apud L. Pinto Ferreira, op. cit., p. 69.

¹³ *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Kapeluz, 1956, p. 92 apud Regina Maria Macedo Nery Ferrari, op. cit., p. 10.

¹⁴ *Curso de Direito Constitucional*, p. 375.

¹⁵ Op. cit., 377-8.

do Executivo, através de seus órgãos e agentes ¹⁶; sem olvidar, em igual sorte, de um controle quanto à inação dos Poderes Públicos, que se afigura com Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, fazendo existir o que, inconstitucionalmente, não existe.

Nos itens a seguir, restringir-nos-emos a esses dois comandos judiciais de proteção política ou conciliabilidade do nosso ordenamento jurídico pátrio, tratando-os em referência ao Direito Comparado, mormente quando se há de investigar as correlações existentes sob a bússola da legislação da Áustria e dos Estados Unidos da América.

O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO DIRETA

O estudo do controle da constitucionalidade das leis no Brasil está originariamente relacionado com o *judicial control* dos EUA. Esse modelo, por conseguinte, foi recepcionado pelo nosso legislador constituinte de 1824, que albergou o sistema de controle difuso ou por via de exceção, em que o objetivo precípua do instituto é a declaração, por qualquer juiz singular ou tribunal, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para uma relação jurídica concreta, ou seja, *inter partes*, só atingindo os sujeitos da lide ou da controvérsia posta à apreciação pelo Poder Judiciário.

O controle concentrado – via direta ou principal -, alvo de nossas meditações, tem origem, por sua vez, na Constituição de Weimar, de 1.º de outubro de 1920, cujo expoente intelectual foi o famoso jusfilósofo da Escola de Viena, Hans Kelsen.¹⁷

Tal espécie de comando se caracteriza por ser apreciado num Tribunal Constitucional, cujo objeto de exame é a declaração de inconstitucionalidade em tese, quer dizer, a arguição da Corte Suprema se adstringe a declarar uma determinada lei, ou ato normativo, como contrária aos preceitos ou espírito da Constituição vigente. Isto, diferentemente do difuso, gera efeitos *erga omnes*, vinculando a todos.

O controle concentrado, no Brasil, foi primeiramente consubstanciado na Constituinte de 1934, embora um tanto coarctado a intervenções que porventura viessem ocorrer em favor dos princípios especificados sob aquele ordenamento. Em seguida, a Constituição de 1946 manteve a mesma linha, sendo que mais abrangente, conforme a qual o STF poderia decretar a inconstitucionalidade de um ato representado pelo Procurador Geral da República, o que implicava intervenção da União em algum Estado. Finalmente, a Emenda Constitucional n.º 16, de 26.11.65, além de manter a ação direta interventiva, conferiu ao Procurador Geral da República a legitimidade para representar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em tese, cujo julgamento e processo caberia ao STF.¹⁸

¹⁶ Op. cit., p. 372.

¹⁷ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição e Processo: Regrimentos e garantias constitucionais do processo*, p. 103; Paulo Lopo Saraiva, *A Constituição deles não é a nossa*, p. 34. A prof.ª Regina Ferrari, op. cit., p. 115, lembra que a reforma de 1929, na Carta Política de Weimar, ampliou ainda mais o leque de ação do referido controle constitucional.

¹⁸ Rogério Lauria Tucci, op., p. 104.

A partir de 1988, com o advento da chamada Constituição cidadã, o sistema jurídico-político ganhou um elenco assaz razoável para a propositura da ADIn, consoante se extrai do art. 103, incisos de I a IX, o que não mais é de competência tão-somente do chefe do Ministério Público federal.

Há, pois, na atual Carta Política de 1988, um misto de duas espécies de controle judicial da constitucionalidade, que, pela via repressiva, são: o método difuso ou *incidenter tantum*, de caráter jurisdicional, natural dos EUA; e o concentrado ou por via de ação direta, de efeito vinculante geral, *erga omnes*, de caráter político, nascido no afã da Constituição da Áustria.

Volvendo-nos à segunda modalidade, tem-se que o controle judicial abstrato pelo método concentrado, em que pese opiniões em contrario¹⁹, se reveste de atributo eminentemente político, uma vez que a Corte Constitucional analisa o conteúdo e a forma de uma lei infraconstitucional, supostamente contrária à Constituição, em termos hipotéticos e abstratos, sem, dessarte, aplicar a lei ao caso concreto ou “*contenciosamente*”, no dizer de nosso mestre das letras jurídicas, Seabra Fagundes. É o que se depreende das lições do Exmo. Sr. Min. Moreira Alves:

*“A representação de inconstitucionalidade, por sua própria natureza, se destina tão-somente à defesa da Constituição vigente quando de sua propositura. Trata-se, em verdade, de ação de caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese, razão por que o titular dela – e árbitro da convivência de sua propositura – é um órgão político”*²⁰
(grifo nosso)

Nessa perspectiva, a aferição de norma ou lei em abstrato se faz com base em dois prismas, a saber: o formal, verificando se há desvio na elaboração do ato. Tem caráter meramente hermenêutico e técnico; e o material, quando se perquire da existência de antagonismo entre o conteúdo e a Constituição, analisada esta em seu espírito e filosofia. Alias, os princípios são como que a pedra angular de todo o sistema jurídico positivo que delinea a vida nas sociedades civilizadas, pois nas lições do ilustre publicista Carlos Ari Sundfeld, “aplicar as regras desconsiderando os princípios é como não crer em Deus mas preservar a fé em Nossa Senhora”²¹.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 102, reza que:

*“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”*.

¹⁹ Michel Temer, Elementos do Direito Constitucional, p. 41.

²⁰ Nagib Slaibi Filho, Anotações à Constituição de 1988: Aspectos Fundamentais, p. 94.

²¹ Fundamentos de Direito Público, p. 140.

Pela dicção do referido dispositivo, nota-se que cabe ao órgão de cúpula do poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, além de uma serie de outras atribuições, a defesa, em ultima palavra, da Lei Maior que rege o país. Isso no que diz respeito a lei ou ato normativo federal ou estadual. Logo, uma vista meio apressada do texto, sob uma interpretação filológica, não nos informa sobre o caso de uma lei municipal que contrarie a Constituição Federal. Isso será objeto do nosso próximo tópico.

Com pertinência aos Estados-membros, o art. 125, § 2.º, é bem taxativo, por simetria constitucional, ao dizer que os Tribunais de Justiça devem apreciar a constitucionalidade das normas e dos atos estaduais e municipais perante a Constituição Estadual.

Como se falou anteriormente, a constituinte de 1988 foi pródiga em arrolar, no art. 103, nove incisos legitimados ativamente para propor a referida ação. Urge lembrar, de passagem, com relação ao ultimo, “*confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*”, o julgamento da ADIn 505-7, quando o STF dispôs sobre a estrutura das Confederações sindicais, com supedâneo no art. 535 da CLT – recepcionado pela Carta de 1988 – cuja composição deve ser de, no mínimo, 3 federações²².

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CF

Descer, neste momento, a pormenores aspectos do Município na estrutura federativa brasileira, seria fugir um pouco dos nossos limites didáticos. Contudo, é imprescindível que se faça um brevíssimo comentário em cima de seu notável alcance jurídico-político no Brasil.

Como a mais genuína criação no contexto da disposição do Estado Federal brasileiro, o Município, para alguns escafandristas do assunto, sempre foi uma peça autônoma politicamente, antes mesmo da criação dos Estados-membros em nosso ordenamento. Nasceu de modo espontâneo e natural, não da “técnica legislativa”, na Expressão de pontes de Miranda, ou “sob um legalismo positivo, imposto de cima para baixo, mas como um produto dos elementos fornecedores dos hábitos sociais, que por sua vez se concretizam nas instituições políticas e na legalidade”, lembrando a eminência do magistério de Alceu Amoroso Lima²³.

Urge lembrar que o Município ainda se apresenta como um simulacro atípico no panorama federal, seja porque não possui Poder Judiciário próprio, seja pela ausência de representação da vontade local nos interesses nacionais. Mesmo assim, é inegável, principalmente após a Constituinte de 1988 – que retirou dos Estados a capacidade de organizar seus municípios – o prestígio auferido por este ente, agora com status de Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, dotado de autonomia política, normativa, administrativa e financeira, consoante consta dos arts. 1.º e 18 da CF.²⁴

No tocante, pois, ao controle da constitucionalidade de leis municipais em face da CF, a doutrina majoritária, ao abrigo da imprevisão normativa, em cujo

²² Fundamentos de Direito Público, p. 140.

²³ Em prefácio à obra de Alcântara Nogueira, Conceito Ideológico do Direito na Escola do Recife.

²⁴ José Afonso de Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 591.

entendimento está a Egrégia Corte, se posiciona no sentido de que só há controle constitucional, para esse caso, pelo rumo do método difuso ou incidental, chegando ao STF apenas por grau de recurso extraordinário (art. 102, III, “c”, CF).

O outro norte do problema, em contrapartida, reside numa interpretação extensiva ou mesmo lógico-sistemática, “*ratio legis*”, segundo a qual haveremos de enxergar a palavra municipal como implicitamente referida no art. 102, I, “a”, sem cometer, com isso, o erro de privar o Município em ter suas leis apreciadas, através de ação direta, pelo mais alto tribunal do país, ou lhe negar observância do princípio da igualdade das pessoas políticas, inadmitindo discriminação, em regra, entre os ente federados.²⁵ O recurso no qual se serve o hermeneuta em estender o sentido e o alcance da norma é, nas célebres convicções de Miguel Reale, “acrescer algo de novo àquilo que, a rigor, a lei deveria normalmente enunciar, à vista das novas circunstâncias, quando a elasticidade do texto normativo comportar o acréscimo”²⁶.

A nosso ver, constitucionalmente falando, pensar diferentemente dessa última corrente, por sinal minoritária, sob o biombo silencioso da Constituição, é ainda sem a intenção de o fazer, acometer-se em restrições infundadas e contribuir cada vez mais para o desprestígio dos Municípios na conjuntura atual do federalismo brasileiro²⁷. A título de curiosidade, o controle difuso, nos EUA, não adquiriu operacionalidade com fulcro em preceito normativo, mas na criação pura e simples da doutrina e jurisprudência norte-americanas.

Entretanto, *data vênia*, não obstante rejeitarmos tal pretexto da opinião dominante, chegamos em certo ponto a filiar-nos a ela, quando, saindo do plano normativo-constitucional, deparamo-nos com uma realidade factualmente impossibilitante de se dar operacionalidade ao quadro juspublicista de que goza o Município atualmente, ou seja, o fato de o STF, detentor de competência originária, ordinária e extraordinária, sobre os mais variados assuntos, encontra-se altamente sufocado com o exagerado número de processos dos quais são encarregados seus onze ministros. Posição essa que nos convém acatar, não por nos estribarmos no “silêncio eloqüente” da Carta Magna ou com desrespeito aos princípios de Direito Público, mas sim transcender as fronteiras do factível.

Donde se conclui que para o Município se utiliza do controle abstrato pelo STF, surgem três propostas, conforme nos assinala o insigne constitucionalista Dalmo de Abreu Dallari²⁸; ou aumentar o número de juízes, ou reduzir as competências do Tribunal, ou ainda criação, nos moldes da Itália, Espanha, Portugal, Alemanha etc. Fora dessa perspectiva, bem que nos adverte Nagib Slaibi Filho: “existindo mais de cinco mil municípios no Brasil, seria exigir demasiadamente da capacidade de atendimento do mais Alto Tribunal a tal demanda”²⁹.

²⁵ Vide Sérgio Ferraz, Declaração de inconstitucionalidade no STF, Revista Trimensal de Direito Público, 03/93, p. 209; Carlos Ari Sunfeld, op. cit., p. 178.

²⁶ Lições Preliminares de Direito, p. 288.

²⁷ Vide excelente artigo do saudoso Min. José Augusto Delgado, O Controle da Constitucionalidade das leis municipais, Revista F3D – Publicações Jurídicas, Ano III, cad. 24, pp. 398-410.

²⁸ O Poder dos Juízes, p. 110.

²⁹ Op. cit., p. 94.

Atingindo, desse modo, um meio termo, diríamos que as leis ou atos municipais, em confronto com a CF, devem continuar sendo apreciados pelo sistema difuso ou por via de exceção, dada a impossibilidade material de sê-lo imediatamente pelo STF. Isto, contudo, não implica que, excepcionalmente, algum Tribunal de Justiça não faça às vezes de Corte Política para o caso em comento, já que os princípios elencados pela Constituição Estadual são pressupostos da Federal, sendo passíveis ainda de recurso extraordinário para o Supremo.

Foi exatamente o que fez o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da ADIn 374-0, de sorte que o colegiado suspendeu liminarmente a expressão “federal” contida no art. 74, XI, da Constituição do mesmo Estado, tendo, pois, competência para o julgamento de lei municipal³⁰.

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O SENADO PERANTE O JULGAMENTO DO STF

O controle pelo duto da ação direta por omissão, em nosso sistema, veio a ser recepcionado recentemente, quando da promulgação da Carta Magna de 1988, que tomou como modelo a Constituição da República Portuguesa de 1976.

É preciso, no entanto, que chamemos a atenção, por questões de interesse prático, que tal espécie de controle por omissão obteve nascedouro já na Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 1974, mediante iniciativa de seu então presidente Josip Broz Tito.³¹

Tanto em Portugal quanto na Iugoslávia, há como foro competente o Tribunal Constitucional, no que tange as questões de inconstitucionalidade em tese. De maneira semelhante acontece com o Brasil, conquanto tenhamos que interpretar, mais uma vez, extensivamente o art. 102, I, “a”, englobando, pois, a ADIn por omissão como objeto de processo e julgamento pelo STF, guardião da *Lex Fundamentalis*.

A ADIn por omissão, dessarte, é um remédio constitucional que consiste em evitar a programaticidade ou inoperância da Lei Maior, fazendo a norma “passar da abstração para a concreção; da inação para o ação”³², isto é, visa a impedir a inexecutabilidade de certa lei ou ato normativo, em virtude de inação do legislador encarregado de regulamentá-la. Inolvidável que se diga que gera efeitos *erga omnes*, já que faz parte do controle por via de ação direta, em tese.

O art. 103, caput, CF, já referido anteriormente, dispõe sobre os legitimados ativos, sendo os mesmos para a aludida ação.

Quando à defesa de constitucionalidade pelo Advogado Geral da União (art. 103, § 3.º), é quase unânime o entendimento de que se faz despidendo tal encargo, motivo por que o que se questiona é uma omissão legislativa e não ato ou texto impugnado.

³⁰ Michel Temer, op. cit., p. 45/6.

³¹ Ivo Dantas, Mandado de Injunção: Guia teórico e prático, p. 56.

³² Michel Temer, op. cit., p. 50.

Sabe-se, porém, que o grande problema mora no momento em que nos depararmos com o § 2.º do artigo *sub examine*, visto envolver discussões de feição axiológica, política e normativa, que envolvem os poderes Judiciário e Legislativo.

Inicialmente, Como meio de externar posicionamento paralelo e ao mesmo tempo intrínseco, tomemos por oportuno fazer menção ao art. 59, X, CF, excluindo, desse modo, seu alcance e sentido do presente tema, uma vez que acharmos, sob certa literalidade, que a expressão “decisão definitiva” refere-se ao controle da constitucionalidade por via de exceção ou método difuso, o que dá a perceber que a matéria foi julgada em última instância, no STF, por grau de recurso.

Logo, tentamos afastar, com isso, a participação do Senado na ação direta, cabendo-nos, doravante, reposicionar a atuação do mesmo, os Representantes dos Estados, com referência á redação dada pelo § 2.º do art. 103, ou seja, com relação à ação direta por omissão.

Nesse intento, por força da clareza verbal do §2.º e do principio segundo o qual o Legislador não é obrigado a legislar, muitos doutrinadores do assunto se pacificam nessa direção, evitando uma suposta subordinação do Legislativo ao Judiciário, o que a Constituição diz quando não delimita prazo para o legislador, ao contrário do órgão administrativo, cujo termo é de trinta dias.

É nesta controvérsia, em contrapartida, que comungamos com aqueles idealizadores de uma visão mais teológica para com o nosso “guardião da Constituição”, posto que se oferece ao Supremo um corpo de ministros-juízes do mais alto porte intelectual e jurídico – ou como diz o texto, “de notável saber jurídico e reputação ilibada” -, existindo em vários outros países, consoante já expusemos, tribunais constitucionais tão-somente para apreciar a constitucionalidade abstrata das leis, cuja natureza da declaração é política, meramente.

Nesse panorama, não se quer reduzir o prestígio do Poder Legislativo no atual tridimensionalismo harmônico e independente, mas repensar sobre o tratamento dado pelo constituinte de 1988 a essa tripartição, haja vista que tal relacionamento não se concebe, como outrora, estanque, quão o foi ao arquétipo de séculos anteriores. A conformação entre o Poderes requer, segundo a própria Constituição, não só independência mas harmonia, à medida que cada Poder se encarregue de contribuir com suas funções próprias, típicas, ao mesmo tempo que se preste a funções atípicas, impróprias, *verbis gratia* o que o que ocorre quando o Senado Federal processa e julga o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF). Nas palavras, pois, de Nagib Slaibi Filho, “na ação direta, o Tribunal exerce uma função legislativa anômala”³³, com pertinência ao que temos versado acerca do papel político do STF.

A ciência ao Poder competente, de que fala o § 2.º, deve ser compreendida –ao menos na melhor das hipóteses e através de criação jurisprudencial – com prazo prefixado ao legislador, que uma vez expirado, estar-se-ia automaticamente configurada a anulabilidade da lei ou ato normativo repugnado pelo Tribunal Constitucional, e não do modo como se infere da mensagem expressa pelo dispositivo, deixando à mercê do

³³ Op. cit., p. 93.

Poder Legislativo uma decisão advinda de um superior Tribunal Federal ao qual chamamos de Supremo, ou seja, dono da última palavra.

Com efeito, falar em equilíbrio harmônico e independente significa atribuir ao Judiciário a tarefa de apreciar a constitucionalidade da norma e, se for o caso, anulá-la por maioria absoluta de votos, cabendo apenas ao Legislativo dar publicidade ao acórdão pelo Diário Oficial. No que concerne ao método difuso, é inequívoca a idéia de que, chegando o processo ao Supremo, por via de recurso, e este declarando *in concreto* a inconstitucionalidade, só resta ao Senado decidir, mediante resolução, pela resolução ou não da referida lei, ato este que dará efeito *erga omnes*, pois até então havia-se restringido ao caso concreto, segundo labor hermenêutico que damos ao art. 52, X, CF.

Vê-se, dessa maneira, que existe notável diferença de atuação política a respeito do Senado Federal, quando se reporta ao controle da constitucionalidade. Pelo método difuso, dá-se provimento jurisdicional ao julgamento em concreto, havendo a *posteriori*, somente conforme dispuser aquela Casa Legislativa, incidência geral. Já pelo método concentrado, no caso da ADIn por omissão, a inócua expressão “será dada ciência”, oriunda de uma decisão de atributo legislativo, deve vir acompanhada, na mais branda das alternativas, de um prazo tal qual foi estabelecido para o órgão administrativo, opinião esta que coaduna com a preleção de Paulino Jacques, para quem “O Judiciário, declarando a inconstitucionalidade de uma lei, cumpriu seu dever; resta ao Senado fazer o que lhe toca, suspendendo-lhe a execução”³⁴.

Como meio de se conceder um papel complementarmente formal ao Senado, a tendência hodierna está no sentido de que a ação direta de inconstitucionalidade, incluindo o modelo omissivo, perfaz teologicamente a inteligência do § 2.º, não mais do art. 103 da CF, mas agora do 102, reza:

“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo”.

Raciocinando assim, diga-se de passagem, não implica confundir a ação declaratória de inconstitucionalidade, objeto nosso, com a declaratória de constitucionalidade, institutos apenas semelhantes.

Esta, pois, é a inclinação sistêmica de Ronaldo Poletti, em sua clássica obra por vezes citada³⁵, em que faz menção ao Ministro Rodrigues Alckmin, do Colendo Tribunal, cuja colaboração foi preciosa para o processo administrativo 4.477/72, que deu ao Regimento Interno do Supremo a seguinte linha de pensamento:

“Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a Representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não

³⁴ Op.cit., p. 179.

³⁵ Op. cit., p. 152/3.

veja, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida”.

No tópico que se nos vem à frente, falaremos um pouco, como desfecho do trabalho, dos efeitos decorrentes da decisão pelo STF.

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA VIA DIRETA

Abordar o item que nos toca no momento não é tarefa das mais pacíficas, haja vista a divergência que já é posta a respeito do significado que se tem de ato nulo e anulável quanto ao Direito Público e Privado.

Tentaremos, no percorrer destas últimas linhas, não obstante se reconhece que o assunto possibilita galgar os confins de uma simples monografia, ao menos buscar uma definição mais objetiva, sensata e precisa para os efeitos da ADIn, em tese, que se vislumbra à par do exame sobre o alcance das sentenças declaratória e constitutiva.

Um lado da corrente opinante, prosélitos da teoria constitucional norte-americana, advoga a tese segundo a qual uma lei declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, deve ter por fulminada sua eficácia desde o início de sua existência, ou melhor, o acórdão de declara determinada lei ou preceito normativo incompatível formal e materialmente com a Lei Maior, torna-o absolutamente nulo, devendo, dessa maneira, desaparecer *ab initio* do mundo jurídico, por lhe ter faltado exatamente o substrato ou qualidade de lei. O efeito é *ex tunc*, retrooperante, típico de sentenças declaratórias, condizendo com a premissa latina *quod nullum est, nullum effectum prouducit*. Tal é a opinião de juristas da lavra de Alfredo Buzaid, Ronaldo Poletti, Rui Barbosa, Miguel Reale, o Supremo Tribunal Federal e outros.³⁶

Por diverso raciocínio, encontram-se José Afonso da Silva³⁷, Hugo de Brito Machado³⁸, Regina Maria Nery Ferrari³⁹, Min. Leitão de Abreu etc., filiados que são ao constitucionalismo austríaco, da Escola de Viena.

A inteligência dos que assim caminham se faz de modo a conceber certos temperamentos à decisão que declara, em abstrato, a inconstitucionalidade de uma lei. Sem embargo, achamos, seguindo-lhes a diretriz, que atribuir caráter de nulidade absoluta à decisão do Supremo, que por conseguinte retrocede os efeitos à data do nascimento da norma, importa pôr em perigo de instabilidade a ordem jurídica, uma vez que se faz mister analisar tais repercussões, antes de tudo, à luz dos direitos adquiridos, quais sejam aqueles que já foram incorporados ao patrimônio pessoal e real dos cidadãos.

³⁶ Ronaldo Poletti, op. cit., p. 118-129.

³⁷ Op. cit., p. 55-59.

³⁸ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, Revista Trimestral de Direito Público, 06/1994, p. 221-225.

³⁹ Op. cit., p. 114-146.

Há, pois, em nossa maneira enxergar, necessidade de se idealizar efeito *ex nunc* ao acórdão prolatado pelo Egrégio Tribunal, que somente anula a lei inquinada de vício, à medida que são considerados válidos, tanto do ponto de vista formal como do social, os fatos e atos jurídicos realizados anteriormente à decisão, sob a égide de uma norma presumivelmente constitucional, o que é mais importante, para a confiança daqueles que, de boa-fé, gozaram de suas benesses. É-nos, destarte, insuspeito que a uma norma não se forneça o apanágio da presunção, cujo nascimento se deu no processo legiferante formal e normal.⁴⁰ Aproveitando, de igual arte, as palavras da prof.^a Regina Néri Ferrari, tem-se que “admitirmos, assim, que a lei inconstitucional vive, por mais breve espaço de tempo que seja”⁴¹.

E lá pela frente arremata, “reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-se ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do Direito e sua própria finalidade”⁴².

Nessa perspectiva, a decisão provinda de um acórdão do Supremo possui natureza constitutiva, posto que, revestida de uma declaração comum a todo tipo de sentença, cria, modifica ou extingue uma relação jurídica⁴³, cujo efeito temporal opera para o futuro, dali por diante, sem excluir, de igual sorte, a possibilidade de retroagir excepcionalmente, cabendo nesse caso à Corte Suprema perquirir dos pormenores por que se apresenta o caso concreto e o interesse público.⁴⁴

Seguem-se, nesse desiderato, as lições de Mauro Capelleti⁴⁵, para o qual devemos inclinar-nos analogicamente ao mesmo processo ocorrido com a Constituição da Áustria, principalmente após a reforma de 1929, e dos EUA, quando estes dois países passaram a compreender mais maleavelmente a lógica dos efeitos declaratórios da inconstitucionalidade, de modo que a Áustria tendeu a utilizar-se, em certos casos especiais, da nulidade absoluta, ao passo que os EUA moderaram suas incidências meramente declaratórias, no que tange a matéria administrativa e civil, aformoseando-lhes de estabilidade Jurídica.

⁴⁰ Cumpre salientar, a propósito do que achamos em relação à presunção de constitucionalidade da norma jurídica, que, ao lado dos benefícios de que ela é capaz, há também que cogitar-se dos malefícios advindos da declaração de inconstitucionalidade, quando se lhe tem depositado confiança e utilizado de suas finalidades normativamente permitidas. Para isso, o cidadão prejudicado pode ingressar em juízo com uma ação de ressarcimento de danos contra o Estado, em virtude de ter editado uma lei maculada de forma ou conteúdo. Foi inclusive posição adotada pelo Supremo, através do eminente Min. Castro Nunes. Vide trabalho, a esse respeito, do nosso ilustre juriconsulto Mário Moacyr Porto, Responsabilidade Civil do Estado: Atos legislativos e atos judiciais, Revista CEJRN, Justiça Federal de 1.^a Instância, Natal – RN, v. 2, n.º 1, jan/um 1995.

⁴¹ Op. cit., p. 75.

⁴² Op. cit., p. 87.

⁴³ J. E. Carreira Alvim, Elementos de Teoria Geral do Processo, p. 316.

⁴⁴ O Min. Carlos Mário da Silva Velloso, O STF, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão da guarda da Constituição, Revista Trimestral de Direito Público, 04/1993, p. 233, demonstra, com muita propriedade, ter maior senso de justiça a idéia de se caber ao STF, assim como na Corte Constitucional de Portugal cujo suporte advém da Constituição de 1976, a aferição adequada aos efeitos “*ex tunc*” e “*ex nunc*”, em que este último zelaria pela segurança das relações jurídicas.

⁴⁵ Il controllo Giudiziario de Costitucionalità delle Leggi nel Diritto Comparado. Milão: Dott. Giuffrè, 1979 **apud** Regina Ferrari, op. cit., p. 136.

CONCLUSÃO

Chegamos, enfim, ao termo desta despretensiosa dissertação. Parafraseando o brilhante cenógrafo Tomás Santa Rosa, diríamos que “um quadro por maior que seja, não atinge a amplitude de um cenário”.

Sob a luz de tão profícua mensagem, concluímos que os temas de cunho juspublicístico, diga-se os que se reportam ao Direito Constitucional, Tributário, Administrativo etc, merecem exames que envolvam, imprescindivelmente, suas nuances políticas, na medida que se absorve o caráter de seus questionamentos no Direito comparado, sempre correlacionando o objeto de estudo como que emoldurado numa atmosfera não só de normas, mas de valores e fatos implicados tridimensionalmente em reciprocidade dialética.

Ensina-nos uma das maiores culturas da teoria jurídico-científica moderna, J. J. Calmon de Passos, que “A interpretação constitucional é, hoje, dos maiores desafios postos para o jurista e um dos campos mais facundos e mais prioritários de seu labor científico”⁴⁶.

Os tópicos versados disseram algo de modo bastante relativo, em termos acadêmicos, acerca dos assuntos mais polêmicos no que pertine à Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A bem da segurança jurídica e dos direitos adquiridos de boa-fé, faz-se necessário dosar com mais justeza os efeitos decorrente de uma decisão *in abstracto*, em face da ADIn, o que equivale a lhe revestir, grosso modo, eficácia futura no tempo, como uma amálgama de sentença declaratória e constitutiva. Isto sem olvidar que se pense na posição menos comprometedor do Senado quando das ações diretas, em que o Supremo, fazendo as vezes de Corte Constitucional, emite acórdão de atributo legislativo-político, cabendo tão-somente ao legislador publicar a decisão.

É missão de cada um, operador do instrumento de paz social a que se cognominou Direito, indagar de seus pressupostos básicos à lucidez das áreas multidisciplinares da Ciência Jurídica, vista a Constituição não como uma “metáfora ideologicamente abstrata”, mas como matéria-prima de se viver com direitos e garantias elencados eficazmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICANO, Alberto. Ensaio sobre as Constituições Rígidas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1948.
- CALMON, Pedro. Curso de Teoria Geral do Estado, 4.^a ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1954.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Hábeas Data: Constituição e Processo, 1.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CARREIRA ALVIM, J. E. Elementos de Teoria Geral do Processo, 4.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

⁴⁶ Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Hábeas Data: Constituição e Processo, p. 03.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 18.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. O Poder dos Juízes, São Paulo: Saraiva, 1996.
- DANTAS, Ivo. Mandado de Injunção: Guia teórico e prático, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- DELGADO, José Augusto. O Controle da constitucionalidade das leis municipais, F3D – Publicações Jurídicas, Ano III, Dez/95, 2.^a Quinzena, cad. 24.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos de Declaração de Inconstitucionalidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FERRAZ, Sérgio. Declaração de Inconstitucionalidade perante o STF, Revista Trimestral de Direito Público, 03/1993, São Paulo: Malheiros Editores.
- FILHO, Nagib Slaibi. Anotações à Constituição de 1988: Aspectos Fundamentais, 4.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. Direito Constitucional, 1.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GROPPALI, Alexandre. Doutrina do Estado, 8.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1953.
- JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional, 3.^a ed., São Paulo: Forense, 1956.
- LAURIA TUCCI, Rogério. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e garantias constitucionais do processo, São Paulo: Saraiva, 1989.
- MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, Revista Trimestral de Direito Público, 06/1994, São Paulo: Malheiros Editora.
- MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, 19.^a ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1988.
- MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Teoria das Constituições Rígidas, 2.^a ed., São Paulo: José bushatsky, 1980.
- NOGUEIRA, Alcântara. Conceito Ideológico do Direito na Escola do Recife, Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 1980.
- PINTO FERREIRA, Luis. A Constituição e o Poder da Reforma Constitucional: Revisão e Emenda, 3.^a ed., Faculdade de ciências humanas de Pernambuco, 1994.
- POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade Civil do Estado: Atos legislativos e atos judiciais, Justiça Federal de 1.^a Instância, Natal: CEJRN, 1995, v.2, n.1.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 17.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- SARAIVA, Paulo Lopo. Antologia Luso-brasileira de Direito Constitucional, Brasília: Brasília Jurídica, 1992.
- _____. A Constituição deles não é a nossa, 1.^a ed., Natal: Cooperativas Cultural, 1993.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 12.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, 2.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, 11.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- VELOSO, Carlos Mário da Silva. O STF, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição, Revista Trimestral de Direito Público, 04/1993, São Paulo: Malheiros Editores.

DIREITO CONSTITUCIONAL

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Hallison Rêgo Bezerra
4º período - matutino

INTRODUÇÃO

Acompanhando a rica história dos povos, que serve para explicar muitos dos fatos contemporâneos, dentre eles os jurídicos, percebemos a evolução do modelo constitucional da Idade Moderna até os nossos dias.

Iniciou-se com a formação dos estados constitucionais, fruto de um movimento de cunho liberal que tinha como objetivo acabar a barbárie dos Estados absolutistas, sob a influência dos teóricos do liberalismo.

As Constituições liberais, fruto de tais mudanças, caracterizaram-se pelo aspecto organizacional e defensivo, sustentando um Estado apático e realizador apenas de suas atividades mínimas, em que a divisão dos poderes estivesse claramente caracterizada e que os indivíduos pudessem usufruir de segurança, liberdade e propriedade. Tiveram como princípio norteador a liberdade, garantidora dos direitos individuais dos cidadãos.

Com o passar do tempo, mais especificamente no final do séc. XVIII, com o início da Revolução Industrial, os povos passaram a sentir, de forma mais acentuada, a deficiência do Estado do "*laissez faire, laissez passer*".

Começa a surgir, então, a preocupação política em se mudar a atuação do Estado e, conseqüentemente, seu texto organizacional, qual seja, a Constituição. Nasce, pois, o *Welfare State* com a preocupação na coletividade, e as Constituições dirigentes (segundo classificação de Canotilho) com o escopo de promover não somente a igualdade perante a lei, mas através da Lei.

Fundamentando-se no princípio da igualdade, as Constituições dirigentes têm por fim a concretização da igualdade material através da atuação do Poder Público, sustentando um Estado Social eminentemente intervencionista para reatar os laços Estado sociedade, e contrapondo-se ao caráter apático dos Estados Liberais. Entende-se, no Estado-Social, que não existe igualdade, mesmo perante a lei, com uma elevada dissimilitude econômica.

Através de uma série de diretrizes e programas, as Constituições dirigentes impõem ao legislador ordinário e aos governantes metas a serem traçadas com o escopo de reduzir, cada vez mais, as diferenças sociais.

O direito não ficou mais restrito ao entendimento entre o "meu" e o "seu", mas passou a ser considerado em função do "nós", ou seja, da coletividade. Dessarte, como já dito, foram criadas diretrizes e programas de caráter social que para alcançar sua total eficácia necessitavam de uma regulamentação posterior. Estas, passaram então a ser as principais metas das Constituições dirigentes; ou seja, a concretização posterior das normas de eficácia limitada pelo legislador ordinário, assim como, a atuação do Executivo, tomaram-se as condições para o seu sucesso. Controlar a

omissão dos políticos seria o objetivo principal do Estado.

Com a Constituição de 1988, o Brasil deu um grande passo em relação ao modelo constitucional presente no mundo moderno. Em seu bojo, traz a presente Carta um complexo de direitos sociais, econômicos, culturais e até ambientais que a transforma em Constituição dirigente, diferenciando-a das Constituições de outrora que se limitavam à função de organização do Estado.

Para garantir que sua vontade fosse conferida e assegurar o êxito do Texto Constitucional, importou o Constituinte de 1988 um poderoso remédio constitucional que atribui ao Poder Judiciário o controle das omissões executivas e legislativas, declarando direitos, sem, contudo, invadir as áreas de atuação dos outros Poderes.

O mandado de injunção, criado como meio de concretizar a Constituição, já nasceu como um instituto de extrema relevância para o tipo constitucional presente, tomando muito mais complexa a atuação dos Tribunais.

Com efeito, os Tribunais, que até então, desenvolviam, quase que praticamente, apenas as funções tradicionais da jurisdição, iriam passar também a controlar o empenho dos governantes. Com este poder, fica o Judiciário acentuadamente responsável pela forma de atuação do Estado, fato que se restringia, até então, ao Executivo e ao Legislativo.

ORIGEM

Para se falar em mandado de injunção, toma-se imprescindível uma breve explanação sobre *writs*.

A palavra *writ* é de origem inglesa e deriva do vocábulo *written* (escrito). O *Webster's New World Dictionary of the American Language* define *writ* como "a formal legal document ordering or prohibiting the performance of some action".¹ O *Cambridge International Dictionary of English* conceitua o vocábulo supra como "a legal document from a court of law which informs someone that they will be involved in a legal process and instructs them what they must do".²

Segundo Diomar Ackel Filho, *writ* deve ser entendido como "um mandamento expedido pelo órgão jurisdicional competente, no exercício da soberania de suas funções estatais, endereçado a quem deve cumprir a lei, seja autoridade ou mesmo pessoa física".³

Várias são as espécies de *writs* conhecidas. Dentre elas estão: o *writ of mainprize*, *writ de odio et atia*, *writ de homine replegiando*, *writ of habeas corpus*, *jurisfirma*, *mandaus*, *writ of certiorari*, *writ of prohibition*, *writ quo warranto*, *writ of error*, *writ of injunction* e *juicio de amparo*.

Questão muito discutida doutrinariamente é a natureza jurídica da ação do *writ*. se mandamental ou de conhecimento. Este problema tem sido focado, principalmente, com base no mandado de segurança.

¹ Diomar Ackel Filho. *Writs Constitucionais*: "habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data" - 2ª ed. ampl. - São Paulo: Saraiva, 1991. P. 7.

² International Dictionary of English. London: Cambridge University Press, 1995.

³ Diomar Ackel Filho. *Op. cito* p. 7.

Sebastião de Souza entende que o mandado de segurança tem natureza constitutiva. enquanto que Amaral dos Santos defende a tese de que o mandado de segurança tem natureza de conhecimento. podendo ser declaratória. constitutiva ou condenatória.

Pontes de Miranda, discorrendo sobre o tema. atesta: "A pretensão ao mandado de segurança é preponderantemente mandamental típica. Não se precisa de ação de execução de sentença proferida na ação de mandado de segurança. Nem há nela mesma execução. que pudesse sugerir fosse ação executiva *lato sensu*. O juízo

expede o *mandatum* de *faciendo*. É esse mandado que representa a eficácia principal da sentença. A parte não pediu somente que se declarasse ou condenasse. nem pediu que se constituísse ou executasse o devedor; a parte pediu o mandamento contra o que ameaçou ou violou autoridade estatal, como o juiz. ou alguém com função delegada".⁴

A ação mandamental refere-se a atos que a autoridade competente ordena que se cumpra. O mandado de segurança, se julgado procedente. contém uma ordem dirigida a uma autoridade ou pessoa física para que se pratique, não se pratique ou deixe de praticar atos que estejam impedindo a concretização de um direito líquido e certo. O *habeas corpus*, segundo Pontes de Miranda, nem condena, nem executa - manda. Assim, acontece também com os outros *writs*; *hábeas data*, mandado de injunção etc.

O *writ* precede o direito inglês. tendo sua origem nos tempos da Magna Carta. onde objetivava garantir os direitos dos cidadãos quando violados.

O Mandado de Injunção é uma das espécies de *writs* que teve sua origem na Inglaterra. no século XIV. com fundamento no princípio da equidade.⁵ "É um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a Common Law não oferece proteção suficiente".⁶

Nos Estados Unidos, consoante os ensinamentos de Diomar Ackel Filho⁷, o *writ of injunction* é aplicado sempre que uma norma se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar o caso. Ocorre também quando o caso envolve julgamentos baseados em princípios de justiça e consciência, reclamando a busca de um remédio de equidade.

Nesse ordenamento jurídico. a *injunction* é amplamente utilizada, quer como ação de natureza cautelar, quer como provimento definitivo. Lá, a injunção é usada até em casos de litígios entre cônjuges. com base sempre na equidade, e em causas trabalhistas. Este instituto divide-se em "prohibitory injunction" que consiste na ordem judicial para que não se faça alguma coisa que venha a restringir direitos e a "mandatory injunction" que determina que se faça algo para assegurar direitos violados. O descumprimento da "injunction" consiste em "contempt of court" e autoriza o Tribunal a sancionar o responsável com prisão decretada em forma sumariíssima.⁸

Existe também na Alemanha a ação de injunção, prevista na Emenda 19 da Constituição. Nesse país, a Corte Constitucional Federal, através desse remédio jurídico, tem poderes para sanar o problema do caso concreto.

Qualquer pessoa (física ou jurídica) pode apresentar reclamação

⁴ Pontes de Miranda *apud* Diomar Ackel Filho, *Op. cito* p. 13.

⁵ Encyclopedica Britanica, *apud* José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. - 9ª ed. Rev. Ampl. São Paulo, p. 392.

⁶ José Afonso da Silva. *Op. cito* p. 394.

⁷ Diomar Ackel Filho. *Op. cito* p. 112

⁸ Francisco Ivo Dantas Cavalcanti. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989.

junto a esse tribunal com o intuito de ver seus direitos subjetivos garantidos, por falta de uma norma regulamentadora ou devido a ato ou omissão de algum órgão público que a tenha prejudicado.

Se deferida a ação, a Corte Constitucional tem o poder, a fim de garantir o direito subjetivo do autor, de decidir, com efeito vinculante, os meios pelo qual aquele direito será atendido.

Em França, a figura da injunção também tem um caráter mandatório, mas com efeitos restritos às partes de uma demanda,

Em França, a figura da injunção também tem um caráter mandatório, mas com efeitos restritos às partes de uma demanda, podendo incluir os advogados, auxiliares da justiça ou outros que perturbarem a realização dos trabalhos judiciais.⁹

Em Portugal não existe a figura do mandado de injunção. A Constituição portuguesa, quando trata da omissão legislativa, fala somente da ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme preceitua o art. 283 desta Carta. Esse instituto, também previsto no ordenamento jurídico brasileiro (art. 103, § 2º da CF/88), tem por escopo dar ciência ao Poder competente para tomar as medidas necessárias à concretização do direito.

No Brasil, tal como está determinado, o mandado de injunção não se assemelha a nenhum dos institutos alienígenas. O legislador originário estabeleceu um caráter muito mais restrito ao mandado de injunção brasileiro que os supra citados. Enquanto nos EUA e na Alemanha ele pode ser largamente usado, no Brasil só o cabe na falta de lei regulamentadora que inviabilize direito e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade. No caso de direito garantido por lei ordinária, por exemplo, não possui o cidadão brasileiro meios legais para ver seu direito assegurado, a não ser por ato do poder legislativo.

Assim perfilha o Supremo Tribunal Federal: "Não cabe mandado de injunção, ut art. 5º, LXXI, da Lei Maior de 1988, em se cuidando de falta de norma regulamentadora a tomar viável o exercício de direitos previstos em lei complementar. A via processual pode ser utilizada, em princípio, somente quando a falta da norma regulamentadora tome inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".¹⁰

QUESTÕES OBSCURAS

1) Quais as condições para a propositura da ação de injunção?

O mandado de injunção é uma garantia constitucional que aparece pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro visando garantir direitos violados pela omissão legislativa. Está averbado no art. 5º, inc. LXXI da CF/88 do seguinte modo: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de uma norma regulamentadora tome inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

⁹ Diomar Ackel Filho. *Op. cit.* p. 114

¹⁰ MI 296-7, DJ 2802.92, *apud* Flávia C. Piovesan. *proteção judicial contra as omissões legislativas*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 122.

De tal sorte, toma-se condição *sine qua non* para a impetração do mandado de injunção a omissão legislativa, seja ela total ou parcial. Porém, não basta somente a omissão da atividade legiferante por parte do órgão competente para que se dê azo ao instituto; é necessário, também, que esta lacuna tome inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade.

Citamos o seguinte exemplo: estabelece o art. 7º, XXVII, que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a proteção em face da automação. Suponhamos que um dado trabalhador rural que trabalhava no cultivo da cana-de-açúcar de uma fazenda, tenha sido despedido devido a compra de tratores modernos que substituiriam seu labor. Resguardado o direito pela Constituição, poderá o trabalhador pleiteá-I o em juízo. Sabemos, porém, que o inciso supra não foi até o presente regulamentado, pois, como percebe-se, esta é uma norma de eficácia limitada que precisa de outra para lhe conferir a plenitude. Pode, nestas condições, o trabalhador impetrar uma ação de injunção para que seja garantido seu direito subjetivo, haja vista a omissão legislativa.

Segundo uma interpretação estritamente gramatical, depreende-se do texto normativo que é necessário para a propositura da ação de injunção que a falta da norma torne inviável o exercício não só dos direitos e liberdades constitucionais, mas também das prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade. Desta forma, porém, não entendemos. Interpretamos que a falta de uma ou de outra prerrogativa já é suficiente para o preenchimento das condições exigidas pela norma, não necessitando da presença de ambas.

2) O mandado de injunção não está regulado. Pode o mesmo ser aplicado?

O mandado de injunção encontra-se averbado no inc. LXXI do art. 5º da CF/88. O § 1º deste artigo estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata, o que nos faria deduzir que, apesar de não está regulamentado, o mandado de injunção poderia ser aplicado. Ressaltamos, todavia, que esta Indicação do art. 5º não é suficiente para a auto-aplicabilidade do mandado de Injunção, haja vista as inúmeras normas contidas neste artigo que precisam de regulamentação para a plena eficácia ser atingida. É preciso concordar também que esta norma é de eficácia contida, o que aliada ao inciso supra lhe atribui a condição de auto-aplicável. Dessa forma também entendeu o Ministro Moreira Alves ao proferir voto decisivo no MI107, asseverando que insuficiente é o § 1º do artigo 5º de CF/88 para garantir a auto-aplicabilidade ao instituto, havendo a necessidade de uma análise mais profunda da natureza jurisdicional do mesmo.¹¹

Com efeito, decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do MI 107-3: "a *injunction* é auto-aplicável, independente de norma jurídica que a regulamente, inclusive quanto ao procedimento. Relevante a este, aplicar-se-á, no que couber, e analogicamente, o relativo ao Mandado de segurança".¹²

É importante definir também o entendimento sobre o que vem a ser "norma regulamentadora", haja vista que este conceito não foi definido.

Flávia Piovesan advoga que seja feito uma interpretação

¹¹ Moreira Alves *apud* Regina Quaresma. *O mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 50.

¹² Francisco Antonio de Oliveira. *Mandado de Injunção*: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 34.

sistemática da Constituição para garantir ao mandado de injunção a mais ampla eficácia possível.¹³

No § 2D do art. 103 da CF/88, que trata da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está disciplinado que: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tomar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". Fazendo-se uma interpretação analógica, definir-se-ia norma regulamentadora como qualquer medida capaz de tomar efetiva norma constitucional, assim como previsto para a ação de inconstitucionalidade por omissão.

José Afonso da Silva entende semelhantemente. Segundo este autor, norma regulamentadora consiste não somente às leis ordinárias ou complementares, mas também aos atos do Poder Público.¹⁴

O Ministro Carlos Mário da Silva Velloso tem por inteligência que sempre que o jurista possa preencher a falta de uma norma regulamentadora deve ele fazer, e acrescenta que, nestes casos, não cabe mandado de injunção.¹⁵ Cita o exemplo do art. 192, § 3º da CF/88 que estabelece: "As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de créditos não poderão ser superiores a doze por cento ao ano...". Neste caso, entende o ministro e com ele concordamos, que não cabe mandado de injunção pelo fato do termo "juros reais" não está definido em lei regulamentadora. Inferimos que este é um caso de norma de eficácia contida, segundo classificação de José Afonso da Silva, que tem aplicabilidade imediata, não tomando, assim, inviável os direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas que dela decorram.

3) Pode o mandado de injunção ser impetrado tendo por objeto normas programáticas?

Michel Temer defende que no caso de omissão de atos meramente executivos ou administrativos para tomar plena a eficácia de normas programáticas não cabe mandado de injunção.¹⁶ Discordamos, com a devida vênia, da opinião deste eminente jurista.

Entendemos que é função do Poder Judiciário fiscalizar e controlar os demais Poderes, assim como defende Montesquieu em seu livro, O Espírito das Leis. Se assim não acontece, o Poder Executivo e/ou Legislativo teriam uma concentração de poderes muito grande em suas mãos, o que levaria, inevitavelmente, a um governo despótico.

O Brasil, pela primeira vez, possui uma Constituição dirigente, o que exige do Estado uma política intervencionista. Repise-se: o sucesso das Constituições dirigentes está em controlar a omissão do legislador ordinário e do administrador em seu conjunto de metas e programas.

Não se pode deixar que o Executivo decida sozinho sobre a forma de política a ser implantada no seio de sua sociedade. É necessário, mais do que nunca, que o Poder Judiciário reclame o cumprimento dos direitos sociais e econômicos presentes na Constituição para que o Brasil saia da condição de *Estado mínimo* para a de Estado Social.

¹³ Flávia C. Piovesan. *Op. cito p.* 118.

¹⁴ José Afonso da Silva. *Op. cito p.* 40.

¹⁵ Carlos Mário da Silva Velloso. *A nova feição do mandado de injunção*. Revista Trimestral de Direito Público. vol 2, 1993.

¹⁶ Michel Temer. *A nova feição do mandado de injunção*. Revista Trimestral de Direito Público. vol 2, 1993, p. 288.

Emerge o seguinte exemplo: suponhamos que em dado município, criado recentemente, por achar desnecessário, decide a Câmara Municipal não criar cargos nem construir escolas para prestar a atividade educacional à população. Entendemos, à luz do art. 6º da CF/88 que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados, na forma da Constituição. Para o Insigne professor Michel Temer, não caberia, neste caso, mandado de injunção. Ficaria, desta forma, o indivíduo que quisesse estudar, dependente da mais boa vontade de seus representantes, haja vista que o único Poder (Judiciário) que na teoria deveria ter competência para dirimir tal problema, não estaria habilitado.

A pergunta paira no ar: se o Judiciário não é competente para garantir um direito que já é constitucional, quem estaria habilitado para tal? Dizer, ao nosso ver, que as normas programáticas não podem ser objeto nesta ação é retirar sua própria juridicidade.

Estabelece o inciso XXXV da Constituição Federal o seguinte: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Dessarte, estando uma pessoa prejudicada pela omissão da regulamentação de uma norma programática, entendemos, à luz deste inciso e por serem as normas programáticas garantidoras de direitos, que não deve o Judiciário se eximir de exercer sua atividade típica quanto a elas.

4) Pode acontecer também que a norma regulamentadora seja inconstitucional. Neste caso, seria possível a impetração de mandado de injunção?

Roque Antonio Carrazza entende que sim. Afirma este assinalado autor: "Evidentemente, se houver regulamentação inconstitucional, inválida, pois, o mandado de injunção em tese caberá. É que a regulamentação inconstitucional equivale à não regulamentação".¹⁷

Todavia, há doutrinadores que discordam de tal posição, defendendo a tese que só mesmo a falta de norma regulamentadora é que propicia a impetração de mandado de injunção. Este é a posição de Odyr Porto que assevera: "é manifesto que o mandado de injunção presume uma omissão. Se incorrer essa falta, como por exemplo na hipótese de haver regulamentação, ainda que injusta, o mandado não será concedido".¹⁸

Interpretamos que nos casos da inconstitucionalidade de lei ou ato regulamentador de normas de eficácia limitada que, por este motivo, venham a restringir direitos ou liberdades constitucionais, bem como as prerrogativas inerentes à soberania, à nacionalidade e à cidadania, cabe a propositura de mandado de injunção.

5) Outro ponto a ser discutido é o conteúdo da significação do verbete "direitos" a que o inciso supra se refere.

Acreditamos que os direitos prejudicados por falta de norma regulamentadora para ensejar mandado de injunção não são apenas os dispostos no art. 5º da CF/88, mas, também, todos os outros que nela estejam presentes, assim como os decorrentes de seus princípios ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Diante destas considerações, definimos o mandado de injunção como o remédio-ação constitucional disposto aos titulares dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade

¹⁷ Roque Antonio Carrazza, *apud* Flávia C. Piovesan. *Op. cit.* p. 120

¹⁸ Odyr Porto, *apud* Flávia C. Piovesan. *Op. cito* p.121

potencialmente prejudicados por falta de norma ou ato regulamentador que lhe conceda eficácia plena.

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR

O art. 102, I da CF, assenta os casos em que cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente, disciplinando em sua alínea "q" o seguinte: "o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal".

Dessarte, quando a omissão se der por parte dos órgãos supra, cabe originariamente ao STF processar e julgar o mandado de injunção. Nos casos de decisão denegatória do mandado de injunção pelos Tribunais Superiores, compete também ao Supremo Tribunal julgá-lo em recurso ordinário (art. 102, 11, "a" da CF).

Se, porém, a lacuna tiver sido provocada por omissão de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, "h", CF/88) cabe ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originalmente.

Note que nesta alínea a Constituição, por exclusão, engloba a Justiça Federal como competente para julgar o mandado de injunção. Por outro lado, os arts. 108 e 109, que tratam das competências dos Tribunais Regionais Federais e dos Juizes Federais, assim não determinam. Percebemos, deste modo, um sério conflito de normas constitucionais. Ora a Justiça Federal é competente para julgá-lo (art. 105, I, "h"), ora não o é (arts. 108 e 109).

O jurista Michel Temer, como constituinte que foi, relata o equívoco quando debatia sobre mandado de injunção em São Paulo com o Ministro Carlos Mário Velloso. Afirmo ele: "Eu até confesso que acho que isso deve ter sido votado às 2:00 horas da manhã, e acho que eu estava cochilando mesmo. Se não estivesse cochilando, eu me insurgiria contra esse dispositivo".¹⁹

Como resolver tal questão? Michel Temer, na mesma ocasião, confessa que não tem opinião a respeito da matéria.²⁰ Entendemos, entretanto, que a Justiça Federal é competente para julgar mandados de injunção.

Segundo Flávia Piovesan "é insatisfatória a tentativa de conceber o instrumento do mandado de injunção à luz da lógica liberal e do procedimento interpretativo do bloqueio. Como instrumento de realização do elemento social do Estado Democrático de Direito, apto a contribuir com o processo de realização da igualdade material, o mandado de injunção está a exigir novo procedimento interpretativo".²¹ Continua a insigne professora: "... emergem métodos interpretativos teleológicos e valorativos".²²

Com efeito, compreendemos que o instituto da *injuction* já tem uma competência muito restrita, conferidas ao STF e ao ST J. Quanto mais ficar perto do cidadão, mais a ação de injunção será usada e a vontade do legislador originário

¹⁹ Michel Temer. *Op. cito p. 292.*

²⁰ Idem, *ibidem.*

²¹ Flávia C. Piovesan. *Op. cito p. 154.* 22 Idem

²² Idem, *ibidem.*

posta em prática. É baseado nessa ótica que entendemos a possibilidade da Justiça Federal, assim como, dos Tribunais de Justiça e Juizes de Direito terem competência para processarem e julgarem mandados de injunção.

Quanto à Justiça do Trabalho, estabelece a Carta Política que a lei disporá sobre sua constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos (art. 113). Semelhante situação também acontece com os Tribunais, os juizes, as juntas eleitorais (art. 121) e a Justiça Militar (art. 124). Dessarte, caberá a lei ulterior definir os casos em que estes órgãos terão competência para julgar mandados de injunção.

LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

Quem estaria apto a promover a ação de injunção? Entendemos, com fundamento no art. 5º da CF/88, onde o mandado de injunção está previsto, que qualquer indivíduo, brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil, tem legitimidade para impetrar a ação de injunção.

O mandado de injunção, por ser um instituto que garante direitos subjetivos, está aberto a todos os indivíduos que se sintam prejudicados pela omissão legislativa: é uma garantia individual, diferentemente da ação de inconstitucionalidade por omissão, que tem por fim conquistar direitos objetivos, e legitima somente nove entidades para sua propositura (art. 103, I a IX, da CF/88).

Um ponto bastante discutido que já pode ser tido como superado é acerca da possibilidade de cabimento de mandado de injunção coletivo.

Entendemos que este é também uma garantia coletiva e de acordo com o inc. XXI do art. 5º e inc. 111 do art. 8º, ambos da CF/88, pode o mandado de injunção coletivo ser interposto. Releva ressaltar que também é um caso de obediência ao princípio da economia processual.

Imagine a falta de uma norma regulamentadora que inviabiliza direitos de trabalhadores metalúrgicos do ABC paulista. O Judiciário teria que julgar milhares de processos, cuja única dissimilitude seria quanto ao autor da ação.

O Ministro Carlos Mário Velloso ensina, traçando um paralelo com o mandado de segurança, que é possível a interposição do mandado de injunção coletivo.²³ José Afonso da Silva e Flávia Piovesan concordam com esta posição, o que não acontece com o processualista Calmon de Passos.

A *priori*, o Pretório Excelso entendeu que não era possível a impetração de mandado de injunção coletivo quando julgou o MI 23-9. Entretanto, esta discussão já se pode dar por encerrada. Julgando e deferindo o MI-20, arrematou o STF: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina".²⁴

A legitimidade passiva é outro grande ponto em que a dissonância se faz presente.

o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a legitimidade passiva no mandado de injunção cabe ao órgão omissor de legislar para aquele caso

²³ Carlos Mário da Silva Velloso. *Op. cito p. 260*.

²⁴ MI-20. DJ 22.11.96. STF - Consulta Jurisprudência, Visualização de Documentos. Homepage do STF, 1997.

concreto. Nesse sentido decidiu o MI 323-8: "Em face da natureza mandamental do mandado de injunção, como já afirmado por este Tribunal, ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que inviabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor".²⁵

Tem decidido o Supremo Tribunal que a legitimidade passiva afere-se em razão de quem está, de acordo com o art. 102, I, "q" da CF, omissa quanto a sua atividade legiferante. Se a norma é de competência do Presidente da República, ficará este no pólo passivo, se é a Câmara dos Deputados que se mostra omissa, figurará esta como sujeito passivo da relação, e assim por diante.

Entretanto, acentuada tem sido a crítica da doutrina quanto a esse posicionamento. Entendemos que o mandado de injunção é um instituto que visa a resguardar direitos subjetivos, não se confundindo, assim, com os efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão que tutela direitos objetivos. Notamos, que é esta a maior diferença entre estes dois institutos, discordando, *data venia*, da posição do STF, que os iguala.

Entendemos, através de um raciocínio dedutivo lógico, que a função dos arts. 102, I, "q", e 105, I, "h", ambos da CF/88, é, tão-somente, de delimitar a competência de jurisdição da *injunction*, e não de definir quem figurará no pólo passivo²⁶ do processo. Este é o entendimento do Ministro Carlos Mário Velloso que tem votado contra nas decisões do STF a respeito do sujeito passivo do processo. Afirma o insigne Ministro: "No julgamento desses mandados de injunção, o que ocorreu, também, no julgamento do MI 369-DF, elaborei a norma para o caso concreto: o aviso prévio será de dez dias por ano de serviço ou fração superior a seis meses, observando o mínimo de trinta dias".²⁷

Temer pontifica no mesmo sentido: "E no mandado de injunção, o que o Judiciário pode fazer? E isto, digo eu, até para diferenciá-lo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porque nós não podemos ter institutos inúteis no texto constitucional". Continua ele: "Ao se dizer que, no mandado de injunção, o resultado da sentença, o efeito da sentença é a comunicação da omissão, então eu digo que tenho uma ação de inconstitucionalidade por omissão que, ao invés de entregue a dez entidades catalogadas no artigo 103, está entregue a todo e qualquer indivíduo. Logo, entre esses dois institutos, um deles é inútil: ou o mandado de injunção ou a ação de inconstitucionalidade por omissão".²⁸

Advém, outrossim, o fato da incompatibilidade da natureza do mandado de injunção com a atribuição ao Poder Legislativo de figurar no pólo passivo da relação.

Já discutimos, alhures, a natureza jurídica da ação de injunção e concluímos por sua natureza mandamental, tese também defendida pelo Supremo ao julgar o MI 323-8. Este Tribunal defende, entretanto, que o Poder Legislativo não pode

²⁵ M132~, DJ 14.02.92, JSTF, LEX 161 *apud* Flávia C. Piovesan. *Op. cito* p. 129.

²⁶ Sujeito passivo aqui está escrito no sentido de quem receberá a sentença decorrente do mandado de injunção e não 50 sentido tradicional do termo, haja vista a inexistência da parte ré no processo.

²⁷ Carlos Mário da Silva Velloso. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1993, p. 175

²⁸ Michel Temer. *Op. cito* p. 288.

ser compelido a legislar, ou seja, não pode ser forçado por decisão dos outros Poderes a praticar sua atividade típica.

Diante do exposto, notamos uma profunda controvérsia nestas teses. Se a natureza da ação de injunção é mandamental, sua sentença configurará uma ordem, um mandamento, o que implicaria afirmar que no momento em que o Legislativo recebesse a notificação de que estava em mora legislativa e que tinha um prazo para criar a norma, este estaria sendo "mandado". Em contrapartida, defendendo que o Legislativo não pode ser compelido a legislar, admite o Supremo a ineficácia absoluta do efeito da sentença deferida do mandado de injunção. É uma decisão que já nasce sem força, pois, fundamentado na sua garantia, os legisladores cumprem a sentença se assim desejarem. Entendemos que ao deferir um mandado de injunção, deve o magistrado, declarar o direito àquele caso concreto, solucionando o problema em litígio, sem ter que notificar o poder competente para criar a norma. Ressalta-se: o mandado de injunção é um instituto que resguarda direitos subjetivos e não objetivos.

NOVA VISÃO DA TEORIA DE MONTESQUIEU

Um ponto constantemente levantado quando se fala sobre mandado de injunção é acerca da Separação dos Poderes. A leitura tradicional deste princípio tem sido um dos constantes argumentos levantados contra o mandado de injunção.

Volney Zamenhof afirma: "No entanto, em nome da preservação do princípio da separação dos poderes, alguns Tribunais afastaram até mesmo a possibilidade da inconstitucionalidade por omissão. Para ilustrar, a Corte Suprema da Argentina declarou improcedente demanda em que o Poder Judiciário ordenou ao Poder Administrativo ditar uma regulamentação dentro de determinado prazo, posto que tal pretensão conflitava com o princípio da separação dos poderes".²⁹

Segundo este autor, o mandado de injunção seria uma afronta ao princípio defendido por Montesquieu. O novo *writ* constitucional estaria, assim, conferindo atividades típicas de um Poder (Legislativo) a outro (Judiciário).

Discordamos, *data venia*, desse posicionamento. É função dos Poderes fiscalizarem e controlarem uns aos outros para que nenhum deles cheguem a abusar de suas competências. Ora, o próprio autor, e isso é posição unânime, concorda que a função principal do Legislativo é legislar. A partir do momento em que este Poder, por não poder ser compelido a legislar, deixa, sem justificativa, de dar concretização a direitos que já são jurídicos, entendemos que está abusando das garantias que lhes são dadas.

Direito. O povo outorga poderes ao Estado para que este lhe administre segundo seus anseios. Os legisladores não são nada mais que funcionários públicos trabalhando a serviço do povo. Uma vez garantido este direito juridicamente, cabe ao Estado, quando provocado, através dos meios legais, cumprir com a sua parte do "contrato social", qual seja, garantir os direitos subjetivos reclamados pelo povo. Assim acontece no mandado de injunção.

O Judiciário, ao concretizar direitos constitucionais já garantidos pelo próprio legislador, não está interferindo na competência do Legislativo, mas sim, assegurando, através da jurisdição, um direito garantido pelo Estado ao cidadão que o reclama (art. 5º, inc. XXXV, CF/88).

Nesse sentido entende Celso Barbi quando afirma que a -solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes.³⁰

²⁹ Valney Zamenhof de Oliveira Silva, *apud* Flávia C. Piovesan. *Op. cito p.* 150.

³⁰ Celso Barbi, *apud* Flávia C. Piovesan. *Op. cit. p.* 151

Semelhantemente atesta Flávia Piovesan: -Acentua-se, todavia, que no mandado de injunção não há a transferência do encargo de legislar para o Poder Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão-somente tomar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto".³¹

Dessarte, inferimos que ao declarar direitos ao caso concreto, não está o Poder Judiciário interferindo na competência do Legislativo, mas sim, exercendo sua atividade típica de dirimir os conflitos sociais através da jurisdição.

O NEOLIBERALISMO E O MANDADO DE INJUNÇÃO

O modelo constitucional atual traz em seu bojo artigos com conteúdos sócio-econômicos que o classificam como uma Constituição dirigente. Os direitos individuais, sempre presente nas Constituições brasileiras, são direitos inerentes ao Poder Público e sua violação enseja garantias tradicionais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Já o mandado de injunção vem, via de regra, amparar direitos sociais inaugurados no Brasil pela Constituição de 1934. Foram esses mesmos direitos, aliados a uma política de caráter eminentemente intervencionista, que, através de um longo processo, conseguiram transformar modestas nações em vultosos Estados de Bem-Estar Social que se conhece atualmente.

O Brasil, entretanto, tomado pela sua submissão econômica, tem mostrado, ao longo de sua história, um real desinteresse para com os direitos sociais e econômicos, ressaltando-se, todavia, modestas³² conquistas.

Enfrentamos, atualmente, o chamado neoliberalismo que, descontente com a simbologia dos direitos sociais e econômicos presentes nos ordenamentos jurídicos, tenta retirá-los para que estes não ensejem mecanismos de garantia social como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Enquanto que as constituições dos Estados de Bem-Estar Social tem por escopo a produção da igualdade material, o neoliberalismo prega a divisão de classes como um fator positivo, argumentando defender a liberdade humana, que neste ponto de vista deve ser entendida como acumulação de capital. Roberto Campos, em artigo publicado na Folha de São Paulo em relação ao neoliberalismo assevera: "Nada mais fácil do que lamentar as desigualdades. Nada mais difícil do que admitir que Deus não é socialista. Ao dotar suas criaturas de inteligência e diligência díspares -na mesma família podem nascer um Beethoven e um Al Capone-, o Criador fez da desigualdade parte inescapável da herança humana."³³

Fica claro, no argumento utilizado, a visão -social" do neoliberalismo. Esta política, em estado de desenvolvimento acelerado no Brasil, barra, por completo, os efeitos sociais da Constituição de 1988. O mandado de injunção, como instituto criado para assegurar sua eficácia, fica totalmente sem sentido.

No Brasil, esta nova teoria capitalista vem sendo implantada por uma elite política que está conivente com a atual situação social do país. Para Paulo

³¹ Flávia C. Piovesan. *Op. cit.* p. 151.

³² O termo "modestas" está empregado sob a ótica das conquistas sociais atingidas pelos Estados de Bem-Estar.

³³ Roberto Campos. *Lanterna na popa: O "neobobismo dos jesuítas*. Folha de São Paulo, 6 de abril de 1997.

Bonavides, -não resta dúvida que em determinados círculos das elites vinculadas a lideranças reacionárias está sendo programada a destruição do Estado social brasileiro”³⁴. Roberto Campos, em seu artigo “O Neobobismo dos Jesuítas” atesta: “Ora, o Estado é o governo, não passando de um aglomerado de burocratas e políticos, que almoçam poder, promoção e privilégios. Somente na sobremesa pensam no 'bem comum”³⁵.

A política que prega a volta do Estado Liberal Mínimo³⁶, talvez seja o motivo pelo qual esteja acontecendo tais distorções na aplicação do mandado de injunção. Diante de uma Corte Suprema em que o única condição para se fazer parte é, além de uma vaga, a proximidade ao Poder Executivo, fica difícil avaliar suas verdadeiras intenções. Não é fato novo as decisões juridicamente contraditórias nos Tribunais Superiores. Oscar Vilhena, em seu livro, Supremo Tribunal Federal: jurisprudência e política, demonstra vários exemplos.

CONCLUSÃO

Ex positis, concluímos:

1º) O mandado de injunção surge no Brasil como meio jurídico controlador das omissões legislativas, haja vista o caráter social da atual Carta Magna.

2º) A ação de injunção é uma das espécies de *writs*, que possui natureza jurídica mandamental.

3º) É condição para a impetração do *writ* em estudo que ocorra a omissão da atividade legiferante total ou parcial e que essa falta tome inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade.

4º) Exige-se apenas, com relação à segunda condição para a propositura da ação de injunção, que a lacuna tome inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade, não necessitando da presença de ambas.

5º) Por se tratar de norma de eficácia contida, cabe a impetração da ação de injunção, mesmo não estando a mesma regulada.

6º) Norma regulamentadora, através de uma interpretação analógica do art 103, § 2º da CF/88, consiste em qualquer medida capaz de tomar efetiva norma constitucional, seja ela leis ordinárias ou complementares, ou ainda atos públicos.

7º) No caso de normas contidas não cabe mandado de injunção, pois, nestas hipóteses, deve o juiz, quando não estiver devidamente regulamentado, dar sentido à expressão.

8º) É possível a interposição da ação de injunção quando se tratar de normas programáticas, haja vista a juridicidade das mesmas e a tutela jurisdicional à lesão ou ameaça a direito garantida constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV, CF/88).

³⁴ Paulo Bonavides. *Curso de direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e ampl. Silo Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 336.

³⁵ Roberto Campos. *Op. cito*

³⁶ Pontifica Paulo Bonavides a respeito da volta ao liberalismo: 'O Direito Constitucional Clássico, tão valioso durante o século passado por cimentar o valor político da liberdade, seria hoje em sua dimensão exclusivista e unilateral uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade.. *Op. cito* p. 337.

9º) É possível a interposição da *injunction* quando a lei ou ato regulamentador seja inconstitucional.

10º) Os direitos a que o inc. LXXI, art. 5º da CF/88 se refere não são apenas os contidos no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, mas todos os presentes na Constituição, bem como os decorrentes de seus princípios ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

11º) É assegurado ao Tribunais e Juizes de Direito, assim como à Justiça Federal, processar e julgar mandados de injunção.

12º) São legítimos para promoverem a ação de injunção os brasileiros e os estrangeiro residente no país.

13º) O mandado de injunção resguarda direitos subjetivos violados, o que o diferencia da ação de inconstitucionalidade por omissão que tutela direitos objetivos.

14º) É defesa a impetração de mandado injunção coletivo.

15º) Deferida a ação de injunção, cabe ao magistrado declarar o direito ao caso concreto.

16º) Declarando direitos ao caso *sub judice*, não está o magistrado interferindo na área de atuação dos outros Poderes.

17º) e neoliberalismo, como tendência política que prega a volta ao Estado Liberal, contradiz por completo os efeitos do mandado de injunção.

Faz-se necessário que o Poder Judiciário cumpra sua missão aplicando o direito à luz da Constituição. Como afirma Flávia Piovesan, "a dignidade e a autoridade dos Tribunais está na missão de dizer o que é o direito".³⁷

O ordenamento jurídico brasileiro, na ótica da Constituição de 1988, enseja a substituição dos métodos tradicionais de interpretação como o gramatical, o lógico e o sistemático por outros como o teleológico e o valorativo. Não é possível avançar com os direitos sociais e econômicos utilizando aqueles métodos. Esta situação consiste em uma porta intransponível do *Estado Mínimo* para o de Bem-Estar.

O mandado de injunção não tem sentido se visto sob uma ótica (neo)liberal. É preciso uma interpretação teleológica baseada sempre no bem-comum.

Necessita-se, todavia, que o Poder Judiciário ultrapasse essa fase de cumprir apenas suas tarefas tradicionais e passe a adotar uma postura mais moderna interpretando e aplicando as leis promocionais e programáticas.

É imprescindível. antes de tudo. que o Judiciário se defina como

Poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais: "habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção. "habeas data"*. 28 ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. publicada e promulgada em 5 de outubro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 68 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Coordenação de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

CAMPOS, Roberto. *Lanterna na popa: e "neobobismo dos jesuítas"*. Folha de São Paulo, 6 de abril de

³⁷ Piovesan, Flávia C. *Op. Cito* p. 155.

- 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 68 ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.
- CAVAICANTI, Francisco Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de., *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução e tradução de Pedro Vieira Mota. 38 ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de injunção* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legais: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Acadêmica. 1995.
- SILVA, Leifson G. Holder. *Neoliberalismo: inimigo da cidadania*; *Revista Jurídica In Verbis*. vol. 2, n° 4, 1996.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 98 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1994.
- SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol I e II. Rio de Janeiro: Companhia Forense de Artes Gráficas, 1961.
- SIQUEIRA, Juliano. *Nas barricadas do fim do século: a (des)ordem neoliberal*. São Paulo: Editora Anita, 1996.
- TEMER, Michel. *A nova feição do mandado de Injunção*. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol 2, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria & CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência e política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. In: *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1993.
: *A nova feição do mandado de injunção*. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol2, 1993.

DIREITO CONSTITUCIONAL

PONDERAÇÕES ACERCA DA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

Jessica Raquel Carvalho Morris 4º período matutino
Faculdade de Direito da UFRN

"Em todas as coisas, e especialmente nas mais difíceis, não devemos esperar semear e colher ao mesmo tempo, mas é necessária uma lenta preparação para que elas amadureçam gradativamente".

BACON, Senn. FideI., n. XLV¹.

INTRODUÇÃO

O aparato governamental brasileiro, composto pelos três poderes², Executivo, Legislativo e Judiciário, tem demonstrado inadequações à atual realidade social e política. A organização política formal e os métodos de atuação do setor público parecem não ter acompanhado o dinamismo da sociedade brasileira. Tomam-se necessárias reformas nos três poderes, para que ganhem eficiência e atuem com o dinamismo que a vida contemporânea exige.

Examinando-se as transformações recentes na organização e no funcionamento dos Poderes em questão, pode-se constatar que o Executivo foi o que mais se modernizou. Isto se deve, provavelmente, às necessidades práticas, como o processo de descentralização em autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, contemporâneo à terceirização de determinados setores.

O Legislativo evoluiu muito menos do que o Executivo. Houve muita discussão sobre a sua reforma, porém nunca se chegou a introduzir qualquer mudança mais profunda em sua organização e em seus métodos de trabalho. Este Poder, porém, tem mudado quanto à origem social de seus componentes e quanto às temáticas de suas deliberações. A sua composição elitista deu espaço, na década de trinta, à participação das primeiras mulheres e dos primeiros defensores da classe dos trabalhadores. O Legislativo, hoje, praticamente não participa na fixação das prioridades do governo, não exerce controle sobre o Executivo e quase só aprova projetos de lei ordinária e medidas provisórias de iniciativa do Chefe do Executivo.

No Poder Judiciário as mudanças foram mínimas. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século.

Apesar de recentes propostas de mudanças surgidas dentro da própria magistratura, a mentalidade do Judiciário, a grosso modo, permanece espantosamente a mesma.

Um aspecto importante desta velha mentalidade é a convicção de que o juiz é um "escravo da lei", não se responsabilizando pelas injustiças e conflitos causados pelas suas decisões. Essa adoção extremada do normativismo kelseneano afasta do direito qualquer preocupação com a idéia de justiça, resumindo-o ao direito positivo.

¹ IBECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução, Lucia Guidicini com colaboração de Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1991, p.33.

² Grande parte dos doutrinadores apontam falha na expressão "três poderes", como é o caso de Michel Temer, ao afirmar "Equivocam-se os que utilizam a expressão 'tripartição dos poderes'. É que o poder é uma unidade", sendo por isso ele uno tripartido em funções. Porém, decide-se neste trabalho adotar essa terminologia, ou seja, a divisão em três poderes.

Dessarte, o Poder Judiciário, hoje, parece ter se tomado uma instituição inadequada, desajustada e até opressora para alguns setores da sociedade brasileira.

A velha advertência de Ruy Barbosa "A tradição não deve significar o governo dos vivos pelos mortos", parece não ter sido apreendida pelos juízes. Dalmo Dallari denunciou o envelhecimento do Judiciário afirmando que: o que muitos dentro dele "veneram como tradição não passa de sinais de velhice"³

E acrescenta o mesmo autor: "no Judiciário o passado determina o presente, influenciando tanto na forma das solenidades, dos rituais e dos atos de ofício, quanto no conteúdo de grande número de decisões"⁴.

As mudanças que têm sido propostas pelo Ministério de Justiça e pelo STF, abordam apenas questões processuais. São, ainda, mudanças prejudiciais à independência dos juizes e tribunais.

Faz-se necessária então, uma ampla discussão, que identifique aquelas propostas representativas de um verdadeiro aperfeiçoamento do Poder Judiciário. Inversamente, tal debate intensificaria as opiniões que se baseiam apenas em argumentos de modernização e dinamização e que tendem a ignorar que o Judiciário é um serviço público para toda a população. Tais opiniões acabam levando à manutenção de cúpulas dóceis e submissas comprometidas com os poderes políticos e econômicos, e à neutralização da atuação dos juizes.

Como bem assevera Ela Castilho "juizes e tribunais só têm razão de existir se exercerem o poder em favor do povo, isto é, em favor de todos os cidadãos de um determinado Estado, sem discriminação"⁵.

ORIGEM DA DIVISÃO DOS PODERES

No Livro Décimo Primeiro de *O espírito das leis*, Montesquieu versa sobre a divisão dos Poderes. Trata-a no sentido de terem eles funções próprias que não podem ser executadas por nenhum outro.

Além disso, para Montesquieu "todo homem que tem Poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites"⁶, sendo necessário, dessa forma, limitá-lo.

Nessa obra Montesquieu criou a doutrina da tripartição dos Poderes, dividindo-os em: Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Legislativo que "faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas"⁷, o Judiciário que "pune os crimes ou julga as demandas dos particulares"⁸ e o Executivo que executa as leis, uma vez que exerce a administração geral do Estado.

É imprescindível, então, para a liberdade, que o Poder de Julgar seja antônimo em relação ao Legislativo e ao Executivo, pois ao contrário, se estivesse unido ao Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário:

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *o poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 06.

⁴ Ob. cit., p. 07.

⁵ CASTILHO, Ela Wiecko V. *Ética, Justiça e Direito. Reflexões sobre a reforma do judiciário* Rio de Janeiro Ed. Vozes. 1996, p. 253.

⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo I* Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mala. - 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 1994, p.163

⁷ Ob. cit., p. 165.

⁸ Ob. cit., p. 165.

uma vez que o Juiz seria o Legislador. E se estivesse unificado com o Executivo, o Juiz teria a força de um déspota.

Posteriormente, Montesquieu afirma: "dos três Poderes de que falamos, o de julgar é de certo modo nulo. Não restam senão dois"⁹. Para ele, isto ocorre por duas razões: a primeira porque todo posicionamento do Judiciário tem que ser ético, há de ser justo e imparcial, e a segunda porque, cabe ao Judiciário aplicar as leis elaboradas pelo Legislativo, com a participação do Executivo.

À vista disso, verifica-se que o Poder Judiciário aparece de modo contraditório na obra de Montesquieu, pois no início ele diz que são três os Poderes do Estado, mas logo adiante os reduz a dois. Montesquieu sustentava ainda, a necessidade de um corpo independente exercendo o poder de julgar, porém temia o excesso de poder dos magistrados. Por isso chegou a afirmar ser o Judiciário "a boca que pronuncia as palavras da lei"¹⁰, porque segundo ele, não influía diretamente no destino do Estado, na elaboração de seus rumos políticos.

Contemporaneamente, o Judiciário alçou-se a uma posição mais eminente, tendo amplos poderes na pesquisa do Direito e assumindo todas as funções jurisdicionais, inclusive aquelas reservadas, por Montesquieu, ao Senado. Assumiu ele também o papel de guardião das leis e da própria Constituição. Hoje, inclusive, assume-se a politicidade do Poder Judiciário, pois não é possível conceber um ramo do governo que não seja político, justamente por ser governo.

Dizia Montesquieu que "para formar um Governo Moderado, precisa combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro"¹¹.

Para o equilíbrio entre os Poderes e a estabilidade do Governo, Montesquieu colocava como básico a existência de certas garantias, franquias constitucionais, que deviam ser invioláveis e impostergáveis.

É por caber ao Judiciário a função de guardião das leis que ele goza de determinadas garantias constitucionais, sendo as principais: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Idealmente, o Judiciário usufrui dessas garantias para não ser intimidado e para frear os demais poderes. Como assevera Montesquieu, para garantir a prestação jurisdicional justa, os juízes têm que ser necessariamente independentes, então "cumpre infundir-lhes confiança, nunca desencorajar"¹². Quando um Poder possui uma garantia, os demais têm, pois, a obrigação de respeitá-la. Isto é, as garantias de um correspondem às obrigações de outros, portanto, freio para esses outros. Dessa mútua oposição, deveria resultar a moderação de todos os poderes, o império da justiça e a liberdade.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO BRASIL E A (DES)PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVAMENTE CONSIDERADOS

1940 e 1980 aconteceram profundas mudanças no Brasil. O país perdeu seu perfil agrário e passou a concentrar grande parte de sua população nas cidades. O processo de Industrialização, iniciado no governo Vargas foi incrementado pelo governo Juscelino Kubitchek, e ampliado durante o governo militar.

Com isso, ocorreu uma grande inversão. Em 1940 a população urbana representava apenas 20% da população total do país, e o restante encontrava-se no campo. Em 1980, 80% da população já vivia nos grandes centros urbanos, e somente 20% no campo.

Esse êxodo rural, resultante de violentos processos de concentração fundiária e Kmodemização. na agricultura, provocou um declínio na

⁹ *Ob. cit.*, p. 171

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 53.

¹¹ *Ob. cit.*, p. 25.

¹² *Ob. cit.*, p. 127.

qualidade de vida da população como um todo. Iniciou-se a marginalização de milhares de camponeses e o crescimento descontrolado de conflitos.

A partir de 1980, com a crise do petróleo, a industrialização brasileira foi freada. Os investidores internacionais passaram a investir no mundo árabe, causando a recessão e o desemprego. A migração interna continuou crescendo, agora por outras variantes, e a explosão de conflitos tomou-se inevitável.

Os Códigos Civil e Comercial não mais resolviam essas questões, uma vez que datam, de 1916 e 1850, respectivamente, e suas normas perderam eficácia, pois além dos conflitos crescerem em quantidade, mudaram de perfil.

O mundo legal deixou de refletir o real.

O Poder Judiciário sempre trabalhou com a idéia de conflitos e disputas individuais, quando em verdade são coletivos. Dai suas soluções serem sempre formais. Processos exatamente iguais são repetidos, sem poderem ser aglutinados para uma solução conjunta. Multiplica-se o trabalho sem que a sua essência seja resolvida. Desta forma, o problema na sua totalidade, persiste e se agrava.

Segundo José Eduardo Faria¹³, outro motivo para a ineficácia do ordenamento seria a falta de preparo dos juizes para entender e aplicar leis novas que tutelam direitos coletivos, tais como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a lei de Execuções Penais ou o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao continuar entendendo que as disputas são individuais, precisando que cada individuo ajuíze sua ação, o Judiciário toma-se cada dia mais congestionado. Por trás dessa postura, estariam interesses corporativos. Se cada interessado contratar um advogado, estará garantido o mercado para outros operadores do direito.

Percebe-se, então, que muitas vezes o esforço do legislador esbarra na falta de visão social e mesmo sociológica dos juizes. Quase a totalidade dos magistrados tem formação mais próxima do direito privado que do público. Como consequência, acabam não decidindo com a precisão esperada, questões que envolvem o interesse público, ligados à política, tais como a do cadastro dos Inadimplentes ou a quebra do sigilo bancário.

Cabe aos magistrados usar a função judicante como proteção efetiva dos direitos do homem, individual e coletivamente considerados.

REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

a) A reforma elaborada para o Brasil

O sistema judiciário brasileiro precisa de reformas para o aperfeiçoamento da proteção judicial dos direitos do cidadão. Mas para que esses direitos sejam garantidos, é necessário que se assegurem os meios para que a magistratura possa, efetivamente, agir com independência e eficácia. Dessa forma, esses dois requisitos, independência e eficácia, são igualmente importantes, não se podendo cogitar acerca do segundo ignorando o primeiro.

No Brasil, entretanto, isso tem acontecido. As discussões perseguindo a melhoria dos órgãos judiciários parecem partir do pressuposto de que a independência já está suficientemente garantida, ou que ela não deve ser ampla ao ponto de criar embaraços ao Executivo. Estão, dessa forma, centradas na busca da eficácia, arriscando-se sacrificar a independência de alguns órgãos.

¹³ RUIZ, Urbano. Ética, justiça e direito - Reflexões sobre a reforma do judiciário. Rio de Janeiro. Ed. Vozes. 1996,p. 146.

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta vários problemas, vícios, que prejudicam a sua eficiência. A resistência à modernização de métodos e concepções, como também ao reconhecimento de novos direitos e garantias consagrados na Constituição têm reduzido bastante a crença da população nesse poder como instrumento de garantia do direito e da justiça.

Conforme o exposto, percebe-se que é urgente e imperativa a reorganização do Poder Judiciário. O Substitutivo do Deputado Jairo Carneiro traz várias mudanças polêmicas acerca da matéria. Vale ressaltar, no entanto, que, em relação ao mencionado Substitutivo, o presente trabalho restringir-se-á a uma questão de relevante importância, a súmula vinculante, que nada tem a ver com a procura de um sistema judiciário eficiente, barato, rápido e capaz de acolher valores mais caros ao povo neste momento da história brasileira e de oferecer solução pacífica e justa para os conflitos.

Se aprovada essa questão, haverá, sem dúvida, grande retrocesso nas conquistas democráticas do povo brasileiro, ou como afirma DaUari, haverá "Mudanças para piorar o Judiciário"¹⁴.

b) Súmula vinculante

Sob o pretexto de garantir o acesso de todos à justiça se quer implantar a súmula vinculante, prevista no artigo 98 do Substitutivo oferecido pelo relator Deputado Jairo Carneiro. Segundo o STF, esse Substitutivo permitiria a previsibilidade das decisões em tempo economicamente útil, encerrando-se, idealmente, as demoradas e infundáveis discussões conflitantes entre juizes e tribunais, tomando assim, o Judiciário mais ágil e eficiente.

Para fundamentar essa proposta, o Ministério de Justiça argumenta que "é necessário acabar com a indústria das liminares". Desde que entrou em vigor, a Constituição de 1988 tem aumentado o número de liminares concedidas pelos juizes em Mandados de Segurança contra atos do governo federal. Isso produziu um aumento no volume de trabalho dos juizes e uma insatisfação dos governantes que tiveram seus atos suspensos por essas liminares. Daí os governantes se referirem a essa proliferação, como "indústria de liminares".

Contrapõem-se a tal argumentação juristas como Dalmo DaUari para quem: "É surpreendente, em primeiro lugar, que o Ministro de Justiça, que é advogado e professor de Direito, recorra ao mesmo argumento. Com efeito, se alguém quiser argumentar com a idéia de uma indústria de liminares é preciso lembrar que não existe indústria sem matéria-prima. E no caso das liminares em mandado de segurança, a matéria-prima são os atos inconstitucionais e ilegais do Poder Executivo. Basta que este respeite a Constituição e as leis para que aquela indústria desapareça"¹⁵.

Se os juizes concederem muitas liminares, foi porque muitas pessoas tiveram seus direitos lesados por atos irregulares de autoridades. Percebe-se, então, que as liminares são decorrentes dos infrutíferos pacotes econômicos e da incapacidade do Estado para resolver os graves problemas nacionais. Cercear o exercício de ações cautelares, civis públicas ou particulares é negar a justiça.

Outro argumento utilizado pelo Ministério da Justiça para justificar a súmula vinculante, é o de que ela reduziria o número de processos existentes. Todavia, não se pode obrigar juizes e tribunais a decidirem conforme o Supremo Tribunal Federal, mesmo sendo contrários a tal decisão. Se assim o fizerem, estarão negando a própria razão de ser do Poder Judiciário. A Suprema Corte se tomará órgão de coação e os juizes e tribunais órgãos de subordinação.

Oficialmente, querem sacrificar a independência dos magistrados,

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poderdosjuizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62.

¹⁵ *Ob. cit.*, p. 63.

para que os Ministros do Supremo recebam menor número de casos. Por trás disso, busca-se suprimir a divergência jurisprudencial, instrumento fecundo de criação jurídica e de confirmação do direito aos valores e interesses do povo. Se o problema fosse apenas de volume de trabalho, deveria haver propostas no sentido de aumentar o número de juizes do STF, em reduzir suas competências ou mesmo modificar seus métodos de trabalho. Isso continua intocado, como se perfeito fosse.

Argumenta-se ainda que essa divergência jurisprudencial gera insegurança jurídica, pois o povo não tem certeza absoluta de quais são as regras obrigatórias e como devem ser elas interpretadas.

Na realidade, com essa inovação das súmulas com efeito vinculante arrisca-se a prestigiar o autoritarismo, vulnerando a competência do Legislativo, agredindo a liberdade e independência do juiz de primeiro grau, além de suprimir um grau da jurisdição.

O Substitutivo, prevê ainda, em seu artigo 98, § 4º, que "constitui, para o agente político, crime de responsabilidade o reiterado descumprimento da súmula com efeito vinculante, sem prejuízo de outras sanções". Não se pode admitir que a adoção desse mecanismo importe em crime de responsabilidade ou sanção de qualquer natureza ao juiz que não observar seu enunciado. Como afirma a Associação de Magistrados Trabalhistas de Goiás, "A Independência jurídica do juiz está em jogo e, com ela, a independência do poder Judiciário. Se o Judiciário não for, de fato, independente, o poder político dificilmente será controlado pelo cidadão"¹⁶.

Destarte, os juízes ficarão submetidos, além da lei, também, aos entendimentos cristalizados nas súmulas vinculantes.

Diante do exposto, nota-se que a súmula vinculante é um mecanismo antidemocrático que se pretende impor à população. Não há democracia se não houver liberdade no ato de decidir.

Por conseguinte, a súmula provoca o engessamento da atividade racional do juiz, pois nos casos já sumulados, os juizes singulares não mais terão a obrigação de decidir, tendo em vista que as cortes superiores farão isso por ele.

A respeito das súmulas com efeito vinculante, o Ministro Marco Aurélio declarou: "penso que não podemos engessar o direito. A independência do juiz tem de ser preservada"¹⁷.

Com essa súmula a função jurisdicional será transformada numa atividade meramente burocrática. Os juizes poderão esquecer qualquer preocupação com os ideais de justiça, pois as súmulas dispensarão maiores indagações a respeito do acerto de tal ou qual decisão. Realmente os juizes serão poupados de muito trabalho, o que não significará que a população será poupada de súmulas criadas para satisfazer interesses escusos de grupos de pressão organizados.

Na realidade, quem dá vida à jurisprudência são os órgãos inferiores, pois estes, na sua renovação constante de pessoas e de argumentos, vão

¹⁶ Associação dos Magistrados Brasileiros. A magistratura brasileira e a reforma do poder judiciário. 1996.

¹⁷ Diário de Natal - 27 de março de 1997 - p. 04.

moldando interpretações do Supremo.

Sobre o assunto, o sub-procurador-geral da República, Wagner Gonçalves, assevera, "... a oxigenação do Poder Judiciário depende do juiz singular, que vivencia diretamente o desespero do cidadão. Ao tribunal, compete dizer o direito existente no processo pronto, aflorando questões jurídicas e não o olhar sofrido do réu ou do autor. Por isto, amarrar juizes, advogados e membros do Ministério Público macula, na prática, a garantia constitucional de que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'¹⁸.

Como bem lembra Urbano Ruiz foram os juizes singulares, com efeito, que reconheceram o concubinato, que exigiram a prévia indenização nas desapropriações para só depois autorizarem a imissão de posse. Também foram eles que autorizaram o desbloqueio dos ativos financeiros no Plano Collor ou que exigiram o depósito atualizado dos valores requisitados nas execuções contra a Fazenda Pública e que depois o STF entendeu ilegal. São igualmente os juizes singulares que estão atualmente deferindo liminares obrigando planos de saúde a internarem doentes recusados a pretexto de que os contratos não cobririam aquelas despesas¹⁹.

Vale ainda ressaltar que a súmula vinculante viola o princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado no Direito Processual Brasileiro como garantia do cidadão. Extinta estaria a liberdade dos juizes, estes estariam submetidos aos pronunciamentos prévios das cortes superiores.

A súmula vinculante afronta também o princípio do juízo natural, indispensável em um Estado Democrático de Direito, onde não se pode aceitar o absolutismo, mesmo que parcial, de qualquer dos seus Poderes.

Muitos dos defensores da súmula vinculante alegam, com manifesto equívoco, que esse instrumento que se quer implantar no Brasil já é adotado nos Estados Unidos, pela Suprema Corte americana em questões sobre constitucionalidade.

Neste sentido se pronunciou o Ministro Carlos Velloso, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo (07/03/95, p.3). Ele explica: "É que, em razão do *stare decisis*, acolhido no sistema judicial norte-americano, que consiste no estabelecer a corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, esse princípio legal será aplicado a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos (*Black's Law Dictionary*, verbete 'Stare Decisis')". Concluindo, diz ele: "Isto quer dizer que, no sistema judicial norte-americano, que garante aos indivíduos, de modo amplo, a tutela jurisdicional, todos os tribunais estão vinculados às decisões da Corte Suprema".

Dallari esclarece esse equívoco, mostrando que o citado Ministro concluiu demais. Em nenhum momento está dito que essa orientação se toma obrigatória e nem que é vinculante para outras cortes, ele apenas diz que a corte estabelece o princípio legal e este será aplicado em todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos. Segundo este jurista "o precedente pode ser muito importante na decisão de . um caso por algum tribunal norte-americano, mas sua influência não decorre de uma obrigatoriedade imposta por lei, como se pretende fazer no Brasil"²⁰.

O autor norte-americano, Lawrence Baum, no livro A Suprema Corte americana, ao tratar do assunto, afirma que "como a Corte não é, absolutamente, obrigada a seguir precedentes, os juizes, em certos casos, precisam considerar se seria desejável um afastamento de interpretações anteriores da lei"²¹.

Diante do exposto, percebe-se o equívoco da afirmação de que no

¹⁸ Juizes para a democracia e revisão constitucional. p. 50.

¹⁹ RUIZ, Urbano. *Ética, justiça e direito - Reflexões sobre a reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1996, p. 155.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 70. 21 *Ob. Cit.*, p. 71.

²¹ *Ob. cit.*, p. 78.

sistema judiciário norte-americano já existe a força vinculante que se pretende estabelecer para decisões do Supremo Tribunal brasileiro.

As súmulas vinculantes afrontam, também, duas garantias constitucionais: a da separação dos poderes, inscrita no artigo 2º da Constituição Federal, e a independência de cada juiz ou da magistratura. A independência dos poderes tem, como visto alhures, o pressuposto que cada um deles exerça sua função exclusiva, senão dar-se-ia uma superposição funcional.

Segundo Montesquieu, o Legislativo tem a função de fazer "as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas", de forma que se outro órgão legislar estará interferindo na órbita deste poder. Ora, e o que é a súmula vinculante? Ela nada mais é do que a introdução de um sucedâneo da lei no sistema jurídico.

A lei, como fonte primária do direito, deve ser emanada da vontade popular, através de seus representantes e jamais por juízes. A respeito disso lembra-se a frase de Francis Bacon ao iniciar seu ensaio Da magistratura: "Os juízes devem sempre lembrar-se de que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare*, interpretar a lei, não fazer a lei, ou dar a lei"²². O juiz não é legislador, como também não é um autômato, um aplicador cego da lei, proibido de interpretá-la.

Acolhendo esse pensamento, ou seja, a súmula vinculante, deve-se acabar com a competência de juízes e tribunais de interpretarem a lei ou ato normativo, ou melhor, deve-se acabar com o Judiciário e mesmo com o Legislativo, uma vez que o Executivo é o único a ditar e interpretar a lei. Desta forma, o problema será resolvido, não havendo mais divergência e todos poderão saber desde logo quais são as regras não podendo ser contestadas, pois a interpretação é dada pela autoridade. Neste caso, como afirma Dallari, deve-se também eliminar a Constituição, o direito, a liberdade.

Depreende-se dos fatos apontados que a súmula com efeito vinculante não é compatível com uma sociedade democrática, não podendo ser vista com seriedade por quem busca no direito um mecanismo de justiça e paz.

c) Independência dos magistrados

Depois de exposta a principal proposta para a reforma do Judiciário, faz-se necessário definir a função social deste poder.

Primeiramente, é preciso defender a independência dos poderes, não se podendo aceitar nenhum tipo de controle, seja ele interno ou externo. Como bem assevera Urbano Ruiz "não há democracia sem liberdade de julgar"²³.

Até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em seu artigo 1º exige que o juiz seja independente do poder, ou mesmo dos poderes do Estado, inclusive do Judiciário, em sua estrutura e hierarquia.

Segundo o constitucionalista Joaquim Falcão "interpretar a lei e decidir sobre um conflito é sempre um momento de liberdade. Quando o Judiciário se reafirma como poder independente, foge da submissão ao Executivo e ao Legislativo. É o momento em que os juizes podem reconciliar a lei defeituosa e má com os anseios de liberdade, justiça e democracia do povo"²⁴.

O juiz deve conscientizar-se de que é o guardião dos direitos fundamentais, buscando sempre sua realização substancial e não apenas formal, assegurando assim o Estado Democrático de Direito, evitando, dessa maneira, retrocessos.

Para que o Poder Judiciário possa garantir os direitos e realizar a

²² Ob. cit., p. 88.

²³ RUIZ, Urbano. *Ética, Justiça e Direito. Reflexões sobre a reforma do Judiciário*. Ed. Vozes. Rio de Janeiro: 1996. p. 157.

²⁴ Ob. cit., p. 158.

justiça é essencial que a magistratura seja independente.

Longe de ser um privilégio para os juizes, a independência é necessária para o povo, pois este precisa de juizes imparciais para que os conflitos sejam resolvidos de forma justa. Pode-se inclusive afirmar que os magistrados têm o dever de lutar pela sua independência, pois sem ela a magistratura pode se tornar uma farsa. A independência do juiz, dá garantias de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também dá a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.

Como bem assevera Zattaroni "um juiz, simplesmente não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser empregado da corte ou do supremo tribunal"²⁵.

Na realidade, o fato é que a lesão à independência interna costuma ser de maior gravidade do que a violação à própria independência externa, pois os corpos colegiados exercem uma ditadura interna e abusam de seu poder quotidianamente. Acham que o simples fato de serem juizes de diversa competência, são os outros seus inferiores.

A pressão sofrida pelos juizes em face de lesão à sua independência externa em um país democrático, é relativamente neutralizável, por via da liberdade de informação, de expressão e de crítica, mas a lesão a independência interna é muito mais sutil e eticamente degradante.

Permitindo-se uma magistratura com estes vícios é praticamente impossível que seus atos sejam racionais. Vê-se, então, que a independência interna só é possível se a estrutura judiciária reconhecer igual dignidade a todos os juizes, sendo as únicas diferenças as derivadas da diversidade de competência.

Para possibilitar a independência moral do juiz, isto é, para que ele possa decidir o conflito conforme seu juízo de valor, é necessário que ele possua ambas as formas de independência -- a externa e a interna.

Dalmo de Abreu Dallari, em seu livro O renascer do direito, determina três requisitos fundamentais para a concretização da independência dos juizes, são eles: "um sistema legal que afirme e assegure essa independência; o respeito das normas legais concernentes à situação e ao desempenho da magistratura, pelos que se acham integrados no sistema jurídico, especialmente pelos que detêm alguma parcela do poder; e o comportamento independente da própria magistratura, que deve defender ardorosamente suas prerrogativas e a predominância da ordem jurídica, sem fazer qualquer apelo ou concessão às soluções de conveniência ou de arbítrio"²⁶.

Como se verifica, o primeiro requisito impõe que a independência da magistratura venha assegurada na própria constituição. Mas não basta apenas isto, é preciso que as leis processuais e de organização judiciária garantam que ela realmente possa ser independente.

O segundo requisito trata das normas relativas à situação e ao desempenho dos magistrados, uma vez que elas exercem influência na sua atuação. Quando negativa, essa influência pode ser percebida ao se tentar subtrair garantias indispensáveis à ação independente dos juizes, como também pela negativa de cumprimento das decisões do judiciário.

Por fim, como terceiro requisito, Dallari mostra que não adiantará a existência de normas asseguradoras da independência dos magistrados se eles próprios não se dispuserem a defendê-la, não se permitindo atemorizar ou aceitar soluções de conveniência e jamais solicitar ou admitir favores de um poder arbitrário.

Somente uma magistratura independente pode garantir a eficácia

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares, apresentação João Marcello. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*. 2ª ed. corro São Paulo: Saraiva, 1996, p. 58.

das regras de comportamento social inspirada na busca da justiça.

Sendo ela independente pode o juiz orientar-se no sentido da justiça, decidindo com equidade os conflitos de interesse. O juiz precisa de independência para poder desempenhar plenamente suas funções, decidindo com imparcialidade, cumprindo sua missão no interesse da sociedade. O juiz não pode sofrer qualquer espécie de violência, de ameaça ou de constrangimento material, moral ou psicológico.

Percebe-se, assim, que é a sociedade que necessita da independência do juiz, sendo este, portanto, um dos responsáveis pela luta de uma magistratura independente.

d) Assumir a politicidade

Como visto alhures, dentro de um modelo democrático, é fundamental a independência interna e externa do juiz, pressuposto indispensável para a imparcialidade, por sua vez, caráter essencial da jurisdição.

Aquele magistrado que não se coloca como terceiro "supra" ou "inter" partes, não é um verdadeiro juiz.

Essa imagem de um juiz inter partes levou a uma deturpação do sentido da imparcialidade do magistrado. Criou-se a idéia de um juiz marginalizado da sociedade, de um juiz apático e desinteressado pelo "mundo fora do tribunal", um juiz que existe fora da realidade e não é afetado por ela.

Não se pode mais aceitar a idéia de um juiz neutro, despolitizado, afastado da realidade, isto porque não existe neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém, muito menos de um juiz. Enfim, não se pode conceber um juiz neutro, já que não há homem neutro.

Como bem assevera Griffith "nem a imparcialidade nem a independência pressupõem necessariamente a neutralidade. Os juízes são parte do sistema de autoridade dentro do Estado e como tais não podem evitar de serem parte do processo de decisão política. O que importa é saber sobre que bases são tomadas essas decisões"²⁷.

De outra parte afirma Zaffaroni que, "A tarefa de interpretar a lei para aplicá-la ao caso concreto é árdua, equívoca e discutível. Se assim não fosse, seriam inúteis as bibliotecas jurídicas"²⁸.

A politicidade está presente na atividade dos juizes em dois sentidos: por serem componentes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas.

Entretanto, muitos juizes cometem o equívoco de atribuir à palavra "política" o sentido estreito de "política partidária", chegando por isso a afirmar que são apolíticos, considerando essa posição indispensável para sua imparcialidade e independência.

É preciso, então, esclarecer esses termos, fazendo a nítida distinção entre "politização" e "partidarização". Entende-se que "despolitizar" o judiciário implica subtrair-lhe funções próprias, reduzindo seu poder, tomando-o incapaz de realizar suas funções; por outro lado "despartidarizar" o judiciário significa democratizá-lo, pluralizá-lo e, enfim, torná-lo idôneo ao exercício de suas funções

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares, apresentação João Marcello São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 92.

²⁸ *Ob. cit.*, p. 92.

manifestas.

Claro está, que o juiz não deve ser ligado a qualquer organização de fins políticos, que busque a conquista e o uso dos órgãos do poder do Estado para a implantação de suas idéias ou a promoção de seus interesses. O magistrado deve estar sempre com a consciência alerta para que suas preferências político-partidárias ou eleitorais não influam sobre suas decisões, prejudicando o direito e a justiça.

Outra forma de negativa da politicidade é a tentativa de afirmar-se neutro em relação às disputas políticas travadas na sociedade, pois crêem eles, os juizes, que não admitindo a preferência política, não estarão traindo seu dever de imparcialidade. Porém, não vêem eles que os juizes, como todo individuo, são inevitavelmente políticos, pois são eleitores e fazem opções políticas no momento de votar.

Os juizes comportam-se discretamente em relação às suas opções partidárias e eleitorais, contribuindo, assim, para a credibilidade do Judiciário. Mas, a realidade é que todos os magistrados fazem opções político-eleitorais, sendo preferível reconhecer este fato do que fingir uma neutralidade absoluta, o que seria sinônimo de indiferença pelos destinos do país e da sociedade, inaceitável em qualquer cidadão. O juiz é sobretudo um cidadão que tem direito a opiniões e o poder de expressá-las.

Se o magistrado pensa e tem uma opinião, tem o direito de dizê-la, sendo suas limitações as mesmas de um homem comum. A Constituição Federal consagra o princípio da isonomia e garante a todos liberdade de expressão, sem excluir os juizes. E ao se manifestarem sobre dado assunto não devem ser alvo de corregedorias do Judiciário, uma vez que se trata de atividade de desempenho da cidadania, e não de atividade atinente ao exercício funcional.

Um sistema democrático caracteriza-se principalmente pelo seu pluralismo ideológico e valorativo. No Brasil, o sistema judiciário cada vez mais se aprofunda e se aperfeiçoa na democracia, dessa forma se pluralizando, permitindo que em seu seio convivam pessoas com diversidade interpretativa, fazendo com que se operem tensões próprias dos diversos modos de conceber o mundo e o direito.

Como bem assinala Zaffaroni "não há outra imparcialidade humana além da que provém do pluralismo, e este só é possível dentro de um modelo democrático de magistratura que permita os agrupamentos democráticos e espontâneos, e o controle recíproco dentro de sua estrutura"²⁹.

Bem se vê que, a imparcialidade humana só é possível mediante o pluralismo, mas para que esse se realize é preciso que cada um expresse a sua concepção de mundo.

Como dito anteriormente, os poderes judiciários não podem deixar de ser "politizados" no sentido de que cumprem funções políticas, pois não se concebe um ramo do Estado que não seja político, justamente porque é governo.

Cada sentença é um serviço prestado aos cidadãos e também um ato de poder, portanto um ato do governo. Ela faz parte do exercício de soberania do Estado, que embora disciplinada pelo direito, é expressão do poder político. Não sendo possível, desta forma, "despolitizar" o judiciário, no sentido amplo da função essencialmente política que ele cumpre.

Claro está que os homens têm uma ideologia e não podem deixar de ter e que os juizes também têm uma filiação partidária que mesmo privadamente se expressa tanto nas suas atividades extrajudiciais como nas sentenças por eles proferidas, de forma que um juiz não é parcial porque está filiado a um determinado partido político, mas sim porque depende dele para sua nomeação, permanência, promoção e demissão. A partir do momento que uma estrutura judiciária garante o pluralismo, evitando esta dependência, permitindo a liberdade de expressão e de crítica, o controle público da atividade judiciária é facilitado, pois qualquer parcialidade é facilmente percebida e denunciada pelos diversos grupos de opinião pública.

²⁹ *Ob.cit.*, p. 93.

d) Mudança de mentalidade

Existe, hoje, preocupação bem maior com a legalidade do que com a legitimidade. Constantemente sentenças e acórdãos dos tribunais são recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e voltados para discussão de formalidades processuais, não tendo preocupação com a justiça.

Não há preocupação com o sofrimento das pessoas que dependem das decisões, que muitas vezes, pela demora não têm mais condições de gozar dos benefícios da decisão favorável: é que já tinham sido obrigados a abrir mão de seus direitos, arrastados pelas circunstâncias da vida ou da morte.

Muitas vezes os juizes afirmam com orgulho e certo alívio que são "escravos da lei", ficando dessa forma com sua consciência em paz, eximindo-se assim da sua responsabilidade pelas injustiças decorrentes de suas decisões. Mas como dito alhures, o juiz tem que ser independente, não podendo ser escravo de nada nem de ninguém, muito menos de uma lei, para poder ser justo. Percebe-se, pois a grande contradição.

Essa mentalidade é encontrada com frequência entre os operadores do direito, ela é uma herança do positivismo jurídico desenvolvido no século XIX. Teve sua origem devido a uma má interpretação de um preceito antigo enunciado por Platão e aprimorado por Aristóteles, segundo o qual "um governo de leis é melhor do que um governo de homens". Durante as guerras burguesas, nos séculos XVII e XVIII, deu-se um grande movimento contra o absolutismo, implantando-se dessa maneira o legalismo, que era a garantia de justiça contra o arbítrio.

Na obra de Montesquieu está presente a idéia de que todos os individuos estão sujeitos às leis, sendo estas expressões da razão. Existindo então uma lei política e uma lei civil não se concebendo um relacionamento humano fora delas. Como principio de igualdade e de liberdade, tem-se que a lei é igual para todos e todos ficam subordinados à ela.

A lei a qual Montesquieu se referia é a lei natural numa concepção racional. Porém acabou prevalecendo a lei formal, elaborada pelos Legislativos, sem qualquer preocupação com a justiça, os direitos humanos fundamentais e os interesses sociais. Verifica-se, por conseguinte, que a subordinação das relações humanas exclusivamente à razão significou também a expulsão dos imperativos éticos.

Por trás da máscara de neutralidade das leis, está a corrupção grosseira de legisladores, que em troca de dinheiro ou vantagens pessoais vendem seu apoio a projetos de lei.

Evidencia-se, portanto, que o juiz "escravo da lei" é na realidade juiz escravo dos compradores de lei, como afirma Dallari.

O Brasil, como toda a América Latina, foi fortemente influenciado por Kelsen, que desenvolveu uma teoria constitucional que tem por base a Constituição tomada como lei fundamental e suprema do Estado, tendo, portanto, contribuído para a criação e fixação das competências de uma Corte Constitucional.

Kelsen, é também autor da "teoria pura do direito". Esta teoria reduziu o direito a uma simples forma que aceita qualquer conteúdo, afastando, assim, os fundamentos filosóficos e sociais. Logo, todo o direito foi resumido ao direito positivo. Foi eliminada a procura do justo, sobrando apenas um apanhado de normas técnico-formais.

Essa visão do direito é bastante conveniente para aqueles que não querem ter a preocupação com a questão da justiça ou aqueles que não querem assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa aparente da neutralidade política. Diante disso como afirma Dallari "os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juizes"³⁰.

Encontra-se ai a primeira grande reforma que precisa ser feita,

³⁰ *Ob. cit.*, p. 83.

visto que, a adesão a esse pensamento (positivismo jurídico) significa a eliminação da ética como pressuposto do direito ou dele integrante. É dessa forma que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juizes realmente dedicassem sua vida a promover justiça³¹.

Toma-se imperativo, então, a mudança de mentalidade. É preciso que as leis voltem a ser instrumentos da humanidade e como tais devam basear-se na realidade social e estar em consonância com esta mesma realidade.

Os juizes e todo o aparato judiciário existem em função da população, de modo que, devem atuar visando a dignidade da pessoa humana, buscando garantir a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.

CONCLUSÃO

O problema enfrentado pelo Judiciário não é privilégio brasileiro, ele é marca comum em toda América Latina fruto das circunstâncias históricas preexistentes a partir da colonização do continente.

Zaffaroni, ao examinar as Constituições latino-americanas, ensina que: "Nas Constituições latino-americanas tem-se dado acentuada atenção à consagração de direitos e garantias, mas pouca às instituições que devem torná-los efetivos e, em particular, o Poder Judiciário. Em alguns casos parece esquecer-se de que uma Constituição pode, inclusive, carecer da 'parte dogmática' e nem por isso deixar de ser uma Constituição, mas jamais poderá carecer da parte institucional, porque esta diz respeito à sua essência. Os próprios movimentos populares progressistas de nossa região incorreram no erro de procurar alcançar o poder exclusivamente para exercê-lo, desperdiçando a oportunidade de racionalizá-lo. Estes erros tiveram um preço muito alto, em todos os sentidos"³².

O Brasil passou por mudanças substanciais do ponto de vista de desenvolvimento econômico e social, mas os operadores políticos não tiveram a acuidade de criar instituições capazes de satisfazer às exigências que essas mudanças impõem.

Pode-se identificar duas ordens de fatores que provocam o desajustamento do Poder Judiciário da sociedade. Primeiramente um fator de ordem estrutural, que consiste na própria estrutura orgânico-administrativa anacrônica do aparelho judicial. O segundo é um fator histórico-cultural caracterizado na mentalidade da expressiva maioria dos integrantes da estrutura orgânico-administrativa, que a partir dos bancos acadêmicos, e principalmente nessa fase, não receberam os ensinamentos doutrinários e científicos capazes de possibilitar uma formação calcada na realidade concreta social, econômica e política do país.

Vê-se, então, que é preciso realizar uma reforma democrática do Judiciário para poder desencadear um processo de atendimento satisfatório das demandas sociais reprimidas, do contrário permanecer-se-á na crise em que se debate a sociedade brasileira.

Essa reforma deve visar ao seu aprimoramento e não cercear a independência do juiz. Em um Estado Democrático de Direito, é necessário que se confie ao Judiciário a garantia dos direitos, buscando-se a consecução da justiça.

Não existe Estado Democrático sem uma magistratura independente e esta deve decorrer não só das leis, mas também da luta por parte dos juizes.

Essa reforma deve conter mudanças a respeito da mentalidade dos magistrados, deve questionar sobre a aplicação da norma procurando a justiça e procurando afastar o direito do normativismo que almeja reduzi-lo ao direito positivo.

É preciso encarar o direito como instrumento de transformação para poder tomar o Judiciário num autêntico serviço público, que ajude na construção de uma sociedade mais justa e solidária, diminuindo as desigualdades regionais, a

³¹ *Ob. cit.*, p. 83.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares, apresentação João Marcello. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 17

miséria e a pobreza, conforme pretendido no artigo 3º da Constituição Federal.

No artigo supra citado está imbutido o pressuposto de um judiciário que precisa ser reorganizado para ganhar agilidade, eficiência, credibilidade. Mas não através da reforma que está sendo proposta pelo Deputado Jairo Carneiro. Essa precisa ser repensada para poder tomar o Judiciário um eficiente órgão público.

Os magistrados devem ter em mente o ideal de equidade. Não se esconder por trás da máscara da legalidade, para não assumir a responsabilidade de seus atos, não se preocupando com os conflitos sociais e com a sua solução. Toma-se então indispensável a participação dos juízes nas discussões a respeito do seu papel social através da qual procurem mostrar de que forma poderão ser mais úteis à realização da justiça.

Deve-se ainda encarar o juiz não como um indivíduo neutro, apático, mas com ideais e valores. Defender um Judiciário politizado, e não partidariado, pois a partir do momento em que este for encarado como Poder de Estado tomar-se-á mais democrático e pluralista.

A indicação desses pontos críticos não quer dizer que não se reconheça a contribuição dada à humanidade, pelo Poder Judiciário, como mecanismo institucional para a solução pacífica e justa de conflitos sociais.

Com a reforma do judiciário não se pretende solucionar o problema das injustiças institucionais e os vícios de comportamento que impedem que no Brasil haja efetivamente justiça social, esta será um mecanismo valioso para assegurar a proteção da legalidade autêntica e a promoção da dignidade humana.

É necessário que aconteçam reuniões e debates, que instituições ofereçam sugestões e participem, para que se chegue a um consenso a respeito das mudanças necessárias e das soluções mais condizentes com os interesses do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Associação dos Magistrados do Trabalho da 188 Região (Goiás). A magistratura brasileira e a reforma do poder judiciário. 1996.

SECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução. Lucia Guidicini com colaboração de Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1991.

DAILARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. *O renascer do direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*. 28. ed. corro São Paulo: Saraiva, 1996. Diário de Natal- 27 de março de 1997. Juizes para a democracia e revisão constitucional.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo I* Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vjeira Mota. - 38. ed. aum. - São Paulo: Saraiva, 1994.

PINHEIRO, Pe. José Emanne; JÚNIOR, José Geraldo de Souza; DINIS, Melillo; SAMPAIO, Plínio de Arruda. *Ética, justiça e direito - Reflexões sobre a reforma do judiciário*. Rio de Janeiro. Ed. Vozes. 1996.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 118 ed. 38 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares, apresentação João Marcello. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A TO JUDICIAL, APÓS O NOVO REGIME DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz
Bacharelada do Curso de Direito-UFRN
Monitora da Disciplina de Direito Civil- Família

INTRODUÇÃO

O advento da Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil sobre agravo de instrumento, veio trazer à tona, mais uma vez, a discussão sobre o cabimento do Mandado de Segurança contra Ato Judicial.

É sobre esta polêmica, em diversos períodos levantada, que pretendo discorrer brevemente neste trabalho.

CABIMENTO ANTES E DEPOIS DO NOVO REGIME DE AGRAVO

Bastante contraditória e divergente já era a doutrina a respeito do cabimento do Mandado de Segurança contra Ato Judicial.

Num primeiro momento, anterior à publicação da Lei 1.533/51, a preocupação era definir se o Juiz estaria incluído ou não no conceito de autoridade para fins de segurança, esquecendo-se, inclusive, de analisar qual o tipo de ilegalidade que ensejaria a impetração da **Ação de Segurança**. (Teresa Arruda Alvim em 8Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial, Ed RT, São Paulo 1994, pag.61.).

Desde então, a preocupação que surgiu foi se haveria ou não recurso contra o ato ilegal praticado pelo juiz, pois, caso positivo, não seria cabível o **mandamus**, pois, lançar-se-ia mão do recurso próprio.

Num terceiro momento, a discussão a respeito passou a ser quanto à natureza do dano causado, se seria ou não irreparável, morando aqui o requisito.

A questão está no fato de que, para fazer uso deste remédio tão valioso do qual podemos lançar mão, não é necessário apenas a presença de um dos seus requisitos, mas deles, em conjunto, e é aqui que devem morar a cautela e observância para que não se corra o risco de querer-se substituí-lo pelos recursos processuais cabíveis.

Não seria, assim, como temia Hely Lopes Meirelles, o Mandado de Segurança, substitutivo do recurso próprio. Vejamos o que diz em uma de suas obras: *Inadmissível é o mandado de segurança como substitutivo do recurso próprio, pois por ele não se reforma a decisão impugnada, mas apenas se obtém a sustação de seus efeitos lesivos ao direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado no recurso cabível. Por isso mesmo, a impetração pode - e deve ser concomitante com o recurso próprio (apelação, agravo, correição parcial), visando unicamente a obstar d lesão efetiva ou potencial do ato judicial impugnado*". Isso, logicamente, desde que não haja coibição eficaz e pronta pelos recursos comuns. (Hely Lopes Meirelles em "Mandado de Segurança..", 17ª edição, Malheiros, São Paulo, pág.35)

Muito cuidadosos têm que ser tanto o legislador como os operadores do direito.

Como o agravo de instrumento, em princípio, não possuía, a esse

tempo, efeito suspensivo, era comum vermos interposto este recurso contra certa decisão judicial e, concomitantemente, impetrado o *Writ*, para que fosse obtido o efeito suspensivo, afastando o risco de lesão ao direito.

O perigo está no fato de que, assim agindo, estaria o operador do direito desvirtuando o sentido do instituto, usando-o como mero instrumento suspensivo, e que, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, configura *sintoma evidente do abuso do emprego do mandado de segurança contra ato do juiz*. Segundo ela, *8s6 se deveria utilizar o mandado de segurança para impugnar ato do juiz, se o sistema da lei ordinária fosse absolutamente inoperativo, no caso concreto e se a situação se encaixasse nas exigências do dispositivo constitucional: se estivesse diante de ato abusivo ou ilegal, que ofendesse direito líquido e certo (=provável de plano, documental mente) da parte.* "

Com o Agravo de Instrumento, agora, possuindo o efeito suspensivo, ficaram bastante estreitas as possibilidades do cabimento do Mandado de Segurança no caso aqui estudado.

A questão é que, mesmo estando preenchidos os requisitos de ato abusivo ou ilegal, e do direito líquido e certo, para a impetração do *writ*, temos que lembrar que esse remédio só era cabível para os casos que não poderiam ser resolvidos com o recurso. Quando o recurso cabível - o agravo - não possuía efeito suspensivo, justificava-se o Mandado de Segurança para o pronto atendimento da pretensão.

Relevantíssima é a questão do dano irreparável, de prejuízo grave, ou de difícil reparabilidade. É este o maior justificador do uso do, Mandado de Segurança, pois a tendência jurisprudencial é no sentido de ser este o fato diferenciador da admissibilidade entre o Mandado de Segurança e o agravo, nessa hipótese. Usando novamente as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: "O dano inoperável existe quando concreta, fática e palpavelmente (no plano real) for de difícil reparação o prejuízo ocasionável pela eficácia (no sentido do resultado da efetiva produção de efeitos) da decisão impugnada que só ocorrerá, se por algum motivo, os efeitos da decisão não puderem ser ou não forem suspensos. Esse "algum motivo" pode ser ausência de previsão legal ou ato judicial indeferindo o pedido.

Sobre dano irreparável o TRF da 1ª Região assim decidiu recentemente (DJ, data: 01 de julho de 1996, PG: 44982):

"EMENTA: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO. INTEMPESTIVIDADE. VOCATIO LEGIS. CONTAGEM DE PRAZO.

I - PARA A CONTAGEM DO PRAZO DA VACATIO LEGIS. EXCLUI-SE O DIA DO COMEÇO E INCLUI-SE O DIA DO VENCIMENTO. COMPUTADOS DOMINGOS E FERIADOS. SEM INTERRUPÇÃO.

II - O AGRAVO INTEMPESTIVO E COMO SE NÃO TIVESSE SIDO INTERPOSTO. PARA EFEITO DE POSSIBILITAR A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL".

Desta decisão, podemos reforçar a importância do dano irreparável para o cabimento do *writ*. Se o recurso não foi interposto tempestivamente, depreende-se que o dano não era irreparável a ponto de justificar a Ação.

É importante observar, também, que até mesmo contra a concessão de "medida cautelar" era admitido o Mandado de Segurança. Anteriormente a reforma não possuía esta o efeito suspensivo. Desta forma, a sua concessão poderia afetar o direito líquido e certo do Impetrante, cabendo, assim o *writ*, mesmo na decisão de mérito. Isto é para chamar atenção a maneira como era usada esta Ação: dar efeito

suspensivo as decisões que não a possuíam.

Após a reforma do CPC, continua o cabimento do Mandado de Segurança, no entanto, mais vinculado aos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, e da irreparabilidade do dano causado. Pelo menos é o que se pode concluir da redação da nova redação do artigo 558 do CPC.

Quando ocorre uma reforma como esta, está claro que os seus objetivos são os de agilizar, melhorar o andamento do processo, reforçando a questão da sua INSTRUMENTALIDADE, segundo a qual, é proposta a "desmistificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcandorada *efetividade do processo* (Cândido Rangel Dinamarca em "A Instrumentalidade do Processo", Editora Malheiros, 58 edição, Malheiros, São Paulo, 1996). O processo não é mero operador do direito material, ele tem a função social de proporcionar a pacificação dos conflitos e abrandar os efeitos danosos de quando se fere um bem jurídico, resolvendo, assim, os conflitos, de maneira o mais eficaz possível.

Discordo da observação que fizeram alguns juristas, quando se referiram ao Mandado de Segurança como "grande problema" do qual os tribunais se livraram, para atribuir efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento. Não pode ser tratado como problema o único remédio eficaz existente, para Impedir a lesão irreparável do direito, numa época em que o Agravo não possuía o efeito suspensivo.

CONCLUSÃO

O tema, como podemos observar, é assunto suficiente para que sejam escritas, como já ocorreu, centenas de páginas e argumentações. Porém, o nosso objetivo é apenas chamar atenção para a mudança ocorrida, e fornecer base para um maior aprofundamento daqueles interessados por questão tão discutida.

Fica, então, a seguinte conclusão:

Com o novo regime de agravo, não está excluída a possibilidade de usar-se o Mandado de Segurança contra ato judicial. O que ocorreu foi um forte estreitamento das hipóteses de sua aplicação, visto que, o argumento anterior era que este possuía poderes não revestidos pelos recursos, em especial, o efeito suspensivo.

Desta forma, podemos ainda encontrar as possibilidades de sua aplicação, desde que preenchidos os requisitos já elencados, e que o agravo de instrumento não consiga atingir, neste caso, os efeitos desejados.

Depreende-se então, que restam as seguintes hipóteses de cabimento:

a) as hipóteses não abrangidas pelo artigo 558 em sua referência ao artigo 520 do Código de Processo Civil, pois pelo que vemos, são os casos em que o efeito deve ser suspensivo;

b) nos casos em que o juiz não concede o pretendido pela parte, mesmo que a base legal esteja elencada no CPC, pois estaria, assim agindo com ilegalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira - "Código de Processo Civil Refonnado" Editora Dei Rey, Belo Horizonte, 3aedição - 1996.

ALVIM, Teresa Arruda - "Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial" - RT, São Paulo, 3aedição - 1994.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro - "Apontamentos Sobre Mandado de Segurança" - CERN, Natal, 1984.

- DINAMARCO, Cândido Rangel - "A Instrumentalidade do Processo" Malheiros, São Paulo, 5ª edição -1996.
- FERRAZ, Sérgio - "Mandado de Segurança Individual e Coletivo Aspectos Polêmicos" - Malheiros, São Paulo, 2ª edição -1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes - "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data" - Malheiros, São Paulo, 17ª edição - 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson - "Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos" - RT, São Paulo, 3ª edição - 1996.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim - "O Novo Regime de Agravo" - RT, São Paulo, 2ª edição - 1996.
- ROMANO, Rogério Tadeu - "Mandado de Segurança Contra Ato Judicial" em "Revista da Procuradoria Geral da República" - n03, RT, São Paulo - 1993.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

QUESTÕES ACERCA DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL

Ana Karenina de Figueirêdo Ferreira
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN - 4º período

INTRODUÇÃO

A reincidência, cuja origem remonta ao Direito Romano¹, tem sido usada através dos tempos nos mais diversos ordenamentos jurídicos para agravamento da pena. Essa exacerbação da pena em função da reincidência, entretanto, tem sido sistematicamente criticada por diversos e conceituados doutrinadores, que a consideram, inclusive, um *bis in idem*, algo inadmissível no moderno direito penal.

Este trabalho traça um panorama geral do instituto, abordando os seus mais variados aspectos: a razão de sua existência, as diversas formas como se apresenta, as distorções geradas na fixação de seus critérios, o tratamento dispensado pelo Código Penal Brasileiro, as críticas a seu respeito...

Enfim, tratamos o tema com a seriedade que ele exige - principalmente em face das suas diversas implicações para a pessoa do condenado no nosso país - e nos lançamos numa tarefa algo que ousada, ou talvez até quem sabe, petulante, considerando que somos apenas iniciantes na arte jurídica: propor uma nova reincidência penal.

A REINCIDÊNCIA NA DOUTRINA – CRÍTICAS

Reincidência deriva de *recidere*, que significa repetir o ato. No caso do Direito Penal, uma prática criminosa. Trata-se de critério técnico, e em assim sendo, se apresenta de várias formas,

conforme o ordenamento jurídico. Podemos classificar a reincidência em:

a) Quanto ao termo inicial:

a.1) real: ocorre a partir do momento em que o sujeito comete novo delito após cumprir, total ou parcialmente, a pena cominada por delito anterior;

a.2) ficta: ocorre a partir do momento em que o sujeito comete novo delito após sentença condenatória transitada em julgado por delito anterior.

b) Quanto à eficácia temporal da condenação anterior:

b.1) sistema da perpetuidade: os efeitos da condenação anterior são perpétuos para efeitos de reincidência, não importando o lapso temporal entre o termo a que e a prática do novo delito;

b.2) sistema da temporariedade: os efeitos da condenação anterior são válidos apenas temporariamente para efeito de reincidência, a qual não existe se entre o termo a que e a prática do novo delito transcorreu certo prazo;

b.3) sistema misto: os efeitos da condenação anterior são perpétuos para efeitos de reincidência. Entretanto, com o decorrer do tempo a agravação em função da reincidência é abrandada.

¹ FALCONI, Romeu. Lineamentos de direito penal. São Paulo: ícone, 1994. p.241.

c) Quanto ao tipo de crime:

c.1) genérica: não é necessária nenhuma relação entre os dois delitos;

c.2) específica: o segundo delito tem que ter a mesma natureza criminógena do primeiro.

Os diversos tipos de reincidência, considerando cada uma das classificações de *per si*, apresentam virtudes e defeitos os quais não abordaremos, tendo em vista que isto seria demasiado longo e pouco proveitoso para o trabalho em questão. Comentaremos, em momento oportuno, a forma de reincidência adotada no Brasil.

Passamos agora a estudar o instituto mais profundamente. Em primeiro lugar, buscamos na doutrina a sua razão de ser. Seus adeptos defendem a exacerbação em função de reincidência principalmente com base em dois pressupostos: a culpabilidade de um indivíduo reincidente é maior, uma vez que há uma maior exigibilidade de conduta diversa em virtude da advertência imposta pela condenação judicial anterior e a sua recidiva revela maior imunidade à sanção jurídica aplicada, que se mostrou insuficiente para intimidá-lo e recuperá-lo.

Não são poucos os doutrinadores que criticam essa fundamentação. A corrente contrária coloca que a punição imposta pelo Estado, notadamente a pena privativa de liberdade, submete o condenado a um processo dessocializador e por demais nocivo à sua personalidade. A superlotação das prisões, a promiscuidade sexual existente nestes estabelecimentos, as condições de vida subumanas, a contaminação carcerária, o descaso com a reintegração do indivíduo na sociedade... tudo conspira para deixar marcas profundas na pessoa do condenado.

Some-se a isso a falta de preparo da sociedade para recebê-lo. O ex-detento é marginalizado por esta. que o exclui, o rotula, o sentencia. Cabem aqui as palavras do saudoso mestre italiano Francesco Camelutti sobre o assunto²:

"Nem aqui seja dito, ainda uma vez, contra a realidade que se quer de fato protestar. Basta conhecê-la. A conclusão de havê-la conhecido é esta: as pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa mas os homens não "

Paralelamente a essas considerações temos a drástica diminuição dos níveis de reincidência em países que implantaram programas de reinserção social de ex-detentos, como Portugal e Holanda, aonde os índices baixaram para números inferiores a 40%³. Inclusive aqui, no Brasil, mais precisamente em São Paulo, conhecemos iniciativas de pessoas jurídicas de direito privado como a da APAC - Associação de Proteção e Assistência aos condenados - que tem obtido resultados excelentes, chegando por vezes a baixar o índice de reincidência, que no nosso país gira

² CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Tradução: José Antônio Cardinali. Campinas: Canan, 1995. p.77.

³ FALCONI, op. cit., p. 243.

em tomo de 70 a 75%, para a faixa dos 5%⁴.

Dessa maneira, expostas as mazelas do sistema carcerário e frente aos resultados obtidos pelos programas de reabilitação e reinserção do ex-detento na sociedade supra citados, constatamos que muitas vezes o ex-detento volta a delinquir não em virtude de um querer antijurídico, mas, quer pela falha do sistema em recuperá-lo quer por pura falta de opção à vida do crime. Não temos, portanto, como acatar os argumentos anteriormente citados para justificar a agravação obrigatória da sanção em virtude da reincidência.

A REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Dispõe o nosso Código Penal no art. 63 que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Já a Lei de Contravenções Penais dispõe no art. 7º que “verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil, ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou no Brasil, por motivo de contravenção..

Ainda citando os dispositivos do Código Penal acerca do assunto, temos no art. 64 que “para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos”.

Como podemos ver, o legislador de 1984 adotou a reincidência ficta, temporal e genérica (salvo pouquíssimas exceções legais de reincidência específica), contrapondo-se ao de 1940 que havia eleito a reincidência ficta, perpétua e específica. A mudança no sistema da temporariedade da reincidência, verdadeiro avanço, já há muito era defendida por grande parte da doutrina, que afirmava que o decurso de um certo lapso de tempo após o cumprimento da pena, sem a ocorrência de nova infração, demonstrava a reinserção social do indivíduo e o desaparecimento da sua tendência à reiteração criminal. De fato, como coloca Alberto Silva Franco, “se determinado trato temporal poderia interferir tanto sobre a pretensão punitiva, como sobre a pretensão executória, para extinguir uma e outra, por que não poderia também atingir a eficácia da condenação anterior para provocar o efeito da reincidência”?⁵

Entretanto, apesar da benemérita mudança citada, o legislador colocou a reincidência no rol das circunstâncias agravantes da pena, atribuindo-lhe, como se não bastasse, efeitos de extrema gravidade, dentre os quais citamos: ser preponderante no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67 do CP); impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa (arts. 44, 11 e 60, §2Q do CP), a concessão de *sursis* no caso de reincidência por crime doloso (art. 77, I do CP) e o início do cumprimento da pena em regime semi-aberto ou aberto (art. 33, §2Q, *b* e *c* do CP); aumentar os prazos para a concessão do livramento condicional (art. 83, 11 do CP) e para a prescrição da pretensão executória (art. 110, *in fine* do CP); interromper o prazo prescricional (art. 117, VI do CP); revogar o *sursis* e o

⁴ SOUZA, Moacir Benedicto de. A participação da comunidade no tratamento do delinqüente APAC: uma experiência vitoriosa. Revista dos Tribunais, ano 73, vol. 583, maio. 1984. p. 311

⁵ FRANCO, Alberto Silva, et al. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. rev. e ampl. - 2. tiro - Silo Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.796.

livramento condicional (arts. 81, I, 81, §1Q, 86 e 87 do CP); revogar a reabilitação quando o agente for condenado a pena que não seja de multa (art. 95 do CP) e impedir a liberdade provisória para apelar (art. 594 do CPP).

O fato de o legislador colocar a reincidência como circunstância agravante da pena - bem como de lhe atribuir os gravames citados anteriormente, atingindo o réu durante o decorrer do processo, na fixação da pena e na execução desta - tem sido bastante criticado por diversos doutrinadores, aos quais juntamo-nos. Falaremos a respeito no próximo tópico, ao propor uma nova abordagem sobre o assunto.

UMA NOVA REINCIDÊNCIA PENAL

A mais contundente crítica às disposições do Código Penal acerca do instituto, é o fato da reincidência consistir numa circunstância agravante da pena. Ora, a reincidência não se trata propriamente de uma *circunstância* agravante, na medida em que é totalmente objetiva e desvinculada do crime. Outra característica das circunstâncias agravantes é que elas se prestam a “mensurar a culpabilidade do agente, através do exame da maior ou menor exigibilidade de conduta diversa.”⁶. Após fazermos um breve apanhado das deficiências do sistema carcerário e das dificuldades enfrentadas pelos ex-detentos, chegamos, porém, à conclusão de que o reincidente não possui necessariamente um maior grau de culpabilidade. Essa maior culpabilidade só caberia num sistema carcerário e sociedade perfeitos, aonde apesar de terem sido dados o tratamento ideal para recuperar o preso, todas as condições para a sua ressocialização, total apoio por parte da sociedade ao ex-detento, etc...o mesmo voltasse a delinquir. Colacionamos agora a posição do douto professor Romeu Falconi sobre o assunto, o que nos traz valiosa reflexão a respeito:

"Sempre que entendo necessário. teço considerações críticas ao diploma substantivo penal. Aqui, cabem alguns comentários sobre a colocação agrupada da reincidência no espaço reservado às circunstâncias (inciso I do art. 61). Ora, se o legislador abriu espaço para as hipóteses contidas no art. 62, por que não deslocou também a reincidência, já que esta mereceu dois artigos para a sua regulamentação? E mais. Que essa posição não seja interpretada como a absorção da idéia de que a reincidência pode e deve ser aceita como "circunstância". Penso mesmo que a reincidência, como fator de agravamento da pena, implica a escancarada prática de "bis in idem ". Afinal, ir buscar subsídios numa outra conduta já consumada (no sentido gramatical) e julgada, com sentença condenatória - indiferente a categoria da sanção aplicada - para o fim de exacerbar a pena, é mesmo uma heresia. Aquele que contraiu uma "dívida" e, posteriormente dela se viu livre - de qualquer forma, é indiferente - não pode ter contra si qualquer forma de acréscimo se, por acaso, vier a contrair outra dívida. É assim em todos os setores da atividade humana, e o Direito Penal não pode ter o condão de alterar algo que pertence ao jus naturalis ".

⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvao ela. Aplicação da pena. Belo Horizonte: DeI Rey. 1995. p.163.

Face ao exposto anteriormente, corroborado pelas oportunas palavras do professor Romeu Falconi, o nosso entendimento é no sentido de que a reincidência não deveria estar elencada no rol das circunstâncias agravantes. Estaria então a reincidência fadada a desaparecer do processo de dossimetria da pena? Cremos que não e principalmente, após as mudanças que iremos sugerir no instituto logo a seguir. O lugar natural da reincidência nesse processo é nas circunstâncias judiciais, no art. 59, em substituição aos antecedentes. Explicaremos por que.

A circunstância dos “antecedentes” que, antes da reforma penal de 1984, englobava o estudo da vida do agente comportamento social, relacionamento familiar, inclinação para o trabalho, etc. - se esvaziou após esta, com a criação da circunstância 'conduta social'. Atualmente os antecedentes nada mais são do que as sentenças penais condenatórias que não caracterizem a reincidência⁷ (STF, 1ª Turma, rel.: Min. Celso de Mello, DJU 26/06/92, p. 10106 e DJU 21/02/92, p. 1694-1695).

Na realidade, o sistema atual, que combina antecedentes nas circunstâncias judiciais e reincidência nas circunstâncias agravantes, tem gerado alguns entendimentos jurisprudenciais absurdos. O primeiro, no sentido de que afastada a reincidência pelo decurso do prazo para tal, a condenação persiste para caracterizar maus antecedentes caso o sujeito venha a cometer novo crime, e o segundo, no sentido de considerar na fixação da pena tanto os maus antecedentes quanto a reincidência, submetendo o réu a agravações absolutamente injustas na sua pena.

Com a colocação da reincidência no lugar dos antecedentes não só acabaríamos com esses disparates, mas também a colocaríamos no lugar devido, ou seja, ao lado da conduta social e personalidade do agente, que são critérios que dizem respeito à vida do agente, algo exterior ao fato punível, mas que devem ser usados na fixação da pena. Vale dizer que o uso desses critérios (inclusive a reincidência) é cabível na medida em que a função da pena é não só reprovar mas também prevenir o crime e daí, então, a utilidade de se conhecer a vida e a pessoa do criminoso. A colocação da reincidência nas circunstâncias judiciais também traria a vantagem de uma melhor graduação da influência que esta teria na fixação da pena, tendo em vista que todas as circunstâncias judiciais em última análise não podem ultrapassar a medida estabelecida pela culpabilidade.

Há entretanto, uma desvantagem em substituir antecedentes por reincidência, desvantagem essa causada pelas formas de reincidência existentes atualmente: as reincidências ficta e real só atingem crimes praticados após sentença condenatória transitada em julgado, enquanto que os praticados anteriormente a sentença condenatória transitada em julgado só podem ser abarcados pela figura dos antecedentes. Vislumbramos, porém, uma solução para o problema: a propositura de uma nova reincidência penal.

Nesse sentido, passamos agora a criticar os pontos fracos dos dois tipos de reincidência existentes atualmente, em se tratando do termo inicial para caracterização da reincidência. O primeiro é que as reincidências ficta e real deixam imunes os crimes praticados até a instauração e durante o decorrer do processo e o segundo, que relacionam dois fatos delituosos separados na maioria das vezes por um lapso temporal enorme, o que, na nossa opinião, obsta a criação de um vínculo criminológico relevante a ponto de influenciar na reprovabilidade da segunda conduta criminosa.

As deficiências dos sistemas existentes podem ser vislumbradas de maneira clara e nítida ao tomarmos como base os seguintes exemplos:

- a) Um sujeito comete quatro estupros no período de um ano. Não é

⁷ FRANCO, op. cit., p. 673.

reincidente, mesmo que ao se julgar o quarto estupro já tenha sido irrecorrivelmente condenado pelos outros três.

b) Um sujeito comete crime de peculato. O processo dura quatro anos, vindo o mesmo ser condenado irrecorrivelmente a seis anos. Com três anos obtém o livramento condicional e após três anos sem haver revogação deste, considera-se a pena cumprida. Passado um ano e três meses, comete crime de lesão corporal leve. É reincidente, embora entre o primeiro e o segundo crime tenha decorrido o período de onze anos e três meses.

Depois de analisarmos casos práticos dessa ordem, chegamos a uma conclusão inequívoca: os critérios existentes atualmente criam distorções que ferem qualquer lógica jurídica. Como imputar ao primeiro criminoso a condição de primário e ao segundo a de reincidente? Por que dar ao primeiro um tratamento mais brando e ao segundo um mais rigoroso? Passamos, frente às distorções geradas pelos sistemas existentes, a propor uma forma de reincidência, que se aproxime mais do ideal de justiça que deve sempre orientar os nossos atos e reflexões.

Partindo do princípio de que o instituto da reincidência visa punir mais severamente a reiteração criminal, com o objetivo de prevenir a consecução de novos crimes, não podemos conceber que só venham a ser considerados para efeito de reincidência fatos cometidos após a sentença condenatória transitada em julgado. O prazo, para tal, deve se iniciar a partir do cometimento do primeiro delito e não deve se estender em hipótese nenhuma além da data do cumprimento ou extinção da pena, tendo em vista que se o indivíduo já "quitou" a sua dívida com a sociedade, essa não pode ser mais invocada para o que quer que seja. Sabemos que trata-se de uma proposta ousada, que traz à tona diversos questionamentos e problemas de ordem teórica e prática, os quais expomos, a medida que buscamos soluções pertinentes, logo mais.

Apenas com a finalidade de tomar mais claro o novo sistema por nós defendido, tomamos por base o seguinte exemplo: um indivíduo comete um crime durante o decorrer de processo em que esteja respondendo por crime anterior. Posteriormente é irrecorrivelmente condenado pelo primeiro crime. Inicia o cumprimento da pena e após certo tempo é considerado culpado em relação ao segundo crime. O juiz ao verificar o lapso de tempo existente entre o primeiro e o segundo crime, bem como o fato da sentença condenatória pelo primeiro já haver transitado em julgado, deve considerar o réu reincidente, quando da fixação da pena base.

O primeiro questionamento com relação ao novo sistema diz respeito ao princípio da presunção de inocência, contido no inciso LVII do art. 5º da nossa Constituição Federal. Estaria ele sendo ferido? Tratemos então de deslindar a questão.

Reza o citado princípio que "ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória". Ora, se ao proferir sentença sobre a segunda conduta delituosa do sujeito já houver sentença condenatória transitada em julgado em relação à primeira conduta, o juiz, numa primeira análise, não estaria ferindo o dito princípio ao impor sanção mais severa por considerar o réu reincidente. Entretanto, poder-se-ia colocar que a sentença penal analisa o fato em questão, e na data do cometimento do crime, não havia então a sentença condenatória, não podendo o réu ser considerado reincidente. Essa argumentação, tão lógica a princípio, não subsiste a uma análise mais apurada da questão. Basta, para tal, deitarmos luzes sobre a natureza da sentença penal e seus efeitos.

Quanto à natureza da sentença penal criminal que impõe ao réu a pena cominada pela lei em virtude do ilícito penal cometido, todos sabemos que trata-se tipicamente de sentença condenatória. Com relação aos efeitos da sentença, dispõe Ada Pellegrini⁸:

"Outro aspecto importante relativo ao processo de conhecimento é o que consiste em determinar se a sentença produz efeitos jurídicos para o futuro (ex nunc), ou se, ao contrário, pode reportar-se ao passado (ex tunc). O fato de às vezes a sentença atingir situações anteriores a ela própria (CC. art. 158) não significa, todavia, Que seja retroativa. Ao contrário, a sentença tem efeitos retardados em relação à possibilidade de auto-tutela imediata e é para corrigir esse retardamento Que pode ter efeitos ex tunc. "A regra geral é que as sentenças condenatórias e declaratórias produzem efeitos ex tunc, enquanto a constitutiva só produz efeitos para o futuro." (grifas acrescidos)

De fato, podemos observar claramente os efeitos *ex tunc* da sentença penal ao constatarmos que não cabe indenização por parte do Estado ao réu preso provisoriamente, se ele vier a ser condenado, tendo em vista que a sentença reconheceu a existência de crime anterior, o que justificou a privação da liberdade.

Logo, se a sentença penal condenatória produz efeitos *ex tunc*, não há de se cogitar em quebra do princípio da presunção de inocência no caso em questão, tendo em vista que no momento do segundo crime, o sujeito já era de fato reincidente. Apenas o que ocorreu foi o reconhecimento posterior do primeiro crime através de sentença condenatória, tendo sido essa sentença, após transitada em julgado, utilizada quando da fixação da pena referente ao segundo crime, para caracterizar a reincidência.

O segundo questionamento, diríamos, mais uma questão de ordem prática, é que o segundo crime pode ter um processo mais rápido que o primeiro, e o juiz, frente ao novo conceito de reincidência pode ser compelido a pronunciar a sentença condenatória sem ter definido se o réu é ou não reincidente, pois não houve sentença condenatória transitada em julgado para o crime anterior. Nesse caso, sugerimos adotar o mesmo procedimento descrito pelo Código de Processo Penal para processos incidentes (art. 92 ao 94 do CPP). Em se verificando a impossibilidade de manter o processo suspenso em função da decisão sobre o primeiro crime, o juiz deve considerar o réu primário, em virtude do princípio da presunção de inocência.

Entendemos necessário neste momento abordarmos a questão dos efeitos secundários da reincidência elencados anteriormente. Compartilhamos da lição do douto Roberto Lyra ao afirmar que "pela pena sofrida, o primeiro crime foi expiado, a lei deu-se por satisfeita e o Estado reconciliou-se com o culpado, porque a pena extingue o crime"⁹. Não temos portanto como admitir que a reincidência irradie efeitos sobre as fases processual e de execução da pena, o que consideramos um autêntico *bis in idem*. Paralelamente a essa colocação, já existem diversos trabalhos doutrinários que demonstram que os efeitos secundários da reincidência são manifestamente ilegais, na medida em que ferem princípios como o da individualização da pena, da proporcionalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência.

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p.309.

⁹ L YRA, Roberto. Comentários ao código penal. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 336.

CONCLUSÃO

O sistema penal atual, que tem como pedra fundamental a pena privativa de liberdade, encontra-se em crise não só no Brasil como em todos os países do mundo. A prisão falhou na tarefa de recuperar o criminoso e reintegrá-lo ao convívio social. Não obstante essa realidade, sabemos ser impossível uma reforma brusca e radical nesse sistema penal. Embora abominável, a prisão é uma solução de que não podemos abrir mão. Pelo menos não a curto nem a médio prazo.

Entretanto, sabemos ser o Direito Penal sujeito a mutações no sentido de humanizar-se com o decurso do tempo. Destarte, a humanidade tem assistido ao longo dos séculos o fim das penas cruéis e desumanas, ao processo de individualização da pena, à proporcionalidade da pena em relação ao fato praticado, etc. Este trabalho foi escrito no sentido de dar uma contribuição nessa evolução do Direito Penal, o que decerto passa por um aperfeiçoamento no processo de individualização da pena.

A vista do exposto, acreditamos não haver mais espaço para a reincidência como circunstância agravante da pena. A reincidência deve sempre ser sopesada no caso concreto, na fixação da pena base, e, juntamente com outras circunstâncias judiciais, submeter-se à circunstância mor da culpabilidade. Discordamos também dos sistemas existentes atualmente em se tratando do termo inicial para caracterização da reincidência. Na nossa opinião as reincidências ficta e real criam distorções inadmissíveis ao não abarcar como reincidentes os criminosos chamados de tecnicamente primários, que tem um passado criminoso e uma reiteração criminal mais evidentes, e o fazê-lo em relação a criminosos esporádicos. Propomos, então, um novo sistema, no qual o termo inicial do prazo para caracterização de reincidência seria a consecução do primeiro crime. Não podemos também acatar os diversos efeitos secundários da reincidência, pois acreditamos que ferem brutalmente princípios constitucionais como o da individualização da pena, da proporcionalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência.

Esperamos que o presente trabalho tenha conseguido lançar a semente da discussão sobre o problema da reincidência. Quanto às nossas sugestões de mudanças no instituto, não temos ilusões sobre uma aceitação irrestrita da nossa tese. Que venham as críticas, se contribuírem para um debate científico do assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARNELUNL, Francesco. As misérias do processo penal. Tradução: José Antônio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCA, Candido Range!. Teoria geral do processo. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- FALCONI, Romeu. Lineamentos de direito penal. São Paulo: (cone, 1994.
- FRANCO, Alberto Silva, et ai. Código penal e sua interpretado jurisprudencial. 5. ed. rev. e ampl. - 2. tiro - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- JESUS, Damásio E. de. Direito penal. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.
- L YRA, Roberto. Comentários ao código penal. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Aplicação da pena. Belo Horizonte: Dei Rey, 1995.

SOUZA, Moacir Benedicto de. A participação da comunidade no tratamento do delinqüente - APAC: uma experiência vitoriosa.
Revista dos Tribunais, ano 73, vol. 583, p. 303-11, maio. 1984.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL

Azevêdo Hamilton Cartaxo
Acadêmico do 8.º período do Curso de Direito da UFRN

"1 - Você tem o direito de ficar calado. Se abrir mão desse direito, tudo que disser pode e será usado contra você no tribunal.

2 - Você tem direito a um advogado. Se não puder pagar, um lhe será designado pela corte.

3 - Você tem direito a um telefonema. "

INTRODUÇÃO

Quem, em toda a civilização ocidental nunca ouviu as afirmativas da epígrafe? Na fase acadêmica de nossas vidas, ela já está marcada a fogo em nosso subconsciente. Em centenas, talvez até milhares de filmes existe sempre a cena clássica: o suspeito é preso e o agente da lei lhe lê os seus direitos, os chamados **Miranda Rights**¹ ou simplesmente **Mirandas**.

Que importância jurídica têm os Mirandas? Bem, em face do Direito, são de relevo fundamental, pois dizem com o respeito que o Poder Público deve prestar às garantias oferecidas pela Constituição aos seus cidadãos, as restrições que a sociedade deve observar quando submete os indivíduos a um processo penal. É um tema de grande amplitude e não pode ser totalmente coberto em um trabalho desta natureza, conquanto tencione-se fazê-lo no futuro. Isso nos obriga a determo-nos apenas na garantia constitucional ao silêncio, uma das cláusulas pétreas da nossa Constituição da República, por força conjunta dos seus arts. 5º, LXIII, e 60, § 4º, IV - adotada em nosso ordenamento jurídico em razão da influência americana - e as consequências que deve gerar a sua inobservância no âmbito do Processo Penal.

Tal garantia condensa-se na máxima: **nemo tenetur seipsum accusare**² e significa que, a fim de se respeitar a inviolabilidade da personalidade humana, nosso Processo Penal determina que o Estado, ao procurar exercer o **jus puniendi**, o faça por meio de prova por ele mesmo produzida ou por confissão voluntária e consciente, não lhe sendo permitido *compelir* o sujeito passivo a, direta ou indiretamente, ajudar em sua própria condenação.

RESUMO HISTÓRICO

Começemos por desfazer um engano. Em que pese seja devida aos americanos a grande divulgação da idéia de que ninguém pode ser obrigado a produzir

¹ São chamados Miranda Rights devido ao caso Miranda vs. Arizona, em que o acusado, Ernesto Miranda, após condenado nas instâncias inferiores por estupro e rapto, obteve absolvição junto à Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelecendo precedente até hoje válido.

Ironicamente, ao assassino de Ernesto Miranda - morto alguns anos depois - foram lidos os seus Miranda Rights.

² literalmente: ninguém tem de se auto-acusar.

prova contra si, não se trata de uma originalidade. Na realidade, cuida-se de uma construção jurídica remota, encontrando-se referências a privilégio análogo desde as leis que regiam o sínédrio judaico.

Contudo, o incidente histórico mais significativo acerca das origens do instituto aconteceu na Inglaterra, em 1637: o julgamento de John Lilburn. Lilburn era um dos líderes da oposição à dinastia Stuart e foi forçado a proferir o juramento Star Chamber, que lhe obrigava a responder a quaisquer perguntas concernentes a si ou a qualquer assunto. Ele resistiu ao juramento e desconsiderou o processo, declarando: *“Um outro direito fundamental pelo qual eu lutei, foi que a consciência de homem algum deve ser violada por juramentos impostos, para que responda a perguntas sobre matérias concernentes a ele mesmo em matéria criminal, ou assim chamada por outros.”*³

Motivado pelo julgamento de Lilburn, o Parlamento Inglês aboliu a Corte Inquisitorial **Star Chamber**, o que, bem depois, veio a desaguar na transferência das idéias de Lilburn ao disciplinamento legal das colônias britânicas na Ásia, como a Índia e o Ceilão, e, por último, no daquelas situadas na costa leste da América do Norte. Tamanha é sua importância que, já nos primeiros acontecimentos que culminariam com a criação dos EUA, foi a garantia ao silêncio incluída no documento **Bill of Rights**, elaborado pelos colonos. Isso mostra a percepção que possuíam de que processos inconstitucionais e ilegítimos começam com pequenos desvios da forma correta do seu desenvolvimento, o que veio a constituir-se em causa eficiente para que fosse assegurado na 5ª Emenda à sua constituição, o direito à não auto incriminação.

Dos Estados Unidos, a idéia espalhou-se para grande parte das democracias do globo e incorporou-se ao próprio sistema de governo como uma forma de se erigir obstáculos adicionais ao exercício arbitrário do poder contra o povo. Como já se disse e a história prova: *“Um Principio nobre freqüentemente transcende às suas origens”*, e a justiça que permeia a garantia aqui tratada é tamanha que permite dizer-se que esta tende à imortalidade, tanto quanto possível às criações humanas.

Nós mesmos, muitas vezes, esquecemos quanto tempo levamos para consegui-la com tamanha largueza. O direito previsto no art. 5º, LXIII, da CF, é ainda imberbe, a Constituição tem apenas oito anos. São uns poucos minutos de um dia inteiro, nossos quase 500 anos de história. Em que pese já existisse no atual Código de Processo Penal de 1941 (art. 186), gerava a Possibilidade de uma presunção de culpa incompatível com o atual Texto Magno, haja vista a declaração por este feita, no seu Art. 5.º, LVII, do *princípio do estado de inocência*.

O DIREITO AO SILÊNCIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO DE DEFESA

Primo, um breve espólio quanto aos sistemas processuais, imprescindível ao entendimento do assunto. Existem três, são eles:

a) **sistema inquisitivo**. *Mais uma forma de defesa do Estado que uma forma de administração da justiça. neste sistema as funções de acusar, defender e julgar são exercidas pelo mesmo órgão. O processo, normalmente secreto, nasce por impulso oficial. inexistindo contraditório ou regras que*

³ Corte dos Estados Unidos, Miranda vs. Arizona.

contemplem a igualdade e liberdade processuais. Foi usado no Brasil na época em que vigoravam as Ordenações Filipinas. Havendo entrado em decadência no mundo todo após a Revolução Francesa.

*b) **sistema acusatório.** É o usado nos países do Common Law. Possui origem greco-romana e nele as três funções são desempenhadas por sujeitos diferentes: o acusador, o defensor e juiz, o primeiro normalmente o próprio Estado e, excepcionalmente, a vítima, seus parentes ou qualquer cidadão. O processo é um *actum trium personarum*, com a estrutura tríplice estudada pela Teoria Geral do Processo. Em consequência, estão presentes a inércia jurisdicional, o Contraditório e a igualdade de direitos e obrigações entre os pólos ativo e passivo do processo.*

*c) **sistema misto,** Como quase todo tópico jurídico, os sistemas processuais também são dialéticos. Tese, antítese, o sistema misto é a síntese. Mescla elementos dos sistemas inquisitivo e acusatório. No Brasil, um inquérito policial. Sigiloso, escrito e unilateral, seguido de uma instrução contraditória e pública⁴.*

Um outro conceito importante a ser fixado é o do *princípio da ampla defesa*, trazido no Art. 5º, LV, da CF, e que infelizmente é tratado apenas em passant pela maioria das obras sobre Processo Penal.

Recorremos, então, aos estudiosos do Processo Civil, cujas lições' sobre o assunto são aplicáveis ao Processo Penal. Leciona COUTURE (apud PORTANOVA, 1995, p. 125) que a plena defesa não se limita ao contraditório. É ampla como "desviar de um golpe" (origem do próprio termo *defesa*) ou ainda, um modo de luta, na qual é envolvido o "conjunto de atos tendentes a proteger um direito, seja mediante a exposição das pretensões inerentes, seja mediante a atitude de repelir as pretensões do adversário".

PORTANOVA (1995, p. 124) acrescenta que: "A defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além da garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático. ."

Portanto, afigura-se evidente o liame entre o *princípio da ampla defesa* e o direito de manter-se em silêncio. A garantia de defesa tem que ser concreta, substancial, e não restringir-se a uma mera proclamação formal da lei. Direitos apenas declarados em palavras perdem-se na realidade.

O inquérito policial é, segundo a concepção de WALTER NUNES JÚNIOR, acompanhado por outros ilustres, "*Procedimento administrativo meramente*

⁴ Em contrário, existem juristas que defendem que, após a CR 1988, o sistema em vigor é o Acusatório puro.

investigatório, realizado pela autoridade policial, a fim de coletar elementos identificadores da materialidade e da autoria do il/cito. "

A jurisprudência tem sustentado, genericamente, que, diante de natureza jurídica eminentemente administrativa do inquérito policial, não é admissível que irregularidades presentes neste possam ter ingerência em uma posterior ação criminal e conseqüentemente, venham a gerar nulidade⁵.

Essa posição é apoiada por uma outra corrente jurisprudencial, sob uma abordagem ligeiramente diferente, que sustenta, sobre o valor probatório do inquérito, não ser possível condenar o acusado com base em prova colacionada apenas inquisitivamente⁶.

Por isso, é quase unânime, atualmente, a opinião de que a não cientificação ao acusado de seu direito ao silêncio na fase do inquérito não tem qualquer repercussão jurídica.

Máxima venia, essa posição tem que ser mitigada. Ainda se tomando em consideração a natureza administrativa e inquisitorial do procedimento apuratório - onde o indivíduo é objeto de investigação e não um sujeito de direitos, segundo TOURINHO FILHO (1986, p. 9) - que aqui não se ousa contestar, a não cientificação ao investigado de seu direito ao silêncio pode, como se mostrará adiante, ameaçar a regularidade de uma subsequente ação penal.

É intrínseco ao inquérito policial o interrogatório do investigado pelo Delegado de Polícia. O ato visa a aferição da materialidade do delito, seu autor ou autores e as circunstâncias em que foi praticado. Contudo, de outra parte, o investigado não pode ser obrigado a falar. O problema é: em 90% dos casos ele não sabe disso. É apenas uma, das muitas coisas que a Constituição da República garante e nosso povo não sabe, e não sabendo, não exige. A grande maioria dos indivíduos não está preparada sequer para conhecer seus direitos, que dizer, para exercitá-los. Não se pode de forma discriminatória sacrificar aquele que não conhece seus direitos constitucionais, porque isso, sua ignorância, vem apenas atestar o quão *indefeso* ele está em relação ao sistema de administração da justiça.

A experiência do trabalho na área tem nos mostrado que, à exceção das prisões em flagrante realizadas pela Polícia Federal, quase nunca é comunicado ao investigado esse direito, procedendo-se diretamente à inquirição. Muitos de nós, operadores jurídicos, não conhecemos a realidade de uma Delegacia de Polícia, o *front* da repressão à criminalidade. Como em toda frente de batalha, não há rosas, a pressão do poder do Estado se faz sentir quase que concretamente e a atmosfera não é leve, carrega uma forma peculiar de intimidação, pode não ser física, mas igualmente influi sobre a personalidade humana. Pergunta-se; que espírito humilde, indagado pela autoridade policial, ousaria não responder aos seus questionamentos se não alertado de que possui esse direito?

Somado a isso, recorde-se que há muito tempo se sabe que a coação pode ser tanto física quanto psicológica, e que o sangue do acusado - infelizmente tantas vezes presente - não é a única forma de se estabelecer a ocorrência de uma inquirição inconstitucional.

A licitude da prova tem íntima relação com a *forma* como é conseguida. Um exemplo corriqueiro disso é a reiterada rejeição pelos tribunais das gravações telefônicas procedidas sem autorização judicial. O princípio igualmente se

⁵ STF: RTJ 89/57, 90/89, 125/177; RT 550/407, 562/427-8, 578/448, 597/412. STJ: JSTJ 9/1985, apenas para citar alguns.

⁶ RT 576/396, 578/362.

aplica à hipótese em apreço. No instante em que a Lex Legum prescreve que o preso⁷ será "...informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;", e a autoridade policial desobedece e não o faz, isso consubstancia-se em inegável prejuízo ao seu direito de defesa em uma posterior ação penal, *sendo portanto ilícita qualquer inquirição sem que seja feito o esclarecimento.*

Antes que alguém faça menção ao respeitáveis pronunciamentos jurisdicionais atrás aludidos, sobre a valoração da confissão ou prova testemunhal colhida em inquérito, lembremos que existem outras repercussões não diretamente contempladas por eles. As declarações prestadas pelo investigado podem perfeitamente redundar no descobrimento de provas objetivas de sua culpa, bem assim conduzir a testemunhas que o incriminem.

Além disso, não é ocioso memorar que entre nós vigora o *principio do livre convencimento racional do juiz*, o qual é, portanto, livre para valorar a prova. Ocorre que o juiz é humano (graças a Deus!) e, fazendo o inquérito policial parte dos autos da ação penal que dele se origina, não há como negar que o quer que nele exista é hábil a influir sobre o convencimento do magistrado, ainda que isso não seja declarado na fundamentação da sentença.

É defendida na doutrina brasileira a metáfora da "árvore dos frutos envenenados", de origem americana, para explicar a contaminação que a prova ilícita provoca às que dela se originem. Os frutos, conquanto possam ser extrinsecamente perfeitos, trazem dentro de si o veneno depositado nas raízes. O princípio - contido no art. 5.º, LVI, da CF - não pode sofrer restrições à sua aplicabilidade que a própria Carta Magna não faça e, dessa forma, vincula também o inquérito policial.

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, entendemos que, sob pena de inevitável prejuízo à ampla defesa do indiciado, o Juiz ou Tribunal, tão logo tome conhecimento da realização de Auto de Prisão em Flagrante ou de Interrogatório realizado sem obediência aos preceitos constitucionais, deve decretar-lhe a nulidade e ilicitude, determinando o seu imediato desentranhamento dos autos e, se possível, a realização de um outro. Ainda, quanto às provas originárias dos referidos atos e que não poderiam ser conseguidas de outra maneira, sustentamos que devem Iguamente ser declaradas ilícitas.

As garantias civis, a aqui tratada em especial, devem constituir pontos-de-honra para a sociedade, mais ainda para a classe jurídica, razão por que deve ser dada a mais aberta e razoável interpretação ao art. 5.ª, LXIII da Constituição da República. O Estado não pode deixar que o imediatismo corrompa os seus objetivos maiores. O mal, o ilícito, é contagioso. Nosso governo é um poderoso, quase onipotente professor: para o bem ou para o mal - não importa sua intenção - ensina ao povo através do exemplo. Se o próprio Estado reiterada mente desrespeitar o ordenamento jurídico por ele mesmo criado, isso será um convite a que cada homem se tome sua própria lei, e, se isso acontecer, voltaremos à barbárie.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁷ É pacífica a interpretação de que se aplica não apenas ao preso.

ACOSTA, Walter. *O processo penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1989.

CINTRA, Antônio, GRINOVER, Ada, DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MIRABETE, Julio. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NUNES, Waher Júnior. *Apostilas da disciplina processo penal I - UFRN*. Natal.

NOGUEIRA, Paulo. *Curso completo de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PORTANOVA, Rui. *Principias do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Prática de processo penal*. 11. ed. Bauru: Jalovi, 1986.

ENDEREÇOS NA INTERNET

<http://www.aclu.org/newsln1219951.html>

<http://www.sessoms.com/miranda.html>

National Center For Policy Analisis - Idea House

<http://www.PUblIC-POLicy.org/-ncpa/Pi/Crime/cmr.html>

POlice Operations Page

<http://emergency.com/miranda.htm>

Policy Digest

<http://www.cba.ufl.edU/mang/bUI4310/archives116.html>

Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sentença em Miranda vs. Arizona

<http://www.law.vill.edU/Fed-cusupreme/Flite/oPinions1384US436.htm>

The American Civil Liberties Union

<http://www.aClu.org/newsln1219951.html>

The Legal Information Institute and Project Hermes.

<http://Supct.law.comell.edu/suPCUhtmlI91-1030.ZX1.html>

<http://Supct.law.comell.edu/supctlhtml/91-1030.Z0.html>

<http://supct.law.comell.edu/supctlhtmlI91-1030.zs.html>

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

LIVRAMENTO CONDICIONAL: ASPECTOS RELEVANTES DO INSTITUTO.

Marivaldo Dantas de Araújo
Aluno do 4º período do Curso de Direito da UFRN

I. Introdução. II. Conceito, características e finalidade. III. Natureza jurídica. IV. Pressupostos e condições. V. Revogação e suspensão. VI. Prorrogação do livramento e extinção da pena. VII. Conclusão. VIII. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

A origem mais remota do livramento condicional se perde na História, não havendo dados precisos a esse respeito. Doutrinadores há que afirmam ter existido no Direito Canônico um instituto similar; Cezar Roberto Bitencourt, porém, alerta que -a prisão não foi conhecida no Direito antigo, como tampouco na Idade Média (...)" constituindo-se em mero interlúdio antes da execução da pena (morte, mutilação etc.) a que fora o delinqüente condenado.

Entre os exemplos históricos relacionados com a liberdade condicional, podemos citar: a Casa de Refúgio de Nova Iorque (1825), o Reformatório Elmira (1869), no mesmo Estado, destinado a menores (segundo Cuello Calón) e o livramento concedido na Espanha (1835) em favor de menores presumidamente regenerados (Espínola Filho).

Doutas opiniões se dividem quanto à origem doutrinária do instituto: seria a obra *Institutions Complémentaires du Régime Pénitentiaire*, de Bonneville de Marsangy, o qual propôs a primeira legislação francesa sobre o tema, ou o *Ticket of Leave System*, adotado nas colônias inglesas da Austrália (1840) com o objetivo de recuperar moral e socialmente os criminosos, promovendo sua "liberação antecipada sob vigilância"?

Independente de sua origem, pode-se afirmar que, hoje, é adotado em grande parte das legislações penais, configurando-se como valioso instrumento de política criminal.

II. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE

O livramento condicional, no dizer de Esmeraldino Bandeira, "é a concessão da liberdade provisória, sob certas condições, a um condenado que se acha cumprindo a respectiva pena"; já Cuello Calón o define como "um período de transição entre a prisão e a vida livre, período Intermediário absolutamente necessário para que o condenado se habitue às condições da vida exterior, vigorize sua capacidade de resistência aos atrativos e sugestões perigosas e fique reincorporado de modo estável e definitivo à comunidade (...)" (grifo nosso). É, conseqüentemente, uma antecipação, embora limitada, da liberdade.

O instituto adequa-se à moderna concepção da finalidade da pena, que é prevalentemente preventiva, visando, ainda, a reinserção social do condenado; assim, quando este mostra-se "regenerado", deve ser libertado, verificando-se, porém, se tal mudança não é simulada, o que é realizado através do período de prova.

A principal característica do livramento condicional, portanto, é a saída do condenado do estabelecimento carcerário antes de findo o prazo estipulado pela sentença condenatória, desde que presentes determinadas circunstâncias e sob condições precisas, que variam de uma para outra legislação.

Os fundamentos básicos determinantes da liberdade condicional são: a) a individualização da pena, que por esses e outros meios se dá durante toda a fase de execução e não só no momento da quantificação da pena, procurando, segundo Jeschek, "adaptar a duração do cumprimento da pena à evolução do réu (...)"; b) a falência da pena privativa de liberdade, em especial aquelas de curta duração, no tocante à sua capacidade de ressocialização; isto pode ser facilmente verificado pelo ambiente promíscuo e degradante que, infelizmente, hoje subsiste nos estabelecimentos carcerários, responsável, o mais das vezes, pelo alto índice de reincidência verificado, indicando a necessidade de afastar o condenado de tal ambiente logo que possível.

III. NATUREZA JURÍDICA

É fonte de divergência entre os doutrinadores a natureza do livramento condicional. Durante longo tempo foi considerado "como um favor ou benefício dispensado ao apenado como prêmio por sua boa conduta" (grifo nosso), constituindo-se em faculdade do juiz, que deverá analisar a sua oportunidade e conveniência antes de concedê-lo.

Na década de 30, Jagermann defendia ser a liberdade condicional direito do apenado, desde que satisfeitos os requisitos legais; atualmente, a idéia esposada pela maioria da doutrina brasileira é que o livramento condicional é direito público subjetivo do apenado, se atendidos os requisitos legais (entre os defensores, Celso Delmanto e Júlio Fabbrini Mirabete).

No entender de Damásio de Jesus, o livramento condicional, tal como previsto no Código Penal Brasileiro vigente, não mais se constitui em direito público subjetivo de liberdade, mas em "medida penal de natureza restritiva da liberdade, de cunho repressivo e preventivo". Na mesma linha, Ariel Dotti concebe a liberdade condicional como "uma medida penal de fundo não institucional, restritiva da liberdade de locomoção".

Atrevo-me a sugerir que a natureza jurídica do instituto comporta os dois aspectos: se por um lado é direito público Subjetivo do apenado, visto ser cogente a sua concessão, estando atendidos os pressupostos, por outro traz em seu âmago medidas de cunho restritivo da liberdade, cristalizadas nas condições a que fica submetido o condenado, durante a vigência do período de prova.

IV. PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES

Para que o apenado seja colocado antecipadamente em liberdade, mesmo provisória, é necessário que se façam presentes determinados pressupostos ou requisitos, tanto de cunho objetivo quanto subjetivo.

Além de provisória, a liberdade, neste instituto, está sujeita a condições, vigentes durante o chamado período de prova, que, na legislação pátria, corresponde ao tempo que resta a cumprir da pena; tal período de prova permite a reintrodução paulatina do apenado na sociedade sem, contudo, descurar das exigências da defesa social.

IV.1. Pressupostos objetivos

São três os pressupostos objetivos do livramento condicional, que a seguir detalharemos.

a) Natureza e quantidade da pena (CP, art. 83, caput). A pena

privativa de liberdade é a única que pode ser objeto do livramento condicional, sendo imprescindível que a condenação seja igual ou superior a dois anos, permitindo-se a soma de penas menores, de modo que se alcance o limite mínimo exigido.

b) Cumprimento de parte da pena (CP, art. 83, incisos I, 11 e IV). Faz-se mister, para concessão do livramento, que parte da pena aplicada tenha sido cumprida; o *quantum* necessário corresponde a mais de um terço para não reincidentes em crime doloso e com bons antecedentes, mais de metade se reincidente em crime doloso e mais de dois terços da pena se condenado por crime hediondo, não sendo permitida a concessão em caso de reincidência específica em crime hediondo.

Saliente-se que tal dispositivo se coaduna perfeitamente com o princípio da individualização da pena, vez que garante uma gradação no tratamento do apenado, no que concerne à reincidência (em crime culposos, doloso ou hediondo) e prática de crime hediondo; está em acordo, também, com o princípio da proporcionalidade, relativamente à extensão e natureza da culpa, posto que o grau de reprovabilidade da conduta é considerado na determinação do tempo de cumprimento da pena.

c) Reparação do dano (CP, art. 83, IV). A concessão do livramento depende da reparação do dano causado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, caso em que será necessária prova efetiva dessa incapacidade. Há jurisprudência (RJTJSP 104/411) não aceitando a alegação de incapacidade de reparar por parte de quem possua bens imóveis e veículo.

IV.2. Pressupostos subjetivos

Quanto aos pressupostos subjetivos, dizem respeito à pessoa do condenado, devendo compor um quadro indicativo de ter aquele "condições de tomar-se membro útil, produtivo ("0)" (Cezar Roberto Bitencourt) da sociedade e com reais possibilidades de nela reintegrar-se, consistindo nos que seguem.

a) **Bons antecedentes (CP, art. 83, I).** É requisito indispensável para que o apenado possa fazer jus ao livramento condicional após cumprido mais de um terço da pena. Consideram-se antecedentes todos os fatos ocorridos antes do início do cumprimento da pena, mesmo que posteriores ao delito que ensejou a prisão. Contam contra o apenado o haver praticado outras infrações penais, ter respondido a outros inquéritos, ter sofrido outras condenações (desde que não consideradas para fins de reincidência em crime doloso), sendo-lhe negado o livramento condicional.

b) Comportamento **satisfatório durante a execução da pena (CP, art. 83, III).** Diz respeito ao comportamento do apenado não só no ambiente carcerário, mas também no trabalho externo, em cursos de instrução e profissionalizantes, nas eventuais saídas etc., possibilitando aferir com maior propriedade "as reais condições do apenado para voltar a reintegrar-se à sociedade".

O que se exige é um comportamento satisfatório, e não impecável, de modo que eventuais indisciplina de pouca gravidade não se constituem necessariamente em óbice à concessão do livramento.

c) **Bom desempenho no trabalho (CP, art. 83, 111).** Apesar de ser alvo de inúmeras críticas dos doutrinadores europeus, notadamente os espanhóis, o trabalho prisional assume especial relevo no Brasil, onde é reputado como importante fator de ressocialização do condenado, cumprindo, também, uma função pedagógica ímpar.

O desempenho em serviço externo realizado durante a execução deverá igualmente ser considerado, mesmo porque é este um indício melhor da capacidade de autogerir-se do preso, que lhe será extremamente útil no retomo ao convívio social.

d) Aptidão de prover a própria subsistência (CP, art. 83, 111). À primeira vista, trata-se de um prognóstico, um verdadeiro exercício de vidência, que o juiz deverá fazer; contudo, pode se depreender da análise do requisito anterior (o desempenho no trabalho), em que condições se encontra o sentenciado para prover, através de atividade lícita, o sustento próprio e de sua família. Segundo Celso

Delmanto e demais doutrinadores, basta a aptidão, não se exigindo sequer promessa de emprego.

A par dos requisitos elencados, o Código Penal acrescenta, em seu artigo 83, parágrafo único, um específico: a subordinação da concessão do livramento condicional "ã constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir", no caso de autor de crime doloso cometido com violência ou grave ameaça. Para Celso Delmanto, nada mais é que um eufemismo para exigir a conhecida "presunção de não-periculosidade", que não deveria ter guarida no sistema vicariante, onde a culpabilidade deve ser a base para a aplicação da pena.

Na análise das condições pessoais, o juiz poderá utilizar-se de exame pericial, apesar deste não ser previsto; se tal perícia fosse vedada, como defendem alguns doutrinadores, ter-se-ia uma restrição inaceitável ao princípio da amplitude e liberdade de prova em matéria penal (arts. 155 e 156 do CPP); citando Mirabete, o exame pericial "trata-se de meio de prova legítimo para a formação do convencimento do magistrado, que não pode ser obstado se não se mostra desarrazoado, nem configura constrangimento ilegal".

IV.3. Condições obrigatórias

Como já dito anteriormente, durante o período de livramento o liberado está sujeito a determinadas condições. Estas são determinadas na Lei das Execuções Penais, subdividindo-se em condições legais, de imposição obrigatória, e condições judiciais, cuja adoção é facultativa.

As condições de imposição obrigatória são três, discriminadas na LEP, art. 132, § 1º, consistindo nas seguintes:

a) Obter ocupação lícita. É exigido que o liberado, caso seja apto para o trabalho, obtenha uma ocupação dentro de prazo razoável; mas o que se poderia classificar como "prazo razoável"? Vivemos em um tempo e sociedade nos quais o desemprego é um problema estrutural, que desafia os governos e atinge inclusive cidadãos de comportamento social ilibado, os quais permanecem durante meses, senão anos, sem conseguir um emprego; como, então, esperar que indivíduos estigmatizados pela prisão tenham melhor sorte?

Na prática, têm-se concedido um prazo médio de dois meses aos liberados para que consigam ocupação, prazo este absolutamente insuficiente; para Cezar Roberto Bitencourt, deverá "ser considerada a *demonstração da efetiva procura de trabalho*, com a comprovação das reais tentativas efetuadas, enfim," a demonstração "de que se não conseguiu emprego não foi por sua má vontade ou simples desinteresse em consegui-lo".

b) Comunicar ao juiz, periodicamente, sua ocupação. Complementa a condição anterior, devendo o juiz da execução estabelecer o intervalo máximo para tais comunicações, de modo a não prejudicar as atividades do egresso e permitir um efetivo acompanhamento das atividades por ele desenvolvidas, bem como do seu progresso geral.

c) Não mudar-se da comarca sem autorização prévia. O que se busca é garantir o acompanhamento do período de prova pelo Juízo da Execução e demais órgãos envolvidos (Patronato, Conselho Penitenciário etc.). Não se trata de impedir pequenas viagens ou ausências em fins-de-semana, mas tão somente a transferência de residência sem prévia autorização do Juiz, que poderá autorizá-la, mediante pedido justificado.

IV.4. Condições facultativas

Em seu artigo 132, § 2D, a Lei das Execuções Penais estabelece um rol de condições que, dentre outras, podem ser impostas ao liberado, a critério do Juiz. Sua imposição é facultativa, mas seu cumprimento pelo egresso deverá ser rigoroso. São elas:

a) não mudar de residência sem comunicar. a beneficiado com o livramento deverá comunicar ao juiz da execução qualquer mudança de residência na própria com arca, não sendo necessária a prévia autorização daquele;

b) recolher-se à habitação em hora certa. Visa evitar a ocorrência de hábitos que podem induzir à prática de novos delitos, como a ingestão imoderada de álcool, relações com pessoas perigosas etc.;

c) não freqüentar determinados lugares. Fica ao arbítrio do juiz a indicação dos lugares que não devem ser freqüentados, geralmente constituídos de casas de jogos, bares de fama duvidosa e outros do gênero. No entanto, não deverá ser proibida a "participação generalizada em diversões, espetáculos e reuniões., pois o ser humano é gregário por sua própria natureza, sendo tais atividades salutaras e ressocializadoras.

V. REVOGAÇÃO E SUSPENSÃO

Ao ser concedido o livramento condicional, o liberado concorda com as condições que lhe são impostas e compromete se a cumpri-las rigorosamente; entretanto, se não houver como infligir penalidades àqueles que descumprirem o estabelecido, as condições tomam-se inócuas. O Código Penal prevê a perda da liberdade conquistada, que pode ocorrer de modo obrigatório ou não, de acordo com os motivos que lhe deram azo.

Assim, a sentença condenatória irrecorrível à pena privativa de liberdade é causa de revogação obrigatória do livramento condicional. É importante salientar que a simples prática delituosa ou o fato de estar sendo processado não revogam o livramento, mas tão somente a sentença condenatória irrecorrível e se a pena cominada for privativa de liberdade. Podemos identificar duas situações:

a) **Crime cometido na vigência do livramento.** A prática de novo crime durante o período de prova se configura como evidência cabal "da não-superação do *desvio social* do apenado., além de tomar evidente não merecer esta a concessão que recebera.

Em havendo condenação irrecorrível pelo crime, a nossa legislação (CP, art. 86, I) prevê a revogação do livramento, não computando-se como pena cumprida o período de prova que foi vencido, não admitindo-se a concessão de novo livramento em relação mesma pena (CP, art. 88). A doutrina atribui a adoção de tais medidas à má utilização dada pelo sentenciado à liberdade que lhe fora concedida.

Tendo por base ser o livramento condicional "uma medida penal, restritiva da liberdade de locomoção. e, portanto, tratar-se de "cumprimento de pena., Luís Augusto Freire Teotônio defende que "havendo revogação, é preciso que haja sempre o desconto do tempo em que esteve o condenado sujeito ao livramento condicional" (grifo nosso); o entendimento hoje consagrado pelo próprio Código Penal se configuraria em "*dupla punição* pelo mesmo delito., em flagrante oposição ao princípio da legalidade e à regra *non bis in idem*.

b) crime cometido antes da vigência do livramento, a crime, nesse caso, não significa "recaída no delito e tampouco revelação de desadaptação ao instituto da liberdade condicional., posto ter sido cometido antes da vigência deste. Por esse motivo, a legislação é mais tolerante, contando como pena efetivamente cumprida o período em que esteve sob liberdade condicional, bem como permitindo a soma das penas para a concessão de novo livramento condicional.

V.1. Soma das penas

Quanto à forma de proceder à soma das penas, para efeito de concessão de novo livramento condicional, diverge Cezar Roberto Bitencourt dos demais doutrinadores; no seu entender, somam-se a pena original e a nova pena, fazendo o condenado jus a novo livramento assim que tiver cumprido o quantum de pena necessário, o que pode ocorrer de imediato.

Já Damásio de Jesus, Celso Delmanto e Júlio Fabbrini Mirabete prescrevem que devem ser somados o período Que falta cumprir da pena original e o tempo da nova pena imposta, podendo ser concedido novo livramento, desde que atendidos os requisitos legais.

Para esclarecer os pontos de divergência, tomemos o seguinte exemplo: um indivíduo é condenado à pena privativa de liberdade de 3 anos, cumpre 13 meses e lhe é concedido o livramento condicional; este é revogado após 11 meses de prova, por sentença irrecorrível por crime anterior, sendo aplicada pena privativa de liberdade de 2 anos.

Pela forma proposta por Cezar Roberto Bitencourt, somam-se as duas penas originais (3 anos + 2 anos = 5 anos) e computa-se o tempo de cumprimento da pena (13 meses + 11 meses = 24 meses); se o período cumprido corresponde a mais de um terço do somatório (5 anos) das penas cominadas, há a possibilidade de concessão imediata de novo livramento, caso do exemplo utilizado.

Pelo modo defendido pelos demais, deve-se somar o período que falta cumprir (1 ano) da primeira pena com a segunda (2 anos); somente após cumprido pelo menos mais de um terço da nova pena unificada (3 anos) poderá ser pleiteado novo livramento.

Diante do exposto, cabe afirmar que a segunda forma, aceita pela quase totalidade da doutrina, jamais permitirá que seja concedido um novo livramento sem que se cumpra um único dia de pena a mais, como é possível no primeiro caso.

Qual método utilizar? É uma questão de suma importância, por influir de maneira decisiva na execução da pena, e de difícil resposta. Não há no artigo 84 do Código Penal qualquer referência a "restante da pena"; se este for o critério utilizado, pode ocasionar prejuízo ao condenado, configurando-se em choque com os princípios da legalidade (através da interpretação restritiva feita) e da dúvida em favor do réu (se não há certeza sobre a fórmula correta, deverá ser aplicada a que mais beneficia).

V.2. Causas de revogação facultativa

Ocorrendo uma das causas de revogação facultativa do livramento condicional, fica a critério do juiz advertir o condenado, agravar as condições a que se acha submetido ou revogar o livramento, devendo o magistrado orientar-se pela "gravidade da causa ocorrida, a situação penal do apenado e as conseqüências de seu comportamento" na escolha da decisão a ser tomada. As causas elencadas pelo Código Penal (art. 87) são as que seguem.

a) Descumprimento das obrigações constantes na sentença. Trata-se da transgressão de qualquer das condições constantes da sentença, sejam elas judiciais ou legais. Para Cezar Roberto Bitencourt o juiz pode e deve impor na sentença a condição de "abster-se de práticas delituais", de modo que se possa revogar o livramento caso seja cometido novo delito, uma vez que a legislação não contempla tal causa de revogação.

b) Condenação por crime ou contravenção, à pena que não seja privativa de liberdade. Nessa modalidade não importa se o ato delitivo foi praticado antes ou durante a vigência do livramento condicional; por presunção, em vista da sentença, de que o ato praticado é de menor censurabilidade e de conseqüências igualmente menores, constitui-se em causa de revogação facultativa.

Há na legislação evidente lapso: não é prevista a revogação por "condenação por contravenção à pena privativa de liberdade". Segundo a maioria dos autores (Celso Delmanto e Damásio de Jesus, dentre eles) não é possível o juiz suprir tal deficiência a título de analogia.

Cezar Roberto Bitencourt, no entanto, afirma ser um absurdo que a aplicação de pena menos grave (de multa e restritiva de direitos) dê ensejo à revogação

e "não ocorra o mesmo quando for imposta pena mais grave (privativa de liberdade)".

A superveniência de pena privativa de liberdade (por contravenção) por si só inviabiliza o livramento condicional, pois havendo concurso de infrações deverá ser cumprida primeiro a pena mais grave (no caso, a pena privativa de liberdade imposta); é de todo impossível conciliar o cumprimento de pena privativa de liberdade com o livramento condicional.

V.3. Suspensão

A suspensão do livramento condicional é prevista na Lei das Execuções Penais, artigo 145, sendo possível caso o liberado pratique infração penal, podendo o juiz ordenar sua prisão. Duas questões se apresentam: a primeira diz respeito à imputação de autoria sem que tenha havido o devido processo legal e se estabelecido o contraditório, em detrimento do princípio da presunção de inocência; a segunda, refere-se à efetividade da suspensão do livramento condicional, se esta não for acompanhada pela prisão do sentenciado - ficaria este livre e não sujeito ao cumprimento das condições, visto estar suspenso o livramento?

Entendo que a suspensão sem prisão é antes um benefício, pois exime o condenado do cumprimento das condições impostas na sentença; depreende-se, daí, que a prisão do condenado é intrínseca à suspensão, não tendo efeito esta sem aquela.

VI. PRORROGAÇÃO DO LIVRAMENTO E EXTINÇÃO DA PENA

Não há que se falar em prorrogação do livramento condicional quando o réu está respondendo processo por crime anterior à vigência daquele; findo o período de prova, estará extinta a pena, cabendo ao juiz apenas declarar tal fato.

Com relação a processo por crime cometido na vigência do livramento, é outro o procedimento adotado. Se o processo não chegou ao seu fim (sentença irrecorrível) durante o período de prova, o livramento é prorrogado até a prolação da sentença irrecorrível, não subsistindo, entretanto, qualquer das condições impostas na sentença de concessão.

A prorrogação é consequência natural do que preceitua o CP, art. 86, I, sob risco de torná-lo ineficaz; assim, se ocorre a condenação pelo novo delito, o período de prova não é considerado como pena efetivamente cumprida, devendo o sentenciado cumprir o tempo que falta da pena original e a nova; caso se conclua o processo sem sentença condenatória, é extinta a pena original.

VII. CONCLUSÃO

Em acordo com as mais modernas concepções científicas a respeito da finalidade e aplicação da pena, diversos institutos foram criados, especialmente no sentido de diminuir a incidência das penas privativas de liberdade, que vêm se mostrando a cada dia menos eficientes na consecução da ressocialização e do resgate da dignidade do condenado.

Sem perder de vista os ditames da defesa social e da prevenção geral, o ordenamento jurídico brasileiro abriga hoje uma variada gama de alternativas à pena privativa de liberdade, que podem ser assim resumidas: 1) multa substitutiva, para penas de até seis meses; 2) substituição por pena restritiva de direitos, para penas inferiores a um ano ou crimes culposos, mesmo se a pena for superior; 3) suspensão condicional para penas de até dois anos, caso não caiba a conversão aludida no item anterior; 4) livramento condicional para penas iguais ou superiores a 2 anos.

O livramento condicional, dentre todas, é o que tem aplicação mais extensiva, podendo ser concedido inclusive a autores de crimes hediondos; é certo que possui falhas, como pode ser observado neste trabalho, mas é necessário que legisladores e operadores do direito se dediquem a seu aprimoramento, de *sorte* que

possa produzir efeitos progressivamente melhores.

A liberdade antecipada sob condições, ou sua perspectiva, é um forte estímulo à adoção de atitudes positivas pelo sentenciado, tanto no próprio cárcere quanto fora dele. *No* entanto, o remédio para os males que atingem nossa sociedade, em especial a violência e o aumento da criminalidade, não podem ter somente caráter jurídico; é virtualmente impossível pretender-se a recuperação de egressos das prisões, se não encontram no ambiente externo qualquer perspectiva de emprego ou de melhoria de suas condições sócio econômicas.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de direito penal. Parte geral. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 3. ed. 10. tiragem. São Paulo: Renovar, 1995.

DOTTI, René Ariel. As novas linhas do livramento condicional e da reabilitação. RT 593/295-305 (março de 1985).

JESUS, Damásio E. de. Direito penal. Parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRABETE. Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. 8. ed., v. 1. São Paulo: Atlas, 1994.

OLIVEIRA, Juarez. Código de Processo Penal. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. O livramento condicional e a nova parte geral do Código Penal. RT 631/275-280 (maio de 1988).

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. Suspensão condicional da pena e livramento condicional: dupla punição no direito brasileiro. RT 662/257-261 (dezembro de 1990).

DIREITO DO TRABALHO

DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) QUANTO AO TRABALHADOR

Flávia Sousa Dantas
9º Período

I - INTRODUÇÃO:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, segundo as palavras do mestre AMAURI MASCARO, "é um sistema de depósitos efetuados pelo empregador em conta bancária do empregado, sob a gestão da Caixa Econômica Federal, e com um Conselho Curador, para utilização pelo trabalhador em hipóteses previstas na lei." ¹.

Quando de sua instituição pela Lei n.o 5.107/66, o direito ao FGTS era subordinado à tão falada opção, extinta pela Constituição da República de 1988, e sua fiscalização e cobrança passaram a ser de incumbência do também extinto Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

Entretanto, com o passar dos anos, esse instituto adquiriu novas nuances que influíram diretamente, dentre outros aspectos, no prazo de incidência prescricional sobre o direito aos depósitos do referido Fundo não efetuados, gerando, conseqüentemente, grande controvérsia acerca de qual o prazo a ser adotado. Não que a discussão se limite à simples transmutação estrutural do FGTS. Muito pelo contrário, é ampla e envolve também questões básicas de direito, como a natureza jurídica do instituto. Assim sendo, urge traçar-se um paralelo entre as diferentes correntes e a natureza jurídica do instituto, bem como diferenciar-se dois períodos distintos - antes da Constituição da República e após a mesma - para que se chegue a um ponto conclusivo.

II - PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988:

II.1. - Da presença única e exclusiva do benefício da estabilidade no emprego:

A perda do emprego é um fato que afeta não apenas o trabalhador em si, mas todos os que dele dependam economicamente. Dessarle, não se trata, nem tampouco se cinge, a um problema meramente jurídico. Outrossim, transcende essa esfera para se situar no plano da Justiça Social. a ponto de se criar mecanismos que amenizem ou obstaculem o empregador de, unilateral e injustificadamente, provocar a ruptura do contrato de trabalho.

Ao longo dos tempos, lançou-se mão de vários desses mecanismos, sendo o primeiro deles que se tem notícia no Brasil, o da estabilidade decenal.

Criada pela Lei Elói Chaves, em 24.01.1923, mas destinada apenas aos ferroviários. a estabilidade do emprego foi fruto de uma política geral do governo no intuito de se fazer com que não faltasse trabalho à sociedade, haja vista ser essa providência um dever social do Estado para com o cidadão.

A idéia vingou e proliferou-se com a Lei n.O 62/35, que estendeu o benefício também aos industriários e comerciários.

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, "Curso de Direito do Trabalho", IIª ed., Saraiva, 1995, pág. 429.

Medida excelente em sua essência, mas falha na *praxis*, a estabilidade decenal não teve como não sucumbir aos artifícios utilizados pelos empregadores no intuito de transpô-la. Começaram a se tomar mais e mais freqüentes as *dispensas obstativas dos empregados pré-estáveis*", funcionando como um *verdadeiro sistema adotado por algumas empresas, e consistentes em romper o contrato individual do empregado que atingisse 8 ou 9 anos de casa, com transferências fraudulentas para outros estabelecimentos situados nas mais distantes regiões do País, acobertadas por uma cláusula expressa do contrato de trabalho assinado na admissão no emprego, prevendo a possibilidade de transferência a qualquer momento e para qualquer localidade, e com acordos para rescisão amigável e consensual do contrato dos empregados com 7,8 ou 9 anos no mesmo serviço.*"²

O fracasso enfrentado pela primeira tentativa do governo de obstaculizar a dispensa arbitrária, por meio da concessão da estabilidade decenal aos trabalhadores, deu ensejo ao nascimento do conhecido Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que também se caracteriza, portanto, em um mecanismo de proteção ao trabalhador contra dispensas arbitrárias e injustas.

II.2. Do surgimento do FGTS como contribuição previdenciária e submetido à prescrição trintenária:

O Fundo de Garantia, a priori criado como um sistema alternativo, posto que ainda vigorava, concomitantemente a ele, o sistema da estabilidade decenal, era conferido aos trabalhadores que optassem pelo mesmo, preterindo a indenização de dispensa sem justa causa e a supra mencionada estabilidade. Todavia, pouco a pouco foi se consolidando como direito único do trabalhador, até ser consagrado como tal pela *novel Carla Magna* de 1988.

Quando de sua criação, em 1966, o FGTS foi enquadrado no rol das contribuições sociais previdenciárias, sendo inclusive cobrado e fiscalizado pelo extinto INPS, fato que se deduz quando da combinação do art. 19 da lei que institui o FGTS com o art. 144 da Lei n.º 3.807/60 - LOPS. Assim sendo, por imposição legal, o FGTS possuía natureza jurídica de contribuição previdenciária.

De fato, houve um propósito inicial do legislador no sentido de revestir o Fundo de Garantia de caráter previdenciário, tanto que confiou a fiscalização de seu cumprimento, à época, ao INPS.

Em assim entendendo, portanto, deveria o FGTS subordinar-se às mesmas regras das demais contribuições previdenciárias, regidas que eram pela revogada Lei de Organização da Previdência Social - LOPS. No que concernia à prescrição, rezava o art. 144 da Lei n.º 3.807/60 - LOPS, *in verbis*, que *80 direito de receber ou cobrar as importâncias que lhes sejam devidas prescreverá, para as Instituições de previdência social em 30 anos.* "

Ressalte-se, desde já, que, de acordo com a inteligência do artigo acima, o prazo trintenário se referia tanto à incidência da prescrição quanto à retroatividade, visando a abarcar todos os créditos devidos nos últimos 30 anos. Em outras palavras: ter-se-ia 30 (trinta) anos para pleitear os depósitos do FGTS referentes aos últimos 30 (trinta) anos.

À luz do que dispunha expressamente a letra da lei e diante da natureza jurídica de contribuição previdenciária de que se imbuía o Fundo de Garantia,

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 'Curso de Direito do Trabalho', 11ª ed., Saraiva, 1995, p.417.

é que o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado n.o 95, a saber:

"É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. "

Este, portanto, foi o primeiro entendimento adotado quanto à prescrição dos direitos aos depósitos do FGTS, tendo-se em vista, ressalte-se, a sua natureza de contribuição previdenciária.

Cumpre-se anotar, entretanto, que, desde aquela época, cometia-se o despropósito de se estender o mesmo prazo prescricional previsto para o órgão da previdência social (de trinta anos) aos trabalhadores, fato que não era permitido pela lei, ao reservar, expressamente, tal prazo para as instituições da previdência social.

II.3. - Da prescrição bienal, da retroatividade trintenária e da natureza jurídica híbrida:

Em meados de 1985, entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho modificou o entendimento contido no Enunciado n.O 95, fato que se exteriorizou pela publicação do Enunciado n.o 206, que assim dispõe:

"A prescrição bienal relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS. "

Este novo entendimento, ainda anterior à CF/88, estava calcado, por analogia, no art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho. Observe-se que a partir daí, deu-se o amadurecimento da idéia de que o FGTS não se trata de uma contribuição previdenciária, mas sim de um crédito trabalhista acessório à relação de trabalho, devendo, portanto, seguir a sorte do principal, cuja prescrição era bienal.

Todavia, embora tendo entendido o TST que o prazo prescricional para o pleito dos depósitos do FGTS não recolhidos era bienal, permanecia a retrooperância trintenária, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, fato que demonstra um mesclagem da natureza jurídica do instituto, que passou a ser meio verba trabalhista, meio contribuição previdenciária.

III - DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS CORRENTES SUPRA:

Data permissa venia, não se pode mais entender de acordo com as correntes supra explicitadas.

O direito evoluiu e as normas hoje são outras. Basta atentarmos para o fato de que, quando da edição dos referidos Enunciados, buscava-se avidamente uma uniformização do juízo. Além do que, são também anteriores à Constituição Federal de 1988, o grande marco na história do direito brasileiro e, conseqüentemente, do FGTS. A partir de sua promulgação, duas novas correntes que surgiram, dentre outras, merecem destaque. Dentre elas está a que se considera a mais correta.

IV - PERÍODO POSTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988:

IV. I. - Da prescrição quinquenal e da natureza jurídica de tributo:

A primeira corrente posterior à novel Carta Magna, sobre a qual passa-se agora a discorrer, adota como natureza jurídica do FGTS a Teoria do Tributo. Segundo esta teoria, “OS depósitos do Fundo de Garantia têm natureza tributária, mais precisamente um tributo paralelo ao arrecadado pelo Estado como receita orçamentária, em face dos seus fins sociais, tendo como fato gerador o pagamento do salário do empregado”.³ Portanto, os tributaristas o vêem como uma contribuição social de caráter parafiscal.

Partindo-se desse princípio - de que o FGTS é um tributo parafiscal -, afirmam que, ao se dispor na Constituição de 1988 sobre as contribuições sociais no Capítulo destinado ao Sistema Tributário Nacional, objetivou o legislador, conforme uma exegese sistemática, que às referidas contribuições fossem aplicados todos os princípios e limites impostos aos tributos. Com efeito, ao asseverar a Lei Maior, em seu art. 149, que as contribuições sociais observarão o disposto no art. 146, 111, submeteu a matéria prescricional à lei complementar e esta lei complementar, de que trata o dispositivo constitucional, nada mais é do que o Código Tributário Nacional.

Ora, já está mais que sedimentado o fato de que o Código Tributário, não obstante haver sido aprovado como lei ordinária, possui *status* de lei complementar. Isso porque, à época de sua promulgação, não havia previsão constitucional para a lei complementar, o que não obstaculiza o entendimento alhures.

Nesse diapasão, a prescrição do FGTS, assim como a de todo e qualquer tributo, é quinquenal, tanto no sentido exato da palavra prescrição, como quando da retro-operância no intuito de alcançar os créditos referentes aos 5 (cinco) últimos anos.

Críticas há que se opõem à prescrição quinquenária do FGTS, argumentando que a Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, em seu art. 23, § 5º, expressamente assevera ser “respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”. Entretanto, esta argumentação é habilmente refutada pelos tributaristas, que, com propriedade, defendem que o referido dispositivo não dispõe de eficácia ou mesmo de validade jurídica, posto que o Código Tributário Nacional, dentro da hierarquia das normas e enquanto lei complementar que é, não pode ser revogado por lei ordinária, como o faz a Lei n.º 8.036/90. Reforça-se este argumento pela pacificidade com que se entende, hodiernamente, que as contribuições sociais adquiriram caráter eminentemente fiscal, sendo, portanto, também abrangidas pelo art. 4º do CTN, consoante o qual a natureza jurídica do tributo é mantida independentemente da destinação legal do produto de sua arrecadação.

Inobstante ser uma visão precipuamente tributarista do assunto, essa também é a lição de OCT AVIO BUENO MAGANO⁴, uma das maiores expressões do país em matéria de Direito do Trabalho.

IV.2. - Da prescrição quinquenal e da natureza jurídica de crédito trabalhista:

Por fim, passa-se à análise da última corrente, segundo a qual entende-se assistir-lhe razão.

O embasamento teórico-material para esta última corrente reside em se entender que a natureza jurídica do Fundo de Garantia é de verba trabalhista. Essa

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. "Curso de Direito do Trabalho", 11. edição, Saraiva, 1995, pág. 501.

⁴ MAGANO, Octávio Bueno. "FGTS", IOB 2/90.

linha doutrinária é encabeçada por Sussekind, Puech e Amauri Mascaro, segundo os quais o FGTS seria um salário diferido para utilização futura.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é um crédito resultante da relação de trabalho e somente desta. *-É um crédito do empregado, detentor único do interesse substancial*⁵, e não do Ministério do Trabalho ou mesmo da Caixa Econômica Federal. Ou seja: o direito ao FGTS deriva única e exclusivamente da relação de trabalho existente entre o trabalhador e o empregador; sem relação de emprego não há que se falar em direito ao FGTS. Em assim sendo, o FGTS é inegavelmente um crédito de natureza trabalhista, principalmente após o advento da Constituição da República de 1988, devendo, neste pórtico, subjugar-se às determinações advindas do Direito Obreiro e não das provindas de órgãos encarregados tão-somente de sua fiscalização e gestão.

Em assim se entendendo, ressalte-se, prejudicados estão os argumentos anteriormente expostos. A uma, porque os Enunciados nos 95 e 206 são anteriores à Constituição da República; e a duas, por ter a Constituição da República de 1988, Lei

Maior do país, disposto em seu art. 7º, inc. XXIX, "a", referente aos direitos dos trabalhadores, o que se segue:

"art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIX - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

- a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; "*
- b)*

Note-se, portanto, que fundamento legal algum há autorizando ou recomendando a aplicação da prescrição trintenária ao FGTS, frente à novel Carta Política.

Que os 30 (trinta) anos sejam preservados para efeito de cobrança judicial pelo INSS após a inscrição em Dívida Ativa, segundo o que se depreende da Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, em seu art. 23, § 5º, nada a contestar. Todavia, a sua aplicação ao FGTS, ante a comprovada natureza de crédito trabalhista deste, é excessiva, abusiva e não se coaduna com qualquer lógica jurídica.

Tanto é assim que os tribunais do trabalho pátrios já começaram a adotar a melhor exegese da Norma Constitucional (art. 7º, XXIX, "a1. Nesse sentido, destacam-se os seguintes arestos:

"Integrando o rol dos direitos trabalhistas constitucionalmente reconhecidos aos trabalhadores, hoje o FGTS também está sujeito aos prazos fixados no art. 7º, XXIX, da CF no que se refere à prescrição do direito de ação. (I'RT 3º R - Ac. da 5º T., publ. em 2-7-94 - RO 782/94 ReI. Juiz Tarcísio Giboski)" (in "COAD-ADV Jurisprudência ", Boletim n. ° 34/94, p. 533, v. 66462)

"Com o advento da Constituição Federal de 1988, o prazo para reclamar créditos resultantes da relação de trabalho, dentre eles o FGTS, foi reduzido para cinco anos na vigência do contrato de trabalho e dois anos após a sua extinção. (I'RT 18º

⁵ CARRION, Valentin. "Comentários à consolidação das leis do Trabalho", 191 ed., Saraiva, 1995.

R. - Ac. n. ° 588/92 - Rei. Juiz Galarça Lima DiGO 04.06.92 - p. 34)"

"Como o FGTS é verba acessória, somente prescreverá quando prescreverem os direitos dos quais se origina. (IRT 12° R. - Ac. n. o 397/90 - Rei. Juiz Amauri Izaías Lúcio - DJSC 25.04.90 - p. 30)"

O entendimento que prima pela aplicação do inc. XXIX do art. 7° da Magna Carta, já começa a repercutir no próprio TST, segundo o acórdão do RR 23.169/91.1, 28 Turma, cujo relator foi o Min. Vantuil Abdala, *verbis*:

"Após a extinção do contrato de trabalho dispõe o obreiro de prazo de dois anos para reclamar depósitos fundiários, quer sob a égide do art. 1J/CLT, quer sob a égide do art. 7~ XXIX, da CF/88. " (in "Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho", por VALENTIM CARRION, 1993, Revista dos Tribunais, p. 378, v. 2.828. Rei. Min. Vantui/ Abdala).

Mais interessante ainda é que, mesmo anteriormente à atual Constituição da República, o próprio TST já entendia ser o FGTS um acessório das verbas trabalhistas, devendo, desse modo, seguir a sua sorte:

"Se o direito de ação para reclamar parcelas salariais, sobre as quais incide o percentual do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, está prescrito, mesma sorte têm as parcelas do Fundo. Prevalece o argumento de que prescrito o principal, prescrito está também o acessório. (TST. RR 6.791183, 1°r., 1.21985, em 18.4.85. Rei. Min. Marco Aurélio M de F Mel/o, in Rev. Ltr 499/1.075)"

Ante o argumentado nesse item IV.2, não se pode afirmar ser a prescrição trintenária, por não ser o Fundo de Garantia contribuição previdenciária, conforme o defendido pela corrente explanada no item 11.2. Lembre-se que essa natureza jurídica emprestada ao FGTS advinha de lei que, ressalte-se, encontra-se revogada, assim como também extinto está o órgão que, à época, era o encarregado de sua fiscalização e arrecadação - INPS. Por outro lado, ainda que assim se entendesse (que se considerasse o FGTS como contribuição previdenciária), a prescrição seria quinquenal e não trintenária, posto que a nova lei que regulamenta a Seguridade Social (Lei n.o 8.213/91), em seu art. 103, determina que *.sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes"*.

Tampouco se pode querer que, inobstante o prazo prescricional ser bienal, retroaja o crédito em 30 (trinta) anos. v. item 11.3. " pois estar-se-ia indo de encontro à própria Constituição da República, Lei Maior de um Estado Democrático de Direito, mais precisamente contra o seu art. 7°, inc. XXIX, "a".

Finalmente, ainda que se concorde com a teoria do item IV.1, quanto ao prazo de retroatividade igual a 5 (cinco) anos, não se pode admitir que o

prescricional seja igualmente quinquenal, mas bienal, seja pelo fato do FGTS não ser tributo, mas mera verba trabalhista; seja por ser tal prazo contrário ao já mencionado art. 7º, XXIX, "a", da CF/88.

V – CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o FGTS possui natureza jurídica de crédito trabalhista, devendo, portanto, quanto à prescrição, seguir a regra contida no art. 7º, XXIX, "a", da Constituição da República, que concede ao trabalhador um interregno de 2 anos para ajuizar a devida ação reclusatória que abarcará os depósitos não efetuados nos últimos cinco anos, a contar da propositura da ação.

Quanto ao prazo trintenária contido no art. 23, § 5º, da Lei n.º 8.036/90, foi o mesmo destinado exclusivamente às autoridades competentes para cobrança e fiscalização do FGTS, para fins de ajuizamento de ação nesse sentido, obviamente, após a inscrição em Dívida Ativa, não se aplicando, portanto, ao trabalhador que deseje pleitear seus créditos trabalhistas.

Cumpra-se arrematar, por fim, que o prazo prescricional previsto pelo prefalado art. 7º, XXIX, "a", da Carta Magna, deve alcançar apenas as prestações não depositadas e não reclamadas na época devida, restando aos depósitos recolhidos e existentes na conta do trabalhador a imprescritibilidade.

Pode-se considerar tal conclusão como ousada, injusta e contrária aos interesses dos trabalhadores. Entretanto, injusto não é o entendimento que ora se sustenta, mas o sistema no qual o mesmo está baseado e que se encontra o vigor.

FILOSOFIA DO DIREITO

KANT E O CONCEITO DE DIREITO NATURAL

Janaina de Araújo Francisco
Acadêmica do 2º período do curso de Direito da UFRN

“... o princípio da obrigação não deve ser buscado aqui na natureza do homem, nem nas circunstâncias nas quais e/e é colocado neste mundo, mas a priori exclusivamente nos concertos da razão pura”.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Devido a diversidade das correntes jusnaturalistas, que se situam nas mais variadas épocas e lugares fazendo com que o conceito de Direito Natural sofra diversas mudanças quanto à explicação de sua origem e suas características, é que este trabalho está diretamente voltado para o aprofundamento do Direito Natural oriundo da natureza humana, sob o ponto de vista de um de seus principais representantes, o filósofo alemão Emanuel Kant, cuja formação pietista, serviu como estímulo para se aprofundar no campo da moral.

Kant, ao desenvolver a construção de sua ética baseado numa natureza humana, procurou explicar que era próprio do ser humano princípios denominados *a priori*. A partir daí, tentou basear-se nos seus conceitos, de razão pura e razão prática, por meio dos quais a ação moral pode ser criada interiormente ao próprio ser, sendo pois dessa forma considerada pelo fato de ser transcendental. Kant ainda procurou

Porém, é a partir do conceito de vontade, que também pode ser denominado de razão pura prática, que Kant fundamenta "a sua mora!", além de determinar especificamente, a que se propõe tal moral quando enfatiza o seu conceito de boa vontade. E ainda por meio do chamado imperativo categórico, estabelece uma relação entre "um dever ser" subjetivo, com um "dever ser" caracterizado pelo fato de ser universal.

Enfim, para Kant tais leis *a priori*, por partirem do ser humano, independente de uma coação externa, ou até mesmo de um direito positivo, são assinaladas pela ação da liberdade humana. Que procura centralizar-se na valorização da pessoa, como ser racional. Deste modo, em decorrência dos conceitos citados, Kant apresenta argumentos suficientes para distinguir a moral do direito. (porém, devido ao racionalismo kantiano, cabe aqui neste trabalho a seguinte indagação: Em Kant, o Direito Natural realmente é inerente à natureza humana?).

EM KANT, O DIREITO NATURAL REALMENTE É INERENTE À NATUREZA HUMANA?

Emanuel Kant

Kant foi um filósofo alemão, cuja formação educacional foi extremamente influenciado pelo pietismo, religião protestante, da qual sua mãe seguia fielmente os preceitos e as práticas religiosas e cuja prescrições morais inspiraram muitas de sua idéias. Distanciou-se do dogmatismo racionalista ao estudar as obras de Hume, Locke e Rousseau. Iniciando sua fase crítica escreveu "Crítica da razão pura", onde procurou fazer uma teoria do conhecimento propondo, pois, como a forma do conhecimento algo a *priori* ao espírito humano, cuja matéria é fornecida pela experiência. Sendo também de grande destaque sua obra "Crítica da razão prática", na qual construiu uma teoria dos princípios que regem a conduta humana em que se destaca o seu caráter jus-naturalista, ao atribuir a razão como responsável por sanções morais, incondicionadas pelo externo e inerente à natureza humana, que regulavam independente de uma legislação positiva.

O DIREITO NATURAL A PARTIR DE PRINCÍPIOS A *PRIORI*.

Através do conceito estabelecido por Rousseau de uma vontade inalterada inerente aos seres racionais que determina aos homens uma capacidade moral, livre de influências de qualquer cultura ou instrução, Kant adquire o fundamento necessário para desenvolver suas especulações de cunho moral. A partir deste ponto, Kant pretende fazer uma teoria dos princípios que regem a conduta humana, as chamadas leis do Direito Natural, renunciando a construção de uma ética em bases empíricas, ou seja, Kant, ao pretender fundamentar seu sistema ético em princípios (a *priori*), procura combater o predomínio de fatores externos, de caráter incerto e particular já que são um (a *posteriori*), que eram válidos a partir da indução. A esse respeito tal afirmação é bem clara: "A razão dar-lhe-á os princípios fundamentais, a *priori*, da ética, que a faz válida universalmente e a liberta das contingentes éticas empíricas: (SALGADO, 1986, P. 147)

Neste sentido, Kant procurou centralizar-se em princípios inerentes ao próprio homem, ou seja, independente de qualquer imposição externa, o homem já traz consigo mesmo, princípios morais, que apresentam-se, pois, como leis a *priori*, sendo, desta forma, oriundas da chamada razão pura. Neste sentido, os autores PADOVANI, CASTAGNOLA, CARLOS SALGADO E BOBBIO compartilham da mesma idéia.

A RAZÃO PURA E A RAZÃO PRÁTICA

Segundo Padovani e Castagnola (1990, p. 364), Kant ao definir o conceito de razão pura, pretendia mostrar que no ser humano, esta caracteriza-se como uma forma a *priori* ao espírito, ou seja, apresenta-se como anterior à experiência, deste modo caracteriza-se pelo fato de transcender a sensibilidade.

Nota-se, então, que tal conceito de razão pura procura denominar uma determinada parte do entendimento que não depende dos sentidos, sendo pois, a

capacidade do homem de formar, criar ou aperfeiçoar conhecimentos em virtude da própria natureza da razão. Observa-se, pois, que a razão pura, para Kant, limita-se ao chamado mundo "noumênico", que é o chamado mundo das idéias, situada dessa forma no interior do ser.

Já a chamada razão prática, constitui-se para Kant, como uma espécie de suporte ou apoio para razão pura, que ao necessitar atuar no âmbito da prática, para interferir no consciente do ser, precisa interligar-se com a razão prática, que se constitui, essencialmente da chamada vontade humana, ou seja, o querer, dessa forma sendo vazia de conteúdo necessita fundir-se com a razão pura, a responsável pela sincrese do conhecimento. Em decorrência de tal vontade, é importante salientar a posição de Padovani & Castagnola, ao considerar a razão teórica e a razão prática como apenas dois modos diferentes de agir de uma mesma faculdade, e não duas unidades diferentes. (CASTAGNOLA, PADOVANI, 1990, P.374)

Neste sentido, a razão prática, identifica-se como a chamada moralidade, que tem como função, reger a conduta, sendo pois princípio de ação, que obtém sua validade pelo fato de ser universal. Outra posição de fundamental importância a respeito da razão prática, é a de que a ação moral só será possível, se a razão pura estabelecer-se como prática também, apresentando-se com um emprego real e sendo movida exclusivamente por si mesma.

O CRITÉRIO DE UNIVERSALIDADE DAS LEIS A *PRIORI*.

Kant, ao defender que as leis morais provinham da natureza humana, como forma a *priori*, pela ação da razão pura prática, tem a intenção de fundar a moral em princípios universais, fazendo com que dessa maneira, tais leis impostas pela razão pudessem ser consideradas como válidas, já que diferentemente das chamadas ciências naturais, como a física, a moral não podia ser definida como uma ciência de verdades inquestionáveis. Este ponto de vista vem de acordo com autores como SALGADO (1986, p.155), CASTAGNOLA & PADOVANI (1990, p. 362) Na passagem a seguir verifica-se tal tendência:

"...iludidos por esta exteriorização indicativa de sua universalidade, foi que muitos filósofos, como Kant, (...), tiveram uma inexorabilidade dos fenômenos naturais, (...), chegando mesmo a afirmar sua imutabilidade. E por isso mesmo, consideram lei científica aquela que traduz um imperativo que ninguém pode fugir... .. (CARREIRO, 1976. P.20)

Em tal direção, observa-se, então, que ao tentar situar a moral em fundamentos universais, Kant procurava instituir a tais leis de Direito Natural, um caráter de lei científica, que lhes atribuiria um grau de validade.

A VONTADE

Segundo Joaquim Salgado (1986, p.158), a vontade constitui-se para Kant como elemento central de sua filosofia, já que a partir desta são estabelecidos os conceitos determinantes da ética. Dessa forma, Kant procurava validar sua ética, ao estabelecer a vontade como algo universal, que independe de um

fator norteador externo, e sim apenas por si mesma, é por esta razão que o ato moral deve ser oriundo da chamada vontade pura. Nesta passagem é evidente tal posição: "Segundo Kant, a vontade moral ou é autônoma ou não é moral: qualquer objeto que determine a vontade de maneira heterônima, tira à vontade e à ação que deriva disso a qualidade de moral." (808810,1992, p.63)

Para KANT, a chamada vontade identifica-se como a própria razão prática, em virtude desta se apresentar como a responsável pela conduta humana, ou seja, o agir, em decorrência disto, Kant procura enfatizar o caráter eminentemente legislador da vontade, de modo que esta é instituída como determinadora das leis a *priori*, residentes no próprio sujeito humano.

A BOA VONTADE

Kant utiliza a denominação de boa vontade para definir especificamente aquela vontade que está direcionada para uma ação moral, ou seja, independente de qualquer critério exterior. Tal vontade limita-se ao cumprimento das máximas a *priori* à razão.

Dessa forma, a boa vontade constitui-se como tal quando a motivação da ação for o próprio respeito ao dever. Neste caso, está de acordo com uma ação moral. Tal citação especifica o caráter de ação da vontade: "Logo, a norma básica de conduta moral que o homem se pode prescrever é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes com o fim e nunca como meio." (DINIZ, 1995, p. 39)

Observa-se, pois, que tal vontade pura deve estar totalmente isenta de impulsos sensíveis, mesmo que tais impulsos pretendam como finalidade da ação o próprio bem ou até mesmo a felicidade, já que para Kant a vontade manifesta-se como fim em si mesma, sendo por isso boa pela sua própria natureza.

É neste sentido que o autor PAULO GUSMÃO, interpreta a intenção de Kant de estabelecer o Direito Natural próprio da razão humana, como a expressão de um direito justo, ou seja, um direito ideal que deve servir de exemplo ao Direito Positivo.

IMPERATIVOS CATEGÓRICOS

De acordo com Kant, os imperativos categóricos caracterizam-se por serem a forma pela qual se apresentam à razão humana as normas morais de modo totalmente incondicional e absoluto, neste sentido, diferenciam-se dos imperativos hipotéticos que para o cumprimento da norma estabelece uma relação de condição. Kant, procurando desenvolver seu sistema ético por meio de imperativos, tencionava harmonizar as máximas dos atos morais de caráter subjetivo, com um imperativo categórico, que representaria o dever ser universal, ou seja, o indivíduo age de tal forma que a máxima provinda de seus atos possam se converter numa legislação universal.

Joaquim Salgado é claro a este respeito: "A ação moral se resume, com isso, em elevar o individual e subjetivo ao plano do universal e objetivo (válido) do imperativo categórico". (1986, P.159)

Verifica-se, dessa forma, que para Kant, somente ao considerar juízos a *priori* na razão pura prática, obtêm-se a viabilidade de atuação do universal na

ação particular, já que um princípio moral deve ser proveniente da razão. Tais idéias mencionadas estão também em conformidade com BOBBIO, PADOVANI & CASTAGNOLA.

A LIBERDADE

Quando Kant define que o imperativo categórico determina a forma pela qual a ação deve ser conduzida, ele procura evidenciar a importância do fator de liberdade presente no ser humano. Esta passagem enfatiza bem este ponto: "Essa lei de liberdade, como ideal da razão, é moral e encerra imediatamente a autorização de coagir quem a impede ou prejudica, conforme leis gerais sancionadoras: (DINIZ, 1995, p. 40)

Tal liberdade apresenta-se, no sentido em que o indivíduo está preocupado, essencialmente, em respeitar tão somente a sua legislação interna, dessa forma, suprimindo o poder coercitivo das leis positivas, já que as leis morais, dadas a *priori* pela razão, têm por finalidade a inter-relação da liberdade pessoal de cada indivíduo com a liberdade de todos.

Então, é exatamente neste ponto, ou seja, na focalização da pessoa humana como o chamado "valor fonte" é que deve ser regulada toda a moral e o direito, valorizando, assim, o respeito mútuo entre as pessoas. Este pensamento concilia-se com a posição dos autores: MARIA ARANHA & MARTINS, BOBBIO, REALE, e SALGADO.

Ainda nesta direção de liberdade humana é importante salientar que na posição kantiana, apesar de indicar a capacidade moral, por si só, atua independentemente, sem a necessidade de um código externo. O homem nessa atuação tem a faculdade do livre arbítrio, para se decidir ou não pelo cumprimento da norma moral, desta forma, estando ou não atuando moralmente.

A DIFERENÇA ENTRE MORAL E DIREITO

De acordo com autores como Bobbio(1992, p.55) e Joaquim Salgado (1986, p.157), verifica-se que para Kant, apesar das diferenças entre moral e direito, ambos fundamentam-se, essencialmente, no valor supremo da liberdade, sendo também todos os dois condicionados por um imperativo categórico, que estabelece uma idéia de dever. Quanto a este sentido, diferenciando-se, pois, já que os imperativos categóricos são próprios da moral, enquanto que os imperativos jurídicos são de ordem hipotética já que a ação será condicionada por uma coação.

Outro fator bem característico desta distinção é o estabelecimento de uma legislação interna, que age por meio da vontade humana, de modo que não apresenta-se determinada por algum fim, mas sim pelo simples acatamento à sua vontade moral, enquanto que a legislação externa é a determinante do ato jurídico, que tem como princípio de ação, o empenho por um determinado fim, ou seja, interesse que pode estar ou não direcionada a um direito positivo. Norberto Bobbio, por exemplo, enfatiza bem esta distinção:

"...legislação externa, deseja unicamente uma adesão exterior

às suas próprias leis, ou seja, uma adesão que vale independentemente da pureza da intenção com a qual a ação é cumprida, enquanto a legislação moral, (...), deseja uma adesão íntima às suas próprias leis, uma adesão dada com intenção pura... .. (1992, p. 56)

Complementando a distinção entre moral e direito, é categórico que tal diferença também encontra-se assinalada no que Kant chamava de autonomia, que para ele significava a plena liberdade moral de seguir tão somente a própria vontade, e o conceito de heteronomia, no qual a subordinação às normas é proveniente de algum fator externo, que não seja a própria consciência.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, é notória a preocupação de Kant em estabelecer um direito natural, cuja origem seja a própria natureza do homem. Tal afirmação decorre, essencialmente, de seu direcionamento aos estudos da própria conduta humana, que para Kant, sofria a orientação de princípios a *priori*, elaborados pela razão. Tal razão como fornecedora de princípios morais antecedentes a qualquer experiência, deveria ser caracterizada pelo fato de ser ao mesmo tempo pura e prática, pura no sentido em que é incondicionada e prática já que é capaz de atuar no comportamento moral do ser. A partir daí, ou seja, das leis a *priori*, na razão humana, responsáveis pela chamada legislação interna, Kant pode estabelecer uma universalidade às leis do Direito Natural, pensando desta forma ter dado validade às suas afirmações. Enfim, toda a ética de Kant, estava voltada para o conceito de liberdade, no sentido em que os princípios de cunho moral provindos da razão como pura forma da vontade, que se manifestava por meio de máximas que se tomavam imperativos, na medida em que passariam ao universal humano, transmitindo, pois, a importância da relação entre as liberdades individuais com as gerais.

Por isso mesmo, para Kant o ato moral só será caracterizado como verdadeiro, ou melhor, provindo da boa vontade, se partir do puro respeito ao dever, ou seja, à sua consciência moral, e não por atos determinados por uma coerção externa, mas sim o dever pelo dever, e de acordo com tal significado estabelecer-se-ia uma distinção entre direito e moral, sendo o ato do primeiro regulado por uma legislação externa e o do segundo por uma interna.

Verifica-se, pois, que apesar das inúmeras contradições e divergências existentes no pensamento kantiano, chegando até mesmo a um antagonismo com relação às duas Razões, pode-se afirmar categoricamente que o Direito Natural em Kant realmente é inerente à natureza humana. Tal posição é afirmada no sentido em que este filósofo atribui ao homem, como ser histórico e racional, a criação de princípios morais que por serem imutáveis e universais perduram no tempo e no espaço, já que são próprios da razão humana. Desta forma, Kant confirma a existência de uma razão eminentemente auto-legisladora, que independentemente de sensações externas, procura agir no homem por meio de uma vontade, que ao ser um a *priori*, prescreve ao ser transcendental normas de conduta, que por terem um fim em si mesmas, não se prestam como meio a nada.

Enfim, o que realmente se evidencia no pensamento kantiano, é o predomínio de um caráter, fundamentalmente idealista, já que este ao legitimar uma conduta humana voltada para uma moral, ditada pela própria razão, procura comparar tais princípios Inerentes ao homem, manifestados no respeito às liberdades individuais e alheias, com um direito profundamente ideal, que deve servir de exemplo às leis positivas, ou seja, tal Direito Natural para Kant aparece como a representação do justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, Maria, MARTINS, Maria. *Filosofando: Introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 1990. 442 p.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2- ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. 168 p.
- CARREIRO, Porto C. H. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Rio, 1976. 424 p.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8 00., São Paulo: Saraiva, 1995, 535 p.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. 28 ed., Rio: Forense, 1994, 235 p.
- KANT, Emannuel . *Critica da Razllo Pura*. Trad. Valério Robdem e Udo Moosburguer. .Os pensadores.. 28 ed., São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1983.
- MONTORO, Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 4800. São Paulo: Martins, 1973, 403 p.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 88 ed., Rio: Forense, 1993, 465 p.
- PADOVANI, Umberto, CASTAGNOLA, Luís. *História da Filosofia*. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1990. 587 p.
- REALE, Miguel. *Direito Natura V Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, 120 p.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 218 ed., São Paulo: Saraiva, 1994. 381 p.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant: Seu Fundamento na Uberdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986. 352 p.

FILOSOFIA DO DIREITO

A LIBERDADE - (IN)EXISTÊNCIA DE RESTRICÇÕES

JOSÉ SOARES DE LIMA NETO
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN

"A única liberdade em que penso é a liberdade ligada à ordem; que não só existe junto à ordem e à virtude. mas não pode absolutamente existir sem elas. "

Burke, Discurso à sua chegada a Bristol.

INTRODUÇÃO

A idéia de liberdade é uma das mais inspirativas e arrebatadoras das idéias que afligem o homem na sua pressa e ânsia de precisar aquilo que ele apenas vislumbra, sente ou deseja. É também uma das mais controvertidas, extensas e complexas das imaginações que se podem representar no espírito humano, se é que de veras pode ser representada. A liberdade é objeto de estudo dos jurisfilósofos, é motivo de preocupações para psicólogos, é inquietante dos cientistas políticos, embaraça soberana os sociólogos, enche de delírios todos os filósofos... enfim, perturba todos os pensadores mais penetrantes e, principalmente, é deusa dos infatigáveis poetas, que sabem tão bem expressar a grandeza dessa divindade, além de ser o sonho maior dos aprisionados que, no cárcere, como bem assinalou Sofocleto, têm escrito as melhores coisas sobre tão cultuada liberdade.

.Oh, liberdade, quantos crimes se cometem em teu nome!. - exclamou Manon Roland ao pé da guilhotina, antes da sua execução, em 1793. A liberdade costuma ser invocada e reverenciada com grande entusiasmo, com um aflorar contagioso de paixões sempre impetuosas e imbuídas de uma fragrância que a todos seduz com seu cheiro irresistível. Todos se tomam de encantos pela liberdade quando num momento dramático a visão devaneadora dessa condição gloriosa aparece como a percepção da felicidade suprema. Quem pelo menos não se arrepiava quando assiste ao filme *Coração Valente (Braveheart)* e vê o personagem interpretado pelo ator Mel Gibson, William Wallace, gritando "liberdade" ao invés de implorar "misericórdia" ao rei, e com isso deixar de ser horrendamente torturado por haver lutado contra o monarca inglês pela independência da Escócia? A liberdade é realmente um ideal comovedor que embriaga todos os que sobre ela já pensaram. Mas a que liberdade se referiu Roland com suas derradeiras palavras? Que tipo de liberdade ambicionou William Wallace no momento em que bradou com valentia heróica o seu último e maior desejo? A verdade é que a idéia de liberdade tem causado emoção em todos os homens, mas ainda permanece uma incógnita desafiante para os cientistas que se preocupam em estabelecer conceitos objetivos para essa instigadora idéia. Às ciências humanas não é bastante ver indistinta e imperfeitamente a idéia de liberdade - ao contrário dos poetas e de outros artistas, que com estro trabalhado tomam vivo e pulsativo o simples sentimento desse estado subjetivo -; aos estudiosos do homem e da sociedade é preciso precisar as idéias que lhe invadem o espírito e, embora essa tarefa seja demasiado difícil e arriscada quando se trata da liberdade, segue-se uma singela contribuição à meditação sobre esse tema.

APONTANDO-SE PARA A LIBERDADE EXTERIOR

Já escreveu o dramaturgo francês Pierre Comeille, em *Sertório*, que "a liberdade não é nada quando todo mundo é livre". Entretanto, pode-se deduzir desse escrito que a liberdade é vista de uma forma quase que informe; é como se a condição de estar livre proporcionasse um poder absoluto, sem restrições, a cada pessoa, e cada criatura humana, libérrima, pudesse levar a efeito todas as suas vontades, quaisquer que fossem, o que por certo resultaria num choque calamitoso de liberdades irreguladas e confrontantes. Note-se, portanto, que essa espécie de liberdade tem um forte caráter interior, intrínseco à atividade mental de todos os homens. Os mais despropositados propósitos seriam tomados concretos independentemente de qualquer conveniência social, e então se daria a grande confusão das relações humanas.

Faz-se mister, por isso, deslocar a abordagem sociológica da liberdade de uma dimensão interior e subjetiva para uma dimensão exterior e objetiva, o que constitui uma mudança perspectiva certamente exigida se se considerar que em ciências sociais o homem não é só, está com outros. E é somente a liberdade exteriorizada e retumbante - a liberdade que faz eco no corpo social - que pode atingir os outros, pois o livre-arbítrio, a voz íntima cuja existência e repercussão restringem-se ao homem isolado, não pode sofrer nenhum atentado formal do que está da parte de fora. Assim sendo, a liberdade de que aqui se cuidará compreende todas as formas de independência no ato de realizar aquilo que diz respeito a todos os outros conviventes, podendo tratar-se tanto de uma liberdade física, contraposta à cativação e à tortura do corpo, quanto de uma liberdade intelectual, ou seja, de manifestação do pensamento ou das idéias, oralmente ou por escrito. Esta liberdade é um direito primário da pessoa humana, que, dotada de livre-arbítrio incidente racionalmente sobre o exógeno, além de responsável por suas ações ("Liberdade significa responsabilidade" - escreveu o dramaturgo irlandês George Bemard Shaw em *Homem e Super-homem*. "É por isso que tanta gente tem medo dela."), deve poder agir com autonomia socialmente cônsona.

TEORIAS INDIVIDUALISTAS: A LIBERDADE NEGATIVA

O individualismo, que desde a Revolução Francesa dissemina-se com voracidade pelo mundo ocidental(isado), só vê no Estado um conjunto de indivíduos em montão, um acumulado de titulares de deveres e direitos que brotam da livre vontade deles. A sociedade aparece como um todo composto de duas partes confrontantes, que muito se batem e pouco se beijam: o indivíduo e o governo, sendo que este último "tem apenas o papel puramente negativo de defender os cidadãos contra tudo o que possa lesar a igual liberdade que todos eles possuem - e, com isso, o governo passa a ser o vilão da história, o carrasco restritivo"¹. Deste ponto de vista, o bem comum quase que dispensa a atuação do Estado, realizando-se por si só, naturalmente, a partir das iniciativas livres e individuais de cada cidadão, nada mais sendo do que a soma dos bens dos particulares. Daí por que o individualismo preconiza a diminuição em monta do Estado, transformando o enorme frasco estatal de remédio em um discreto comprimido.

Entre os pensadores que se fundamentaram no individualismo,

¹ Régis Jolivet

dando-lhe feições variadas, estão Locke, Montesquieu, Kant e Fichte. Mas foi Thomas Hobbes que mais expressamente definiu a liberdade segundo os princípios basilares do individualismo filosófico, entendendo-a como ausência de restrições: "um *homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer*"². Escreveu o filósofo inglês que a liberdade significa propriamente a falta de oposição, sendo oposição todo estorvo ao movimento, pouco importando se o estorvo é uma corda ou qualquer outro tipo de impedição.

UMA CONCEPÇÃO NEGA TIVO-POSITIVA

"O homem nasceu livre, mas está sujeito a grilhões" - célebre exclamação de Rousseau que forma o ponto de partida do *Contrato Social*; trata-se da primeira frase do capítulo que inicia aquela obra. Essa famígera sentença apaixonada expressa bem uma verdade incontestável: o homem não é um super-herói irreduzível, majestoso, capaz de tudo fazer; o homem é um ser livre preso, que está "sujeito a grilhões". Um exemplo bem radical desse postulado básico é a constatação de que a criatura humana se restringe a um pedaço incomensuravelmente mínimo do universo, está limitada pelas suas próprias condições físicas e é severamente repreendida pela sua própria consciência. A liberdade, naturalmente, deve ser compreendida em *sua essência* como falta de restrições; porém, é preciso que se acrescente a essa percepção o fato de que a liberdade é ausência de restrições *dentro de restrições*. Se a inexistência de laços proporciona ao homem uma gama infinita de possibilidades de ação, a ausência de restrições no espaço de restrições não permite ao homem algumas básicas espécies de procedimento. Como bem escreveu Burke na *Carta aos Xerifes de Bristol*, "a liberdade também deve ser limitada a fim de ser possuída", mesmo por que

*"A liberdade indócil é domada pela própria
Desgraça."*³ (Shakespeare)

A visão trágica do dramaturgo inglês acima expressa é bem ilustrativa da necessidade de contenção de alguns tipos de manifestações humanas. Indica que "a liberdade natural ou gozada por desejos ou paixões individuais coloca em perigo a sociedade, justificando o castigo como uma forma de escravização do mal"⁴. O exercício da liberdade não implica o direito de dizer e fazer tudo. É falso pretender que. O homem, sujeito da liberdade, baste a si mesmo, tendo por fim a satisfação de seu próprio interesse no gozo dos bens terrenos"⁵. Por outro lado, as limitações à liberdades ilimitadas de cada um têm também os seus limites. A parte da liberdade que os homens abdicam pela participação na sociedade não pode ser a essencial, aquela que diz respeito à sua própria dignidade e que é indispensável ao exercício da vida. O Estado não pode exagerar na gerência mantenedora da ordem, asfixiando o cidadão; deve, sim, ser instrumento para a libertação e para a realização moral dos compatriotas. "Indivíduo e Estado devem coexistir, respeitando-se mutuamente, ambos submetidos ao bem geral e à lei. 'A liberdade', disse Aristóteles. 'consiste no fato de cada um ser livre à sua maneira'. Mas 'à sua maneira' não significa ignorar a liberdade dos demais e muito menos as leis e o bem comum. O grande filósofo supracitado a entendia também como

² *Leviatã*, capítulo XXI - *Da liberdade dos súditos*

³ *A Comédia dos Erros*, ato I, cena I, palavras de Luciana. (*Obras Completas de Shakespeare*, vol. "Edições Melhoramentos, trad. de Carlos Alberto Nunes.)

⁴ *A natureza da política em Shakespeare e Maquiavel*, palestra feita pelo prof. Miguel Chaia em 21 de outubro de 1994 no IEA-USP. *Estudos Avançados* 9(23),1995.

⁵ *Congregação da doutrina da fé*, inslr. "Ubertatis conscientia", 13.

capacidade de ser súdito da lei e governante, subordinado ao bem comum."⁶

PESSOA E SOCIEDADE: A SOCIEDADE É ORDENADA Á PESSOA

A pessoa humana "é uma espécie de absoluto, porém não é o Absoluto"⁷ - eis por que o individualismo não se sustenta. A realidade da existência humana faz ver que uma pessoa "só pode expandir-se plenamente na comunhão com as outras pessoas"⁸. De fato, a pessoa não é feita para a sociedade - como se fosse mais um dos grãos isolados que constituem um *amontoado-Leviata* social -, pois exatamente o contrário é que é verdadeiro. A pessoa humana não deve ser concebida simplesmente como um meio para a edificação de um organismo maior, glorioso, que seria o fim do acumulado de gente. Dentro da sociedade, ela se agrupa para chegar ao bem comum, que, em verdade, é o bem das pessoas, isto é, "um bem que, finalizado, como intermediário, pela sociedade, distribui-se pelas pessoas, fins da sociedade"⁹.

Pessoa ~ Sociedade ~ Pessoa

É essa *interação* pessoa-sociedade que deverá dispor-se a favorecer a todo momento o progresso de cada um em particular, criando circunstâncias materiais e espirituais abundosas – e não apenas suficientes - para a plena expansão da "personalidade moral" de todos.

*"A pessoa tem, pois, de se submeter, não para se rebaixar e se renunciar, mas para se engrandecer e se afirmar. Ademais, razão e liberdade só se desenvolvem deveras com a constante relação com as outras pessoas. formando, para além da sociedade biológica e sobre o seu fundamento, essa sociedade espiritual, essa comunhão moral e, como o queria Aristóteles, essa amizade, que é o verdadeiro ambiente da pessoa humana. (...) Daí se segue que a sociedade a que se poderia chamar biológica (...) não passa de um meio para os fins da pessoa, isto é. para os valores propriamente espirituais. A pessoa não está em conflito nem em oposição necessária com essa sociedade, visto nela se apoiar constantemente e nela encontrar, em grande parte. as condições de seu progresso. Mas, pelos valores supratemporais que deve realizar, acha-se em outro plano: excede-se e põe-na a seu serviço"*¹⁰

⁶ Paulo Dourado de Gusmão.

⁷ Régis Jolivet

⁸ idem.

⁹ idem.

¹⁰ Idem. Cfr. Santo Tomás de Aquino, Ia Iae, q.21. art4, ad 3.

CONCLUSÃO

"A liberdade não está no começo, mas no fim. A liberdade é o fruto da boa ordem:¹¹ Daí por que é necessária a força do Estado, a serviço de todos os cidadãos, para garanti-la, e não para suprimi-la, pois a liberdade em si não é boa nem má; é o (ab)uso que se faz dela que se pode reprimir ou louvar. Assim, se um assassino usa a faculdade de estar livre para cometer homicídio, deve-se privá-lo da liberdade até que ele saiba utilizá-la de forma harmônica em relação aos outros. A liberdade deve ser "franquia para sermos o que autenticamente somos"¹², deve ser algo que possibilite o desenvolvimento da personalidade de cada um, sempre em consonância eurrítmica com os outros, pois são eles mesmos que dão sentido à liberdade, e precisam igualmente desta para se promoverem. Afinal, de que adianta possuir liberdade num vácuo, se no vazio não há pessoas que admirem o bom uso que se faz dela?

"No ordenamento jurídico brasileiro, a máxima afirmação da liberdade se acha gravada na Constituição da República Federativa, por seu artigo 5.º, item 11: 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Embora relevante, tal principio não é suficiente para a garantia da liberdade, a qual exige, ainda, que a lei seja substancialmente justa, e isto ocorre quando a medida legal dá efetivamente a cada um o que é seu."¹³ Além disso, as condições de ordem econômica e social, política e cultural requeridas para um justo exercício da liberdade são muitas vezes desprezadas e violadas.

Portanto, é necessário que se criem circunstâncias propícias ao crescimento de cada homem enquanto pessoa livre. E que, assim, a liberdade desponte, sumptuosa, e se una por casamento eterna I ao futuro que nos espera:

*"Alias quando a branca estrela matutina
Surgiu do espaço ... e as brisas
forasteiras
No verde leque das gentis palmeiras
Foram cantar os hinos do arrebol, Lá do
campo deserto da batalha
Uma voz se elevou clara e divina:
Eras tu - Liberdade peregrina! Esposa
do porvir - noiva do sol!..."¹⁴.*

Referências Bibliográficas

- AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. 2.ed. Trad. Alexandre Correa. Porto Alegre: EST-Sulina-UCS, 1980.
- CANDIDO, Antonio, CASTELLO, José A. Presença da Literatura Brasileira. 8.ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Difel, 1979. v.2.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 18.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.

¹¹ Pierre Gaxotte, *Temas e Variações*

¹² Ortega y Gasset, *A Rebelião das Massas*

¹³ Paulo Nader.

¹⁴ *Ode ao dous da julho*, de Castro Alves - recitada no Teatro de S. Paulo em julho de 1868

2.ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

JOLIVET, Régis. Tratado de Filosofia, IV: Moral. Trad. Gerardo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

JOUVENEL, Bertrand de. As origens do Estado Moderno - Uma história das idéias políticas no século XIX. Trad. Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEUMANN, Franz. O Conceito de Liberdade Jurídica.

RÓNAI, Paulo. Dicionário universal Nova Fronteira de citações. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Contrato Social e Outros Escritos. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, [1983?].

FILOSOFIA DO DIREITO

O NORMATIVISMO JURÍDICO E OS SISTEMAS TOTALITÁRIOS

Pedra Pereira de Paula Neto
Acadêmico do 2º período do Curso de direito UFRN

Sumário: 1- Introdução - 2.- Positivismo Sociológico e Positivismo Normativista - 2.1- O Pensamento de Augusto Comte e Seus Seguidores - 2.2- A Oposição ao Sociologismo - 3.- Teoria Pura do Direito - 3.1- Primeira Fase Kelseniana - 3.2- Uma Ciência do Dever Ser - 3.3A Pirâmide das Leis e a Norma Fundamental - 4. Críticas ao Normativismo e Evolução do Pensamento Kelseniano - 4.1- As Primeiras Reações - 4.2- Uma Teoria Do Seu Tempo? 4.3- Modelo Hipotético vs. Caso Concreto - 4.4 Compreensões da Estática e da dinâmica Jurídicas - 4.5 Legitimidade, Vigência e Eficácia5- O Normativismo Jurídico e os Sistemas Totalitários - 6- Conclusão - 7-Referências Bibliográficas.

“A maior parte dos juristas que não leram Kelsen ou leram mal - declaram que a Norma fundamental é a Constituição. É um erro. A constituição é uma norma de direito positivo. Não pode, por si mesma, ter validade, a menos que seja imputada a uma norma superior que tem a particularidade de não ser estabelecida ”

Michel Miaille

1 - INTRODUÇÃO

Teria o Normativismo Jurídico servido de fundamentação a sistemas políticos totalitários? Partindo de qual argumentação podemos chegar a esta conclusão de consequência político-jurídica?

O positivismo jurídico normativista consiste um dos pólos de confluência da epistemologia jurídica no século XX, reunindo em sua convergência diversas correntes doutrinárias que possuem pontos de interseção e aspectos de divergências entre si. Nas suas bases comuns as correntes positivistas afirmam ser válido o método jurídico empírico de observação da realidade concreta, negando-se os princípios metafísicos, de valores absolutos, universais, eternos e imutáveis, sendo as normas jurídicas, as decisões judiciais e os fatos sociais, naturais e psicológicos as suas identificações fundamentais (v. NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*, 1994, p.193).

Em particular, a corrente normativista, tem, na obra *Teoria Pura do Direito*, do austríaco Hans Kelsen a sua principal fonte de orientação teórica. Os mais discutidos aspectos dessa teoria, suscitadores das mais aferradas críticas, são os seus postulados e conclusões que levam à validação teórica de Constituições postas por regimes políticos que tiveram a sua origem através de revoluções ou golpes de estados e que

desencadearam a formação de estados autoritários.

O presente trabalho demonstrará como Kelsen, partindo da reformulação do seu modelo inicial de ordenamento jurídico hipotético-dedutivo, procura condicioná-lo ao caso concreto generalizando a sua fundamentação e estendendo-a, também, ao caso das Constituições ilegítimas através da manipulação dos conceitos de legitimidade, vigência e eficácia, para atingir, finalmente, a relação existente entre *Direito e Poder*, o que deu azo a toda uma polêmica em tomo de sua obra conforme a indagação inicial.

2 - POSITIVISMO SOCIOLOGICO E POSITIVISMO NORMATIVISTA

O termo *Positivismo* é originário da contraposição à concepção jurídica Medieval cujas especulações, de pressupostos estritamente filosóficos, eram compreendidas como "limites negativos" ao desenvolvimento científico (v. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 1994, p.17). Na visão positivista, a compreensão filosófica não pode ser subordinada a este limite Teológico negativo, devendo ser posta a serviço da Ciência, como instrumento de unificação e completude.

2.1 - O pensamento de Augusto Comte e seus seguidores

Independentemente de qualquer pureza ou amoralização da ciência jurídica, não se pode, ao falar-se em positivismo, deixar de citar a influência pioneira de Augusto Comte (1793-1857), para quem todo o conhecimento e cultura da humanidade passa obrigatoriamente por três estágios históricos fundamentais: o teológico, o metafísico e o positivo (*lei dos três estágios*) (v. NADER, Paulo, *op. cit.*, 1994, p.174), cabendo a ele a sistematização de uma filosofia positiva, no sentido de não admitir a idéia de filosofia divorciada da idéia de conhecimento científico positivo, ou seja, aquele vinculado ao saber empírico (v. REALE, *op. cit.*, 1994, p.14).

Tendo sido discípulo de Saint-Simon, cuja obra é marcada pelo interesse na reorganização social, Comte condicionou ao conhecimento científico citado o caminho para a consecução dessa reforma social, sendo a Sociologia a única possibilidade de explicação científica do fenômeno jurídico, ficando a ciência jurídica em plano secundário e acessório. Sendo a Sociologia uma ciência positiva, admitia implicitamente o princípio da causalidade para os fatos sociais conforme observa Paulo Nader: "Ao considerar a Sociologia como ciência Positiva, admitiu a existência de certas constantes e regularidades nos fatos sociais que lhe permitiam a indução de leis objetivas e válidas como as da Física" (NADER, 1994, p.175). Dessa forma, o positivismo comteano, ou Sociologismo, que teve seguidores importantes como Émile Durkheim e Léon Duguit, eliminou o método dedutivo na busca de princípios, negando a Metafísica em prol do empirismo, determinando a explicação de todos os fenômenos vitais por suas *causas sociológicas* (v. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 1995, p.92).

2.2 - A oposição ao sociologismo

Como reação ao Positivismo Sociológico de caráter eclético, que, seguindo os passos de Comte e Durkheim, considerava a Jurisprudência como acessória às Ciências positivas sociais (Sociologia, Psicologia, Economia, etc) , surgiu a corrente Normativista do direito, que defendia uma concepção pura para a Ciência do direito, destituída de qualquer conteúdo natural, psicossocial ou político-econômico na sua

fundamentação. Esta corrente de pensamento jurídico teve em Hans Kelsen (1881-1973) - um magistrado Austríaco, de origem judia - o seu Uder de maior magnitude, cuja obra mais importante, a *Teoria Pura do Direito*, consistiu na bússola orientadora do Positivismo Jurídico no séc. XX.

3 - TEORIA PURA DO DIREITO

A *Teoria Pura do Direito*, foi apresentada originariamente em 1911 por Hans Kelsen, na sua obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (v. NADER, *op. cit.*, 1994, p.195). Kelsen, um neokantista que, ao lado de Ihering, Jellinek e outros seguidores da Escola Técnico-jurídica, buscava a completa eliminação do direito natural como fundamento moral da ciência jurídica, reagindo, dessa forma, a dois aspectos preponderantes na compreensão jurídica à sua época: a multiplicidade de tendências teóricas na explicação do direito e, em decorrência desse ecletismo, a situação de importância secundária da ciência jurídica face às outras ciências, como a sociologia e a psicologia. Tal conjuntura de caráter sincrético foi com muita propriedade descrita por Miguel Reale: "...a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para tomá-la sua, para inclui-la em seus domínios" (REALE, 1994, p.454).

3.1 - Primeira fase kelseniana

A Teoria Pura foi assim denominada pelo seu criador, na intenção de salvaguardá-la de elementos metajurídicos. Apesar disso, o mestre vienense não deixou de reconhecer sua legitimidade sob aspectos econômicos, sociais, históricos e pouticos, cujos fatos, observados através de um prisma jurídico, como afirmou, não seriam cognoscíveis segundo o processo empírico de cada uma dessas ciências mas em termos da normatividade, de processos imanentes à experiência jurídica. Esta foi a conjugação de suas idéias iniciais sendo publicada primeiramente com este nome *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), em 1934.

3.2 - Uma ciência do *dever ser*

Promovida a eliminação da moral e do direito natural, foi definida a norma jurídica como o objeto da Ciência do Direito devendo o cientista do direito limitar-se ao conhecimento de validade e à descrição dessa norma (v. DINIZ, Ma. Helena. *Op. cit.*, 1995, p.104). Nesta primeira fase, vale salientar, a norma jurídica assume um caráter de juízo hipotético tomando-se o instrumento pelo qual a Ciência do Direito descreve o direito. Esse aspecto dogmático seria, segundo Kelsen, suficiente para constituir a Ciência do Direito como uma ciência pura, onde a explicação proposta seria diversa da utilizada para as ciências naturais, estas obedecendo ao princípio da causalidade enquanto a primeira, ao princípio da imputabilidade:

"O principio de causalidade e o principio de imputação exprimem-se, quer um quer outro, numa mesma forma lingüística: a de um juízo hipotético onde uma dada condição está ligada, ou associada, a uma dada consequência. Mas uma diferença essencial separa os juízos (...). O principio de causalidade declara que, se A é, B é (ou será). O principio da

imputação declara que se /1 é, B deve ser (soll sein)" (KELSEN, Hans. In MIALLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito, 1979, p.302).

Essas duas categorias gnosiológicas originárias na concepção lógico-transcendental, por serem a *priori*, são interdependentes, correspondendo a dois universos: o *fático*, relativo à natureza física e social e o das *normas*, o qual deve ser objeto da Ciência Jurídica, que se incumbirá da conexão *fato condicionante-fato condicionado* através da imputabilidade (v. DINIZ, 1995, p.108).

3.3 - A pirâmide das leis e a Norma Fundamental

o segundo aspecto importante que caracterizou o conjunto dos enunciados da *Reine Rechtslehre* foi a sua concepção do direito como um sistema gradual e ordenado de normas (v. LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*, 1964, p.289), postas em uma estrutura hierárquica piramidal em cujo ápice encontra-se uma *Norma Fundamental (Grundnorm)* ou Grande Norma. Neste ordenamento escalonado, hierarquizado, cada norma, ou grupamento de normas de mesmo nível retira a sua validade do nível que lhe é imediatamente superior e sucessivamente o processo se repete até a norma fundamental. É neste ponto que se encontra um dos maiores problemas da teoria de Kelsen. - *O que valida a norma fundamental?* - em cuja solução atribuiu-lhe um "fundamento hipotético", assim explicado:

"Sob a suposição que ela vige, vige também a ordem jurídica que nela descansa. Confere ao ato do primeiro legislador e, em consequência, a todos os atos da ordem jurídica que naquele se apóiam, o sentido de dever ser, aquele sentido específico em que a condição jurídica está ligada à consequência jurídica, na proposição jurídica; e esta. última é a forma típica em que se há de representar todo o material jurídico-positivo. Na norma fundamental radica-se, em última análise, a significação normativa de todas as situações de fato constitutivas da ordem jurídica. Somente em relação à norma fundamental pode-se interpretar como direito, isto é, como um sistema de normas jurídicas o material empírico que se oferece à interpretação jurídica" (KELSEN, op. cito In UMA. Hermes. op. cit., p.289).

Vale observar que conceitualmente a Norma Fundamental de um ordenamento jurídico não pode ser confundida com a Constituição - Lei estatal máxima - que trata-se de uma norma positiva de direito. Uma Constituição não se auto-valida. A sua validação é concedida pela Grande Norma cujo conteúdo Pode ser entendido como *"Deve seguir-se o que a Constituição prevê"* (MIALLE, op. cit, 1979, p.306).

Tais foram as características básicas da chamada Primeira Fase do pensamento de Kelsen ou período europeu assim resumida por Miguel Reale em sua obra *Filosofia do Direito*:

"Até por volta de 1934 (período europeu) Kelsen concebe a norma jurídica como entidade lógico hipotética, capaz de qualificar ou constituir juridicamente a experiência social, abrangendo desde as normas fundamentais das Constituições

até aos preceitos dos contratos e das sentenças. O Direito é visto como um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade. Elas se apóiam umas nas outras, formando um todo coerente: recebe umas das outras a sua vigência (validade), todas dependendo de uma norma fundamental, suporte lógico da integralidade do sistema. As normas jurídicas (..) são enunciados lógicos que se situam no plano do dever ser" (REALE, 1994, p.457).

4 - CRÍTICAS AO NORMATIVISMO E EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO KELSENIANO

A corrente Normativista foi composta por vários juristas sendo inclusive a concepção pura anterior a Kelsen. Dessa forma as críticas iniciais foram dirigidas ao pensamento normativista como um todo, tendo, com o passar das décadas e a consolidação da *Teoria Pura do Direito* como ápice do Positivismo Estrito se concentrado em torno do professor de Viena.

4.1 – As primeiras reações

As primeiras críticas ao Normativismo advieram do próprio Positivismo Sociológico. A afirmação de que o Direito seria apenas norma, a qual afastaria da Ciência Jurídica os conteúdos políticos e sociológicos, equiparando-a às demais ciências sociais, não foi bem digerida pelos integrantes do Sociologismo devido ao fato, segundo a corrente eclética, de empobrecer e de pouca importância conferir à ciência jurídica. A reação foi pungente conforme podemos constatar neste trecho de Pontes de Miranda, um partidário do sociologismo enciclopédico:

“A corrente dos que se apegam ao direito positivo (...) caracteriza-se: pela preguiça mental (sic), mal disfarçada com alguns divisórios de raciocínio e de abstração, pelo horror ao direito natural e pelo afeto ao direito legal (...) e as tentativas de construções com princípios puramente abstratos e vagos. Não vale a pena insistir na crítica (...) nem sequer, em geral, ao chamado “positivismo jurídico”, ou, ainda, ao dogma da integridade da ordem jurídica positiva. A orientação científica é no sentido da demolição de todos esses falsos monumentos; (...) mostraremos a sem-razão das idéias que se pretendeu dar por assentes e valedias” (MIRANDA, Pontes de. Sistema de Ciência positiva do Direito, 1972, v. 2, p.58).

4.2 – Uma teoria do seu tempo?

Acusada de tentar passar ao largo das conjunturas políticas de sua época (primeira metade do séc. XX), esquivando-se de uma contraposição direta aos regimes totalitários europeus e, admitida pelo seu criador como um reflexo da decadência capitalista liberal europeia (v. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 1996, prefácio da 2ª ed), a Teoria Pura do Direito sofreu pesadas críticas, sobretudo após a segunda Guerra Mundial, quando do ressurgimento do direito natural – invocado

para fundamentar o “acerto de contas” de Nuremberg e a Declaração Universal dos Direitos, da ONU – passando, a Teoria Kelseniana, por reelaborações. Tendo emigrado para os Estados Unidos, após ter sido expulso pelo regime do Terceiro Reich (v. MIALLE, op. cit., p.299, nota de rodapé), e, ali, sob a influência do Common Law norte-americano, o teórico austríaco reelaborou a sua proposição, imprimindo inovações na sua segunda edição, em 1960, em cujo prefácio, admite:

Com efeito, (...) mostra a situação científica e política em que a Teoria Pura do Direito, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito após a Segunda Guerra mundial e das convulsões políticas que dela redundaram” (KELSEN, Hans. Op. cit., 1996, p.217.)

4.3 – Modelo Hipotético vs. caso concreto

Neste período observa-se que Kelsen procurou reafirmar as linhas mestras do seu pensamento original através de uma análise no campo da aplicação prática de onde emergiam, através das críticas, as suas maiores contradições. Como conciliar o seu modelo hipotético com o caso concreto? Como justificar a validade lógico-formal da norma fundamental destituída de dependência com a conduta efetiva dos homens, enfim. da sociedade, da natureza; manter a polaridade *ser-dever ser*, quando na prática observa-se a possibilidade da substituição das Constituições dos estados, de monárquicas para republicanas, de democráticas para autocráticas, alterando-se o seu conteúdo, mas validadas por uma mesma Norma Fundamental?

Em 1922, bem antes da publicação do *Reine Rechtslehre* (1934), Pontes de Miranda ante o surgimento do normativismo já alertava: .

"Na Ciência pura do Direito, desprezamos, por abstração. tudo que não é o mais intenso e o mais próximo nas relações sociais, de modo que tratamos o mecanismo social como jurídico. e assim separamos o que é ético. religioso. etc. Na Ciência aplicada não podemos ter o mesmo procedimento. Nos fenômenos jurídicos concretos (...) vemos provocações pelas diversas espécies de relações sociais (econômicas, religiosas. éticas, etc.). o que evidencia, nos domínios da Ciência concreta, a necessidade do estudo qualitativo das relações sociais, a que cumpre ora suprir, ora suscitar e constituir, ora contrabalançar a norma do direito. No primeiro caso, o fato religioso, o moral e os demais limitam-se com o jurídico (...). No segundo caso, e é. praticamente, o mais importante, coincidem com o jurídico" (MIRANDA, Pontes de. Op. cit, 1972, v.1, p.285).

Na tentativa de solucionar estes problemas Kelsen definiu algumas reformulações na sua Tese. A primeira delas dizia respeito ao entendimento de norma jurídica que apresentava como vimos, na primeira fase, a estrutura lógica de um juízo hipotético. Agora, fez-se a distinção entre *norma jurídica* e *proposição jurídica*, passando a norma a ter o conteúdo de um *imperativo*, um *mandamento*, enquanto que a

proposição jurídica continuava como condição de um juízo hipotético (v. NADER,1994, p.204). Este artifício utilizado para humanizar a norma jurídica trouxe um outro questionamento: e a *norma fundamental*, à qual se remetem todas as outras, seria também um mandamento? Qual o seu fundamento de validade?

4.4 - Compreensões da estática e da dinâmica jurídicas

Para atingir este fundamento de validade Kelsen distinguiu dois diferentes tipos de sistemas normativos: um de tipo *estático* outro de tipo *dinâmico*. As normas do tipo estático ou proposições jurídicas, mencionadas anteriormente, são consideradas no campo do dever ser em razão do seu conteúdo, sendo o seu fundamento de validade e o seu conteúdo de validade presumidos pela vigência das demais normas entrelaçadas, e o ordenamento como um todo validado pela Grande Norma. Como exemplos de proposições jurídicas Kelsen exemplifica: "...as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, (...) prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade" (KELSEN, Hans. 1996, p.217).

O caso do *Ordenamento Dinâmico* sua validade só pode ser dada através de uma norma fundamental pressuposta cujo conteúdo advém da razão humana, do costume (ou seja uma fonte da natureza); de um ato de vontade, da autoridade que a estabelece. Tal norma fornece apenas o fundamento de validade e não "o conteúdo de validade das normas sobre elas fundadas" (KELSEN, Hans. 1996, p.218). A determinação desse conteúdo é, então, atribuída à autoridade a quem a norma fundamental confere competência para estabelecer as normas positivas do sistema (v. KELSEN, Hans. 1996, p.219).

4.5 - Legitimidade, vigência e eficácia

A partir desse ponto observa-se que a *Teoria Pura* começa a aproximar o conceito de *validade* (ou vigência) do de *Poder* afastando-o do princípio da *Legitimidade*, o qual determina ser a norma de uma ordem jurídica válida até que a sua validade cesse por um mecanismo contido nessa mesma ordem jurídica. Tal princípio não admite, por exemplo, a validade de uma ordenamento oriundo de uma revolução ou golpe de estado, onde temos, às vezes, a substituição de uma Constituição por outra. Kelsen encontrou a seguinte solução para o princípio da Legitimidade:

"Este princípio, no entanto, só é aplicável a uma ordem jurídica estadual com uma limitação muito importante: no caso de revolução, não encontra aplicação alguma. Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição.(...) A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma 'de dever-ser. como sentido do ato de ser que a põe, se

não identifica com este ato, as.fim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser,' a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são - tal como o ato que estabelece a norma - condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento da validade. isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas. é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz. e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo. e bem assim a norma jurídica singular, não percam a sua validade. Uma condição não pode identificar-se com aqui/o que condiciona. "

Em outras palavras uma ordem jurídica é válida quando suas normas são eficazes de modo geral, quando são seguidas, observadas e aplicadas. Quando estas normas perdem a eficácia em função de um golpe ou revolução, perde o sistema a validade. Já a norma singular não perde simplesmente a sua validade por perder a eficácia vez que aquela é dada pela legitimidade. Dessa forma Kelsen diferenciou o fundamento do sistema estático' daquele aplicado ao caso concreto cuja conseqüência mais direta foi a de que a relação entre *vigência* e *eficácia* corresponde diretamente à relação entre *Direito* e *Poder* (v. REALE, Miguel. 1994, p.468).

6- O NORMATIVISMO JURIDICO E OS SISTEMAS TOTALITÁRIOS

Esta relação entre *Direito* e *Poder* deduzida da explicação da razão entre *vigência* e *eficácia*, consistiu num dos aspectos que provocou maiores críticas à teoria Normativista estrita no campo da política jurídica, no entender de alguns críticos sobretudo os do pensamento político-jurídico liberal ocidental: a sua identificação com ideologias autoritárias. Teria sido a Teoria Pura um depositário de condições conceituais objetivando a admissão dos direito nazi-facista e soviético, paralelamente ao direito democrático liberal? Para Paulo Nader, essa relação não é tão evidente, apesar de haver uma implicação: "*Embora não haja Indicativo neste sentido e a Teoria se apresente eticamente neutra, é Indubitável que se mostra permissiva ou um estuário do (...) liberal e do despótico. A sua falha radica na falta de exigências éticas, o que implica na tolerância para que se instalem, sob o pálio da lei, regimes autoritários*". Nas obras de Machado Neto e Legaz y Lacambra essa possibilidade é cogitada de maneira menos branda, considerando-se a teoria como reflexo da "racionalização do poder" sendo um reconhecimento lógico da existência de ordens jurídicas de conteúdo político adversos ao conteúdo liberal ou social democrático (v. DINIZ, Ma. Helena. 1995, p.105).

De fato, como já pudemos observar, na segunda edição da Teoria

Pura do Direito, capítulo sobre a Dinâmica Jurídica,
Kelsen concede um tratamento teórico à questão de maneira explícita:

"Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduo.f. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente" (KELSEN, Hans. 1996. p.233).

Observa-se que a referência à essa problemática é um aspecto freqüente na *Teoria Pura do Direito*, sobretudo na sua segunda elaboração, contudo cabe salientar que trata-se mais de uma conseqüência teórica do que propriamente um princípio motivador. Na realidade, como podemos ainda verificar no trecho a seguir, a sua preocupação consiste em validar o seu modelo jurídico do ordenamento suportado na norma fundamental, aplicando-o a um caso concreto extremo: *"A significação da norma fundamental toma-se especialmente clara quando uma Constituição não é constitucionalmente modificada mas é revolucionariamente substituída por uma outra, quando a existência isto é, a validade - de toda ordem jurídica imediatamente assente na Constituição é posta em questão"*

6 - CONCLUSÃO

Trata-se a *Teoria Pura do direito* de um dos mais importantes estudos epistemológicos da Ciência Jurídica, no séc. XX, tendo sido o trabalho que melhor representou e sistematizou a doutrina formalista na centúria, superando certas concepções limitadas da jurisprudência anterior e cuja influência na Ciência Jurídica contemporânea é incontestável, sobretudo na formalização da compreensão dos ordenamentos jurídicos hierarquizados. Se de um lado a jurisprudência positivista se ressentia da ausência do elemento ético, de outro se mostra garantida por um método criterioso, seguro de avanço científico.

Quanto à relação entre o pensamento Kelseniano e os regimes totalitários, não se pode afirmar que tenha sido a justificação das ditaduras a motivação primordial da formulação da Teoria Pura, tendo sido o próprio fundador da Escola de Viena, uma vítima do Nazi-facismo antes mesmo da publicação da segunda edição do *Reine Rechtslehre*. No entanto pode-se dizer que esta foi, no mínimo, conveniente à consolidação de alguns regimes autoritários quando postulou que, para o caso concreto, a norma fundamental fornece apenas o fundamento de validade e não o conteúdo de validade das normas sobre elas fundadas. Não é por coincidência a grande fundamentação do direito soviético pelo Normativismo Jurídico, bem como, no caso brasileiro, a auto-legitimação do golpe de 1964, só para citar dois exemplos. Na realidade, Hans Kelsen, na tentativa de validar o seu pensamento teórico como universal, se viu obrigado, por força dos questionamentos provocados pelo paradoxo que criou, a estender o seu conceito de legitimidade também às chamadas "Constituições (...) que foram historicamente as primeiras" nas quais estavam incluídas as oriundas de revoluções e golpes de estado. Seu modelo hipotético inicial foi, assim,

destituído como explicação da realidade concreta, em função da Influência do *Common Law* bem como do seu empenho em manter o conceito de norma fundamental pressuposta como sustentáculo de sua tese de ordenamento jurídico.

O problema fundamental da teoria kelseniana. é o mesmo de qualquer outra dogmática. Em lugar de propor uma explicação unitária e geral do acontecer social, que contemple a totalidade dos casos concretos - desde fenômenos jurídicos, os mais primários, até a fundamentação jurídica de regimes políticos - o cientista do direito deve saber que, em ciência, toda teoria tem o caráter provisório de uma hipótese que, mesmo depois de comprovada na realidade poderá ser ainda total ou parcialmente relegada aos museus de história das doutrinas, pela descoberta de alguma outra hipótese que melhor traduza a realidade que ambas pretendem explicar, conforme o próprio Mestre de Viena, teve a humildade de reconhecer, no prefácio da segunda edição de sua obra:

"...uma teoria geral do Direito corre sempre o risco de não abranger todos os fenômenos jurídicos nos conceitos jurídicos fundamentais por ela definidos. Muitos destes conceitos podem revelar-se demasiado estreitos, outros demasiado latos. Estou plenamente consciente deste perigo ao fazer a presente tentativa e, por isso, agradecerei sinceramente toda a crítica que (...) me seja feita. Também esta segunda edição (...) não pretende ser considerada como um a apresentação de resultados definitivos, mas como uma tentativa (...) de um desenvolvimento a realizar através de complementações e outros aperfeiçoamentos".

7- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 14.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Estampa, 1979.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro, 1972.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORMAS TÉCNICAS

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS¹

1. A Revista Jurídica IN VERBIS publica artigos e trabalhos referentes à área jurídica. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos, não implicando em remuneração, a remessa ou publicação dos seus trabalhos.

2. Os trabalhos, obrigatoriamente redigidos em português, sob a forma de artigo, com no máximo doze (12) laudas, deverão ser entregues ao Conselho Editorial (vide créditos), gravados em disquete 3 ½ polegadas, redigidos em editor de texto compatível com *Word for Windows*, versão 6.x ou superior.

3. Os trabalhos deverão conter:

a) página de rosto, contendo:

- Título e subtítulo;
- Nome(s) do(s) autor(es);
- Filiação científica (instituição em que trabalha o autor, se houver);
- A Universidade e o período que cursa(m), caso o(s) autor(es) seja(m) acadêmico(s) de faculdade de Direito.

b) Texto propriamente dito com os seguintes cuidados:

b.1) Siglas e abreviações das Instituições, ao aparecerem pela primeira vez no trabalho, serão precedidas no nome por extenso e depois colocadas entre parênteses; na repetição, usa-se apenas a sigla sem parênteses.

b.2) A citação bibliográfica, se houver, deve seguir o seguinte exemplo: texto do artigo .., -No sentido amplo, documento, no dizer de Canelutti, é tudo quanto representa um fato. (TOURINHO FILHO, 1994, p. 49);

b.3) Quando não ultrapassarem três linhas, as citações poderão ser inseridas no próprio parágrafo; caso contrário deverão ser destacadas, observando-se os recuos das margens esquerda e direita.

b.4) Notas de Rodapé poderão ser incluídas, numeradas seguidamente e lançadas ao pé da página em que estiver o respectivo sinal de chamada². A nota de rodapé deve ser separada do texto por uma linha, que se inicia na margem esquerda (2 ou 3 cm de extensão). Devem apresentar corpo e entrelinhas menores do que os utilizados no texto do artigo.

c) A referência na íntegra constará nas -Referências Bibliográficas., no final do artigo, seguindo as orientações abaixo:

c.1) As referências bibliográficas relacionadas no final do artigo serão ordenadas alfabeticamente pelo sobrenome do(s) autor(es), conforme NBR 6023 - ABNT, que em resumo, descreve a ordem dos elementos que a referência deve conter:

Publicação avulsa (livro, folheto, tese e afins) - sobrenome do autor, prenomes, título da obra, local, editor, data, número ou indicação de páginas.

¹ As normas adotadas pela *In Verbis* tiveram por base as orientações editoriais da Revista do Curso de Direito, coordenada pelo Professor Walter Nunes da Silva Júnior. Devem ser seguidas também as normas técnicas determinadas pela ABNT.

² A nota de rodapé tem como objetivo aprofundar, esclarecer o assunto do texto; realizar remissões Internas (ex. li confira cap.2. p. 15 desta obra Jt). ampliar uma afirmação do texto, etc.

Publicação de periódico - sobrenome do autor, prenome, título do artigo, nome do periódico, indicação do volume, número, páginas inicial e final, data da edição.

Ressaltamos, contudo, que para cada tipo de fonte há normas específicas, que devem ser consultadas em caso de dúvida

4. Os trabalhos para a sexta edição da Rev. Jurid. *In Verbis* deverão ser entregues à Comissão Editorial até o trigésimo dia do próximo semestre letivo.

5. exaurido o prazo anterior, os trabalhos serão entregues aos professores para avaliação e definição do atingimento ou não do nível científico-jurídico necessário à sua publicação.

6. A entrega dos trabalhos aos professores se dará em caráter impreterível para que os mesmos verifiquem a plausibilidade ou não de sua publicação e não para que os mesmos sugiram mudanças, pelo que, desde logo, aconselha-se que os alunos procurem um profissional de direito orientador, a fim de uma melhor sistematização dos trabalhos.

6. Os trabalhos a serem publicados obedecerão, no sentido de prioridade, a seguinte ordem:

III) Alunos da UFRN;

2º) Alunos de outras universidades ou faculdades; 311)
Graduados em direito.

7. Tendo em vista o espaço máximo a ser observado para impressão, caberá à Comissão Editorial a decisão final acerca da publicação ou não dos trabalhos, observando-se os seguintes critérios:

a) atendimento à filosofia proposta pela IN VERBIS, de divulgação de temas jurídicos, de preferência inéditos;

b) atualidade dos temas.

8. As decisões sobre os trabalhos a serem publicados do, necessariamente, tomadas em conjunto pelos membros do Conselho Editorial.

9. Os dados e conceitos emitidos nos trabalhos bem como a exatidão das referências bibliográficas do de responsabilidade exclusiva dos autores.